

# **Vertretung von Arbeitnehmerinteressen in Deutschland**

Untersuchung

erstellt im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung Büro Beijing

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

# Inhaltsverzeichnis

## § 1: Die Ausgangssituation

- I. Stellung des Individuums auf dem Arbeitsmarkt
- II. Formen der Kollektiven Interessenvertretung
  1. Gewerkschaften
  2. Betriebsräte
  3. Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat
  4. Interessenvertretung durch Gruppen von Beschäftigten
- III. Der rechtliche Rahmen
  1. Die lückenhafte gesetzliche Regelung
  2. Die dominierende Rolle der Rechtsprechung
  3. Die Vorbereitung des Richterrechts durch die Rechtswissenschaft
  4. Probleme der Demokratie
  5. EG-Recht
  6. Völkerrecht
- IV. Der politische Rahmen
- V. Einführungsliteratur

## § 2: Interessenvertretung durch Abschluss von Tarifverträgen

- I. Überblick
- II. Der Tarifvertrag als „autonomes Recht“
  1. Wer kann einen Tarifvertrag abschließen?
  2. Schriftform
  3. Was kann ein Tarifvertrag regeln? Die Unterscheidung zwischen obligatorischem und normativem Teil

4. Der entscheidende Punkt: Unabdingbarkeit und Günstigkeitsprinzip
5. Friedenspflicht
6. Für wen gilt ein Tarifvertrag?
7. Bindung an staatliches Recht, insbesondere an Grundrechte
8. Lohn tarif – Lohnrahmentarif – Manteltarif
9. Tarifliche und betriebliche Ebene im Entgeltsektor
10. Tarifliche und betriebliche Ebene, insbesondere bei der Arbeitszeit
11. Durchsetzung des Tarifvertrags
12. Kündigung des Tarifvertrags und Nachwirkung

III. Tarifverhandlungen

IV. Freiwillige Schlichtung

V. Streik und Gegenmaßnahmen des Arbeitgebers

1. Wann ist ein Streik rechtmäßig?
2. Kritik am Richterrecht des BAG
3. Die Praxis des Streiks
4. Konsequenzen eines rechtmäßigen Streiks
  - a) Die rechtliche Situation der Streikenden
  - b) Die Auswirkungen des Streiks auf nichtstreikende Arbeitnehmer – insbesondere die Problematik des § 146 SGB III
5. Das Gegenmittel der Arbeitgeber: Die Aussperrung
6. Rechtswidrige Streiks und rechtswidrige Aussperrungen
7. Einzelfragen
  - a) Streikposten
  - b) Betriebsbesetzung
  - c) Andere Formen der Arbeitsverweigerung

VI. Was bewirkt die Freiheit zum Abschluss von Tarifverträgen?

VII. Weiterführende Literatur

### **§ 3: Interessenvertretung durch Betriebsräte**

- I. Weshalb Betriebsräte neben Gewerkschaften?
- II. Wahl des Betriebsrats
- III. Praktische Voraussetzungen der Betriebsratsarbeit
  1. Der Betriebsrat benötigt Zeit
  2. Der Betriebsrat benötigt Geld
  3. Der Betriebsrat benötigt Informationen
  4. Der Betriebsrat benötigt Sachkunde
  5. Der Betriebsrat benötigt Unabhängigkeit
- IV. Das Verhältnis von Betriebsrat und Belegschaft
  1. Initiativen aus der Belegschaft
  2. Initiativen des Betriebsrats
  3. Betriebsversammlungen
    - a) Der rechtliche Rahmen
    - b) Themen und Ablauf
    - c) Praxis
- V. Das Verhältnis von Betriebsrat und Gewerkschaft
- VI. Das Verhältnis von Betriebsrat und Arbeitgeber
  1. Kooperation statt Konfrontation
  2. Die Grundsätze im Einzelnen
- VII. Beteiligungsrechte des Betriebsrats
  1. Unterschiedliche Intensität
  2. Was bedeutet „Mitbestimmung“?
  3. Verletzung der Beteiligungsrechte durch den Arbeitgeber

## VIII. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

1. Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb (Nr. 1)
2. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit (Nr. 2)
3. Vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit (Nr. 3)
4. Zeit, ort und Art der Auszahlung der Arbeitsentgelte (Nr. 4)
5. Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze (Nr. 5)
6. Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen (Nr. 6)
7. Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten (Nr. 7)
8. Form, Ausgestaltung und Verwaltung von Sozialeinrichtungen (Nr. 8)
9. Zuweisung und Kündigung von Wohnräumen (Nr. 9)
10. Fragen der betrieblichen Lohngestaltung (Nr. 10)
11. Festsetzung der Akkord- und Prämiensätze (Nr. 11)
12. Grundsätze über das betriebliche Vorschlagswesen (Nr. 12)
13. Grundsätze über die Durchführung von gruppenarbeit
14. Gesetzes- und Tarifvorbehalt

## IX. Beteiligung in personellen Angelegenheiten

1. Die Einschaltung des Betriebsrats in die Personalplanung
2. Mitbestimmung bei konkreten Planungsmaßnahmen
  - a) Die innerbetriebliche Ausschreibung
  - b) Die Verwendung von Personalfragebögen
  - c) Die Mitbestimmung bei Auswahlrichtlinien
3. Beteiligung an so genannten personellen Einzelmaßnahmen
  - a) Das Vetorecht des § 99 BetrVG
    - (1) Die erfassten Maßnahmen
    - (2) Rechtsfolgen
    - (3) Das einzuhaltende Verfahren
  - b) Das Anhörungs- und Widerspruchsrecht bei Kündigungen
    - (1) Die Anhörung

## (2) Widerspruchsrecht

4. Mitwirkung und Mitbestimmung im betrieblichen Bildungswesen
  5. Vorschläge zur Beschäftigungssicherung
- X. Beteiligung in wirtschaftlichen Angelegenheiten – Interessenausgleich und Sozialplan
1. Die so genannte Betriebsänderung
  2. Der so genannte Interessenausgleich
  3. Der Sozialplan
  4. Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften
  5. Tarifsozialplan
- XI. Weitere Interessenvertretungen im Rahmen der Betriebsverfassung
- XII. Tendenzunternehmen
1. Was ist ein Tendenzbetrieb?
  2. Einschränkung der Mitbestimmungsrechte
- XIII. Weiterführende Literatur

## **§ 4: Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen im Aufsichtsrat und in der Unternehmenspolitik**

- I. Grundstruktur
  1. Unternehmensorgane
  2. Beteiligung der Arbeitnehmer
- II. Praktische Bedeutung
- III. Die Verantwortung der Unternehmen
  1. Die Problematik
  2. Corporate Governance
  3. Corporate Social Responsibility
- IV. Weiterführende Literatur

## **§ 5: Vertretung von Arbeitnehmerinteressen im arbeitsgerichtlichen Verfahren**

- I. Der Ausgangspunkt
- II. Die Arbeitsgerichte als selbständiger Gerichtszweig
- III. Welches Gericht ist zuständig?
- IV. Wer kann vor Gericht auftreten?
- V. Fragen des Verfahrens
  1. Urteilsverfahren
  2. Beschlussverfahren
  3. Vorlagebeschlüsse
  4. Effizienz des Rechtsschutzes
- VI. Weiterführende Literatur

## **§ 6: Staatliche Aktivitäten zur Verbesserung der Situation auf dem Arbeitsmarkt**

- I. Die Ausgangssituation
- II. Abbau von arbeitsrechtlichen Schutznormen als Therapie?
- III. Aufbau staatlich subventionierter Beschäftigung
- IV. Abwehr von sozialem Dumping
- V. Bekämpfung von Ausgrenzungen durch Diskriminierungsverbote
  1. Verbotene Benachteiligungsgründe
  2. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung
  3. Probleme der praktischen Durchsetzung
  4. Positive Maßnahmen
- VI. Aktuelle Konzepte: Flexicurity und Employability
- VII. Verbesserung der Investitionsbedingungen
- VIII. Weiterführende Literatur

# **§ 1: Die Ausgangssituation**

## **I. Die Stellung des Individuums auf dem Arbeitsmarkt**

Zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht kein Gleichgewicht. Um angemessen leben zu können, benötigt der Einzelne einen Arbeitsplatz. Verhandlungsmacht hat er nur, wenn er unschwer bei einem anderen Arbeitgeber einen vergleichbaren oder einen besseren Arbeitsvertrag schließen könnte. Dies ist normalerweise nur bei hochqualifizierten Arbeitskräften der Fall, sofern sie überdies knapp sind, d. h. nicht in genügender Zahl zur Verfügung stehen. Im Regelfall muss der Arbeitnehmer die angebotenen Bedingungen akzeptieren. Konsequenterweise werden deshalb in Deutschland für den Arbeitsvertrag meist Formulare verwendet, die der Arbeitgeber allen (oder fast allen) Arbeitsverträgen zugrunde legt.

Der Arbeitgeber hat im Normalfall die Wahl, wen er einstellen will. In Deutschland ist es heute durchaus nicht ungewöhnlich, dass sich 100 oder 200 Personen auf eine Stelle bewerben. Dabei ist der Arbeitgeber in zeitlicher Hinsicht sehr viel freier als der Arbeitnehmer; in der Regel gerät er nicht in Schwierigkeiten, wenn die Einstellung nicht jetzt, sondern erst in drei Monaten erfolgt.

Als Anbieter von Waren und Dienstleistungen ist der Arbeitgeber daran interessiert, möglichst billig zu produzieren und die Lohnkosten zu senken. Im Vergleich zu seinen Konkurrenten hätte er ggf. einen Wettbewerbsnachteil, wenn er bei den Verhandlungen zu großzügig wäre. Allerdings kann eine gute Vergütung zu besonders loyalem und engagiertem Verhalten von Beschäftigten führen, so dass ein höheres Entgelt durchaus wirtschaftlich sinnvoll sein kann. Wie weit der Arbeitgeber diesem Gesichtspunkt Bedeutung beimessen will, ist jedoch seiner freien Entscheidung überlassen.

Auch nach der Einstellung besteht kein Gleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Der Einzelne tritt in eine Organisation ein, deren Regeln der Arbeitgeber aufgestellt hat und die seinen Interessen entspricht. Dies reicht von der Arbeitszeit bis zur konkret wahrzunehmenden Aufgabe und der Kooperation mit anderen Arbeitskräften. Der Einzelne unterliegt dem Weisungsrecht des

Arbeitgebers; das Arbeitsverhältnis ist deshalb auch als „Herrschaftsverhältnis“ bezeichnet worden. Insoweit unterscheidet es sich von anderen Vertragsverhältnissen wie Kauf- und Werkvertrag, bei denen sich niemand den Weisungen eines anderen unterstellt.

Würde man den Arbeitsmarkt sich selbst überlassen, hätte dies für die Arbeitnehmer verheerende Konsequenzen. Sie wären nicht nur dem Diktat des Arbeitgebers ausgeliefert: Die meisten müssten auch immer schlechtere Bedingungen akzeptieren. Anders als die Anbieter auf Märkten für Waren und Dienstleistungen könnten die Arbeitnehmer ihr Angebot nicht „verknappen“ oder gar wegen zu geringer Erträge vorübergehend auf jedes Angebot verzichten. Da sie das Einkommen zum Leben benötigen, sind sie im Gegenteil bei niedrigen Löhnen zu einer Erweiterung ihres Angebots (z. B. zu zahlreichen Überstunden) gezwungen, um wenigstens das Existenzminimum zu sichern. Dieses Phänomen wird unter Ökonomen als das sog. Konkurrenzparadoxon bezeichnet. Anschauungsmaterial bieten die Verhältnisse im Zeitalter der (ersten) industriellen Revolution. Auch in manchen Entwicklungsländern lässt sich heute Entsprechendes feststellen.

Einigkeit besteht darüber, dass man die Entstehung solcher Missstände auf zwei Wegen bekämpfen muss, die sich wechselseitig ergänzen:

Der eine Weg ist die staatliche Intervention, insbesondere in der Form der Gesetzgebung. In Bezug auf Vergütung und Arbeitsbedingungen wird ein Minimum fixiert, das im Arbeitsvertrag nicht unterschritten werden darf.

Der zweite Weg ist die erlaubte „Selbsthilfe“, d. h. das Recht der Beschäftigten, durch gemeinsames Handeln Löhne und Arbeitsbedingungen zu verbessern. Der Streik ist die historisch wichtigste Erscheinungsform dieses Versuchs, das Schicksal in die eigenen Hände zu nehmen und für eine bessere Existenz zu kämpfen. Um diese „Interessenvertretung“ soll es in der vorliegenden Broschüre gehen.

## **II. Formen der kollektiven Interessenvertretung**

In Deutschland existieren vier verschiedene Formen, wie Arbeitnehmer gemeinsam ihre Interessen vertreten können. Zunächst soll dies in ersten Umrissen skizziert werden, ehe dann in die Details eingetreten wird.

### **1. Gewerkschaften**

Wichtigste Form gemeinsamer Interessenvertretung ist das Handeln abhängig Beschäftigter durch Gewerkschaften. Nach Art. 9 Abs. 3 der deutschen Verfassung, d. h. des Grundgesetzes, ist ihre Bildung frei. Ihre Aufgabe besteht darin, die „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ der Arbeitnehmer „zu wahren und zu fördern“, d. h. ihre Verschlechterung zu verhindern und sich für ihre Verbesserung einzusetzen. Nur etwa 20 % aller abhängig Beschäftigten sind derzeit Mitglied einer Gewerkschaft. Davon entfallen vier Fünftel auf acht große Gewerkschaften, die zum „Deutschen Gewerkschaftsbund“ (=DGB) zusammengeschlossen sind. Die wichtigsten sind die Industriegewerkschaft Metall (=IG Metall), die Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft (=ver.di) und die Gewerkschaft Bergbau – Chemie – Energie (BCE). Insbesondere die DGB-Gewerkschaften erheben den Anspruch, die Interessen aller Arbeitnehmer zu vertreten.

Wichtigstes Mittel ist der Abschluss von Tarifverträgen, die sich insbesondere auf das Entgelt, die wöchentliche Arbeitszeit und eine Reihe weiterer Arbeitsbedingungen beziehen. Daneben versucht die Gewerkschaft, auf der politischen Ebene – etwa im Rahmen der Gesetzgebung – Einfluss zu gewinnen. Auch unterstützt sie die anderen Formen der Interessenvertretung.

### **2. Betriebsräte**

In allen Betrieben mit fünf und mehr Beschäftigten müssen nach dem „Betriebsverfassungsgesetz“ Betriebsräte gewählt werden. Sie werden von allen Belegschaftsangehörigen gewählt und stehen formal neben den Gewerkschaften. Da ungefähr drei Viertel aller Betriebsratsmitglieder zugleich Mitglied einer Gewerkschaft sind, besteht in der Realität ein enges Kooperationsverhältnis. Allerdings sind nur ungefähr 50 % aller unter das Betriebsverfassungsgesetz fallenden Arbeitnehmer durch einen Betriebsrat vertreten. Insbesondere in kleineren und mittleren Betrieben werden häufig keine Betriebsräte gewählt.

Die Betriebsräte besitzen sog. Mitbestimmungsrechte, die sich insbesondere auf die Art und Weise der Arbeit beziehen. Sie greifen nur dann ein, wenn ein Sachgebiet nicht durch Tarifvertrag geregelt ist. Im Rahmen der Mitbestimmungsrechte verhandelt der Betriebsrat mit dem Arbeitgeber. Wird man sich nicht einig, ist nicht etwa ein Streik möglich; vielmehr findet eine Schlichtung durch die betriebliche Einigungsstelle statt.

### **3. Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat**

Größere Unternehmen haben häufig die Rechtsform einer Aktiengesellschaft (AG) oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Beide besitzen in der Regel drei Organe: Neben dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung, die für die Unternehmenspolitik und ihre Umsetzung zuständig sind, steht der Aufsichtsrat, der den Vorstand bzw. die Geschäftsführung wählt und ihre Arbeit überwacht. Die Versammlung der Aktionäre bzw. der Gesellschafter ist das dritte Organ; es entscheidet über Satzungsänderungen sowie über die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder. Dieses traditionelle Unternehmensmodell wird durch die sog. Mitbestimmungsgesetze ergänzt und modifiziert. Sie sehen vor, dass ein Teil der Aufsichtsratsmitglieder von den Arbeitnehmern gewählt wird.

Der Aufsichtsrat, aber auch das einzelne Aufsichtsratsmitglied hat einen umfassenden Anspruch auf Information über alle Angelegenheiten der Gesellschaft. Dies kann auch für die Arbeit von Betriebsräten und Gewerkschaften von Nutzen sein. Im Aufsichtsrat selbst kann weniger durch die Abstimmung als durch

Gespräche mit dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung der Versuch unternommen werden, im Interesse der Arbeitnehmer Einfluss auf die Unternehmenspolitik zu nehmen.

#### **4. Interessenvertretungen durch Gruppen von Beschäftigten**

In vielen Rechtsordnungen steht auch der Belegschaft oder einer kleineren Arbeitnehmergruppe ein Streikrecht zu, das ohne vorherige Einschaltung der Gewerkschaft ausgeübt werden kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) ist dies in Deutschland nicht der Fall; dieser Weg ist den Arbeitnehmern verschlossen. Allerdings gibt es Versuche, das zu ändern, weil die Europäische Sozialcharta in ihrem Art. 6 Ziffer 4 „allen Arbeitnehmern“ das Streikrecht einräumt und weil der die Einhaltung der Charta überwachende Sachverständigenausschuss die Bundesrepublik schon verschiedene Male wegen Verletzung des Art. 6 Ziffer 4 gerügt hat.

Eine gemeinsame Interessenvertretung ist allerdings dann zulässig, wenn der Arbeitgeber seine Verpflichtungen aus den Arbeitsverträgen oder aus den Regeln über den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz („Arbeitsschutzrecht“ genannt) nicht beachtet hat. In diesen Fällen können die Arbeitnehmer ohne Entgeltminderung die Arbeit so lange verweigern, bis der Verstoß gegen das geltende Recht beendet ist. In der Praxis kommt es allerdings nur selten zu einer solchen Aktion.

Handelt der Arbeitgeber nach Ansicht von Arbeitnehmern rechtswidrig, so können diese das Arbeitsgericht anrufen (was sie eher tun als die Arbeit zu verweigern). Vertreten sie z. B. den Standpunkt, sie hätten wegen geleisteter Überstunden noch eine zusätzliche Vergütung zu beanspruchen, so können sie Klage auf Bezahlung erheben. Sind mehrere Arbeitnehmer in gleicher Weise betroffen, so können sie auch gemeinsam klagen.

In diesen Fällen spricht man von einem „Rechtskonflikt“. Bei Tarifverhandlungen, bei der Mitbestimmung und im Aufsichtsrat geht es dagegen um eine Veränderung,

meist um eine Verbesserung des Status quo und damit um die Schaffung neuer Regeln. Hier spricht man von einem „Regelungskonflikt“.

Die Anrufung der Arbeitsgerichte ist möglich, ohne dass zuvor ein Schlichtungsverfahren durchlaufen wurde. Dies schließt nicht aus, dass man sich im Betrieb vorher informell um eine Einigung bemüht hat, doch ist dies keine im Gesetz vorgesehene Voraussetzung. Allerdings wird in der Praxis außerhalb des öffentlichen Dienstes nur sehr selten während bestehenden Arbeitsverhältnisses ein gerichtliches Verfahren begonnen; meist wird von dieser Möglichkeit erst nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses Gebrauch gemacht.

### **III. Der rechtliche Rahmen**

#### **1. Die lückenhafte gesetzliche Regelung**

Die Interessenvertretung der Arbeitnehmer ist im geschriebenen Recht nur lückenhaft geregelt. Existenz und Aufgaben der Gewerkschaft sind lediglich in Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz angesprochen. Dort heißt es:

„Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.“

Der Wortlaut sagt als solcher nichts zu der Frage, wie weit die Gewerkschaft ihre Tätigkeit ausdehnen darf und welche Mittel sie zur „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ einsetzen darf. Ähnlich lückenhaft ist das Tarifvertragsgesetz, das beispielsweise die Frage nicht anspricht, ob man bestimmte Leistungen des Arbeitgebers ausschließlich für Gewerkschaftsmitglieder vorsehen darf.

Die Interessenvertretung durch Betriebsräte ist im Betriebsverfassungsgesetz (=BetrVG) genauer geregelt, doch bleiben auch hier viele Fragen offen. Der

Gesetzestext sagt z. B. nichts darüber, was geschieht, wenn sich der Arbeitgeber über ein Mitbestimmungsrecht hinwegsetzt und allein, d. h. ohne Zustimmung des Betriebsrats, eine Entscheidung trifft. Auch benutzt das Gesetz viele sehr allgemeine Begriffe. So darf etwa ein Betriebsratsmitglied Seminare und andere Weiterbildungsmaßnahmen auf Kosten des Arbeitgebers besuchen, soweit die dort vermittelten Kenntnisse für seine Arbeit „erforderlich“ sind. Was wird im Einzelnen von der „Erforderlichkeit“ gedeckt? Darf man sich beispielsweise auch über Fragen des Umweltschutzes informieren oder einen Rhetorikkurs besuchen?

Ähnlich verhält es sich mit der Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder, die von den Arbeitnehmern gewählt werden. Sie sind z. B. genau wie die von den Anteilseignern bestimmten verpflichtet, das „Unternehmenswohl“ zu beachten. Was bedeutet dies konkret? Wie weit geht z. B. ihre Geheimhaltungspflicht in Bezug auf Entwicklungen im Unternehmen?

Die gemeinsame Interessenvertretung durch nicht von der Gewerkschaft getragene Streiks wurde bereits erwähnt. Auch insoweit gibt es keine klaren gesetzlichen Vorgaben. Die Zurückhaltung der Arbeitsleistung in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das geltende Recht verletzt, ist nur für den einzelnen Vertragspartner in § 273 BGB geregelt. Ob ein solches Recht auch gemeinsam mit anderen ausgeübt werden kann, die sich in gleicher Lage befinden, ist nirgends ausdrücklich festgelegt.

## **2. Die dominierende Rolle der Rechtsprechung**

In allen diesen Fällen liegt die Entscheidung bei der Rechtsprechung. Diese sagt beispielsweise, dass Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz über den Wortlaut hinaus auch die Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften schützt, dass dabei aber bestimmte Grenzen zu beachten sind. Auch haben sich die Gerichte bis auf weiteres dafür entschieden, ein Tarifvertrag dürfe den Arbeitgeber nicht verpflichten, bestimmte Leistungen ausschließlich an Gewerkschaftsmitglieder zu gewähren.

Setzt sich der Arbeitgeber einseitig über ein Mitbestimmungsrecht hinweg, ordnet er beispielsweise Überstunden an, ohne die Zustimmung des Betriebsrats erhalten zu haben, so ist seine entsprechende Maßnahme unwirksam. Gegenstände, die im

Betrieb nicht unmittelbar aktuell sind, sind keine „erforderlichen“ Themen von Weiterbildungsveranstaltungen. Der Umweltschutz wird daher nur ausnahmsweise ein Thema sein können, „Rhetorik“ wird lediglich für diejenigen akzeptiert, die regelmäßig mit dem Arbeitgeber verhandeln müssen.

Die Geheimhaltungsverpflichtung von Aufsichtsratsmitgliedern hängt davon ab, ob das Informationsinteresse der Arbeitnehmer oder der Öffentlichkeit gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse des Arbeitgebers überwiegt. Nach der Rechtsprechung muss das einzelne Aufsichtsratsmitglied in eigener Person entscheiden, welchem Interesse es in zweifelhaften Fällen den Vorrang einräumen will.

Jede nicht von den Gewerkschaften getragene Arbeitsniederlegung ist bis auf weiteres nach der Rechtsprechung rechtswidrig. Die gemeinsame Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts ist zulässig, doch muss dem Arbeitgeber mitgeteilt werden, dass man vertragliche Rechte ausüben, und nicht etwa streiken will.

Die Beispiele mögen genügen. Sie machen es verständlich, dass ein bekannter Professor des Arbeitsrechts (Gamillscheg) schon in den sechziger Jahren den Richter als den eigentlichen Herren des Arbeitsrechts bezeichnet hat. Man spricht insoweit von „Richterrecht“, obwohl die Gerichtsentscheidungen nicht über den Einzelfall hinaus verbindlich sind. In der Praxis werden sie dem Verhalten aller Beteiligten zugrunde gelegt, weil ein neuer Streit aller Voraussicht nach mit gleichem Ergebnis entschieden würde.

### **3. Die Vorbereitung des Richterrechts durch die Rechtswissenschaft**

Die Entscheidungen der Gerichte werden normalerweise durch die rechtswissenschaftliche Diskussion vorbereitet. Die Richter orientieren sich dabei meist an den Auffassungen, die von „anerkannten“ Rechtswissenschaftlern in Kommentaren, Monographien und Aufsätzen vertreten wurden. Dabei sind „Kommentare“ Erläuterungsbücher, die nach einzelnen Gesetzesparagrafen geordnet sind und die unter Umständen 1000 oder 2000 Seiten umfassen können. Sie behandeln typischerweise alle Fragen, die in der Praxis aufgetaucht sind, und nehmen weitere vorweg, die nach menschlichem Ermessen in absehbarer Zeit zu

entscheiden sind oder die sie sich ausgedacht haben. Genauso verhält es sich mit Monographien und Aufsätzen. Die deutsche Doktrin ist sehr stark auf diese Anwendungsprobleme ausgerichtet und lässt Grundsatzfragen eher im Hintergrund.

Die rechtswissenschaftliche Diskussion wird insbesondere von Professoren, Ministerialbeamten und Rechtsanwälten bestritten; auch äußern sich bisweilen Richter in Aufsätzen zu anstehenden Rechtsfragen. Sobald sich eine „herrschende Meinung“ in der Literatur herausgebildet hat, ist sie für die Gerichte maßgebend. Es kommt nur sehr selten vor, dass sie sich einer Minderheitsmeinung anschließen, doch ist dies mit Rücksicht auf ihre Unabhängigkeit nicht von vorne herein ausgeschlossen.

#### **4. Probleme der Demokratie**

Das für den einzelnen Arbeitgeber wie für den einzelnen Arbeitnehmer und die Interessenvertretungen maßgebende Recht wird auf diese Weise nur teilweise durch den Gesetzgeber selbst festgelegt. Ganz entscheidende Bedeutung kommt daneben den Richtern und der Rechtswissenschaft zu.

Dies wirft Probleme der demokratischen Legitimation auf. Richter werden nicht unmittelbar vom Volk, sondern in der Regel durch einen Ausschuss gewählt, in dem Parlament und Regierung vertreten sind. Wählbar ist nur, wer eine volle juristische Ausbildung mit Erfolg absolviert hat und über einige praktische Erfahrung verfügt. Dabei bestehen durchaus Unterschiede, ob man als Berufsanfänger Richter der ersten Instanz oder ob man mit 40 oder 45 Jahren Richter an einem Bundesgericht wird, das nur über Rechtsfragen entscheidet und gegen dessen Urteile es kein Rechtsmittel mehr gibt. Nur ganz wenige Menschen kommen daher für eine Beteiligung an der Schaffung von „Richterrecht“ in Betracht.

Die demokratische Legitimation fehlt völlig, wenn es um die Vorbereitung von Entscheidungen durch die Rechtswissenschaft geht. Professor oder Ministerialdirektor wird man nicht durch Wahl, sondern durch Ernennung, wobei ausschließlich die fachliche Qualifikation, nicht jedoch die Übereinstimmung mit den Auffassungen der Parlaments- oder gar der Bevölkerungsmehrheit maßgebend sein

soll. Das Recht ist unter diesen Umständen zu einem erheblichen Teil „**Juristenrecht**“, was bisweilen mit dem Argument kritisiert wird, zahlreiche führende Juristen kämen aus der Oberschicht und würden die dort gelernten Wertmaßstäbe und Erfahrungen in ihre Entscheidungen einfließen lassen.

## 5. EG-Recht

Das deutsche Arbeitsrecht wird heute immer stärker durch das EG-Recht überlagert. Dieses betrifft insbesondere Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote, die in sog. Richtlinien niedergelegt sind: Sie werden durch den nationalen Gesetzgeber ausgeführt, so dass für den Bürger häufig nicht erkennbar ist, dass hinter einer Vorschrift eine Entscheidung der EG-Instanzen steht.

Im Bereich der Interessenvertretung ist der Einfluss des EG-Rechts relativ gering, sieht man einmal von den sog. Europäischen Betriebsräten ab. Diese sollen in größeren Unternehmen gebildet werden, die sich in erheblichem Umfang in mehr als einem EG-Mitgliedstaat betätigen.

Im EG-Recht kommt den Entscheidungen des **Europäischen Gerichtshofs** (EuGH) ganz entscheidende Bedeutung zu, da die geschriebenen Normen noch allgemeiner und unverbindlicher formuliert sind als im nationalen Rahmen. Der EuGH setzt sich aus insgesamt 27 Richtern zusammen. Jeder Mitgliedstaat benennt eine Person, die normalerweise von den übrigen Mitgliedstaaten akzeptiert wird. Der Einfluss der Rechtswissenschaft ist in der EG sehr viel geringer, da es keine „gesamteuropäische“ Diskussion, sondern nur eine auf Englisch, auf Französisch, auf Deutsch usw. geführte gibt. Auch pflegt sich der Europäische Gerichtshof anders als die oberen deutschen Gerichte nicht mit den Auffassungen einzelner Rechtswissenschaftler auseinander zu setzen.

Gleichwohl ergeben sich auch hier **Probleme demokratischer Legitimation**. EG-rechtliche Vorschriften, insbesondere Verordnungen und Richtlinien werden üblicherweise auf Vorschlag der Kommission vom Ministerrat gemeinsam mit dem Europäischen Parlament erlassen. Dieses ist zwar von der Bevölkerung der Mitgliedstaaten gewählt, kann jedoch lediglich verhindern, dass eine bestimmte

Vorschrift in Kraft tritt. Ein Recht zur Gesetzesinitiative, also zur Schaffung von neuem Recht und zur eigenständigen Änderung vorhandener Vorschriften steht ihm nicht zu. Der Ministerrat ist seinerseits nur dadurch mittelbar demokratisch legitimiert, dass er aus Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten besteht. Die Richter am Europäischen Gerichtshof unterliegen während ihrer Amtszeit von sechs Jahren keiner Kontrolle; sind sie an einer Wiederwahl interessiert, kann es sich allerdings empfehlen, gute Beziehungen zur „Heimatregierung“ zu pflegen.

## **6. Völkerrecht**

Eine relativ geringe Rolle spielt im hier interessierenden Bereich das Völkerrecht. Deutschland hat zwar sehr viele ILO-Übereinkommen ratifiziert, u. a. auch die Übereinkommen Nr. 87, 98 und 135, die die Interessenvertretung durch Gewerkschaften und im Betrieb betreffen. In der Praxis wird aber auf sie nur ganz selten zurückgegriffen; selbst den Richtern sind sie oft unbekannt. Auch sind sie ihrem Wortlaut nach relativ allgemein gehalten. Zwar gibt es bei der Internationalen Arbeitsorganisation in Genf einen Ausschuss für Vereinigungsfragen, der die genannten Übereinkommen interpretiert und Verstöße von Mitgliedstaaten feststellt, doch werden seine Berichte in Deutschland so gut wie nie aufgegriffen. Einer der Gründe mag darin liegen, dass sie nur auf Englisch und Französisch verfügbar sind.

## **IV. Der politische Rahmen**

Die Formel „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ oder kürzer: „Vertretung von Arbeitnehmerinteressen“ ist vieldeutig. Schon von ihrem Wortsinn her muss sie sich nicht auf den Arbeitsmarkt beschränken, sondern kann die ganze Wirtschaft einbeziehen. Da diese partiell durch staatliche Instanzen gesteuert wird, kann sich die Interessenvertretung auch auf Entscheidungen im politischen Bereich erstrecken. So ist beispielsweise in Italien ein Streik auch dann erlaubt, wenn er sich gegen ein sozialpolitisches Vorhaben der Regierung oder des Parlaments richtet.

Die Programmatik der im DGB zusammengeschlossenen Gewerkschaften war bei der Gründung im Jahre 1949 auf eine sozialistische Gesellschaftsordnung im damaligen Sinne orientiert. Die soziale Marktwirtschaft wurde als unsozial kritisiert. In der Zwischenzeit ist die sozialistische Perspektive verblasst, aber keineswegs völlig verschwunden. Die Programmatik hat auch heute noch deutlich gesellschaftsverändernde Dimensionen, indem beispielsweise eine gerechtere Verteilung der geschaffenen Werte und deutlich mehr Mitbestimmung der Arbeitnehmer verlangt wird.

In der Realität bleiben diese programmatischen Festlegungen ohne sichtbare Wirkung. Welche Faktoren und Mechanismen hierfür maßgebend sind, ist in der zeitgeschichtlichen Forschung nicht ausreichend analysiert. Ein solches Thema ist ersichtlich sehr „heikel“ und setzt vertrauliche Gespräche sowie die Erforschung von Unterlagen voraus, die nicht öffentlich zugänglich sind. Im Folgenden sollen sechs Gründe genannt werden, die dem Verfasser plausibel erscheinen; ein in jeder Hinsicht befriedigender Beweis ist nicht möglich.

- (1) Die Gewerkschaften haben ihre praktische Politik auf Lohnerhöhungen und bessere Arbeitsbedingungen konzentriert, weil sie in diesem Sektor in den ersten 25 Jahren ihrer Existenz außerordentlich gute Erfolge erzielt haben. Im Zeitraum zwischen 1950 und 1971 stiegen die Bruttolöhne auf nahezu das Fünffache. Berücksichtigt man die gleichzeitig eingetretenen Preissteigerungen und die jährliche Inflationsrate, so ergibt sich eine Realloohnerhöhung auf rund das Dreifache. Stellt man auf die dem Einzelnen tatsächlich zur Verfügung stehenden Summen, d. h. auf die Nettoverdienste ab, so bleibt trotz der wachsenden Belastung mit Steuern und Sozialabgaben immer noch eine Steigerung auf das Zweieinhalbfache oder um rund 150 %. Eine **vergleichbare Erhöhung des durchschnittlichen Lebensstandards hatte es in der deutschen Geschichte noch nie gegeben**. Nicht zuletzt dadurch wurde in breiten Teilen der Bevölkerung eine „Grundloyalität“ gegenüber dem Gemeinwesen Bundesrepublik geschaffen. Diese blieb erhalten, als in den Jahren nach der Ölkrise 1974 die Löhne stagnierten oder – wie von 1994 bis 2005 - jährlich nur um ein Prozent netto wuchsen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass diejenigen Teile der abhängig Beschäftigten, bei denen

die Gewerkschaft viele Mitglieder besitzt, in der Krise weniger Opfer bringen mussten als andere Gruppen, die der Gewerkschaft fernere stehen. Ein Beispiel hierfür sind die Leiharbeiter, die nach dem Gesetz an sich dieselbe Vergütung wie eine vergleichbare Arbeitskraft in dem Betrieb verlangen können, wo sie eingesetzt sind. Dieses sog. Equal-Pay-Prinzip kann durch Tarifvertrag verändert werden (wobei im Arbeitsvertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeiter auf einen solchen Tarifvertrag verwiesen werden darf). Davon haben die Gewerkschaften Gebrauch gemacht mit der Folge, dass Leiharbeiter etwa 40 % weniger als vergleichbare Beschäftigte in den Einsatzbetrieben verdienen: Durch Schaffung eines „Billiglohnssektors“ wurden so die Arbeitskosten in der Bundesrepublik gesenkt, und zwar zu Lasten solcher Beschäftigter, unter denen sich praktisch keine Gewerkschaftsmitglieder befanden.

- (2) Die materiellen Erfolge haben dazu geführt, dass Gewerkschaftsmitglieder **einiges zu verlieren** haben. Dies gilt erst recht für die führenden Repräsentanten der Organisation; ihre Gehälter liegen eher höher als die vergleichbarer Beschäftigter in der Produktion oder im Handel. Die Gewerkschaften verfügen überdies selbst heute noch über ein beträchtliches Vermögen, obwohl sie die ihnen gehörenden Unternehmen durch unprofessionelles wirtschaftliches Verhalten eingebüßt haben.

Die Furcht, das was man hat zu verlieren, ist in Deutschland besonders ausgeprägt. Für viele Mitbürger scheint das Leben vorwiegend aus Gefahren zu bestehen; das Schlagwort des Soziologen Ulrich Beck von der „**Risikogesellschaft**“ fand große Resonanz. Könnte es ein größeres Risiko geben, als die Gesellschaft verändern zu wollen? Auch für die Entscheidungsträger in den Gewerkschaften lautet die Antwort eindeutig „nein“.

- (3) Die DGB-Gewerkschaften sind nach dem Prinzip der Einheitsgewerkschaft aufgebaut. Dies bedeutet, dass **im Prinzip jedermann Mitglied** werden kann, der dazu bereit ist; nur Personen, die sich offen als Faschisten bekennen, werden nicht in die Organisation aufgenommen. In den DGB-Gewerkschaften gibt es Sympathisanten unterschiedlicher Parteien. Die Mehrheit der Mitglieder

wie der Entscheidungsträger steht der Sozialdemokratischen Partei (SPD) nahe, doch ist in fast jeden Vorstand der acht Einzelgewerkschaften auch ein Mitglied der Christlich-Demokratischen Union (CDU) gewählt worden. Daneben gibt es Anhänger der Grünen und der Linkspartei sowie einige verbliebene Kommunisten. Die drei zuletzt genannten Gruppen tendieren dazu, die programmatischen Festlegungen einzufordern und ihre Realisierung zu verlangen. Sie werden deshalb häufig eher als „unbequem“ empfunden. Zu ihren Gunsten existiert keine informelle Norm, wonach immer ein Vorstandsmitglied aus ihren Reihen kommen müsste.

Die Verbindung der Gewerkschaften mit den beiden großen Parteien hat zur Folge, dass man die eine oder andere **Entwicklung durch Gespräche beeinflussen** kann oder zumindest glaubt, dazu in der Lage zu sein. Insoweit wird die Gewerkschaft zur Lobby-Organisation. Dies bedeutet, dass man häufig vor einer direkten Konfrontation mit der Regierung zurückschreckt, weil dies die Einflusschancen verschlechtern würde. Besonders deutlich war dies in Zeiten einer von der SPD geführten Bundesregierung (1969 – 1982 und 1998 – 2005): Hier praktizierten die Gewerkschaften ein größeres Maß an Zurückhaltung als während der Zeit von CDU-Regierungen, von denen man sich von vorneherein weniger Entgegenkommen versprach.

- (4) Der **rechtliche Rahmen** für gewerkschaftliche Aktionen ist in Deutschland **enger gezogen** als in vielen anderen westeuropäischen Ländern. Die Gewerkschaft kann beispielsweise einen Streik nach bisher herrschender Rechtsprechung nur zu dem Zweck organisieren, einen besseren Tarifvertrag zu erreichen; ein Protest gegen unsoziale Entwicklungen wie die Kürzung der Renten wäre kein Ziel einer zulässigen Arbeitsniederlegung. Erst recht ist anders als in Italien eine Arbeitsniederlegung unzulässig, die sich gegen ein Vorhaben der Regierung oder des Parlaments richtet. Die Überschreitung dieses Rahmens wäre mit großen und nicht genau einschätzbaren Risiken verbunden.
- (5) Die Gewerkschaften haben **keine klaren Vorstellungen**, wie eine **bessere Gesellschaft** beschaffen sein könnte. Den Reichtum gerechter zu verteilen mag

auf der moralischen Ebene völlig gerechtfertigt sein; Überzeugungskraft kann eine solche Vorstellung nur entfalten, wenn man auch gangbare Wege aufzeigt, wie dieses Ziel erreicht werden soll.

Die hier für Deutschland skizzierte Situation scheint in anderen europäischen Ländern vergleichbar zu sein. Das Auseinanderklaffen von programmatischem Anspruch und realem Verhalten ist dort zum Teil noch deutlicher. Nach meiner Einschätzung existieren ähnliche Mechanismen, die die Gewerkschaften daran hindern, etwas am gesellschaftspolitischen Status quo zu ändern. Eine Ausnahme stellt lediglich die polnische Solidarność dar, die allerdings mehr eine kirchlich inspirierte Volksbewegung als eine Gewerkschaft war (weshalb ihre Bedeutung als Interessenvertretung heute relativ gering ist).

Was Betriebsräte betrifft, so sind sie schon aufgrund ihrer Zusammensetzung an ein bestimmtes Unternehmen gebunden. Sie haben ein eigenes Interesse daran, dass „ihr“ Unternehmen wirtschaftlich floriert und die Arbeitsplätze sicherer werden und ggf. die Verdienste steigen. Betriebsräte übernehmen so eine betriebswirtschaftliche Perspektive. Soweit dies im Einzelfall nicht geschieht (auch hierfür gibt es Beispiele), beruft sich die Arbeitgeberseite auf die rechtlichen Rahmenbedingungen, die es beispielsweise einem Betriebsrat verbieten, zu einer Arbeitsniederlegung aufzurufen. Dennoch haben Betriebsräte bei vielen Vorgängen im Unternehmen eine ganz wichtige Funktion, doch sind sie gewissermaßen an dessen Grenzen gebunden.

Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat haben das Problem, dass sie bei Abstimmungen so gut wie immer in der Minderheit bleiben würden. Weiter sind sie in der Diskussion um die Unternehmenspolitik insofern benachteiligt, als sie anders als der Vorstand und die Vertreter der Kapitaleseite nicht über Mitarbeiter verfügen, die Bilanzen oder Betriebskonzepte sachkundig überprüfen können. Dies bringt sie in die Position eines „Juniorpartners“, der nicht im Entferntesten daran denken kann, die Gewinnorientierung des Unternehmens zu relativieren und etwa Ziele wie besseren Umweltschutz oder gesündere Arbeitsbedingungen mit guten Argumenten zu verfolgen.

Die Belegschaften selbst können ihre Interessen nicht durch Streiks vertreten. Das gemeinsam ausgeübte **Zurückbehaltungsrecht** hat genau wie das arbeitsgerichtliche Verfahren **konservierenden Charakter**: Es geht um die Realisierung des geltenden Rechts, nicht um eine darüber hinausreichende Perspektive.

Im Folgenden soll dargestellt werden, wie die innerhalb dieses Rahmens bleibende Interessenvertretung im Einzelnen beschaffen ist, welches Verfahren man dabei einhalten muss und wie die Resultate üblicherweise beschaffen sind.

## **V. Einführungsliteratur**

Wolfgang Däubler, Grundstrukturen des deutschen Arbeitsrechts und seine Perspektiven unter dem Einfluss der Globalisierung. Friedrich-Ebert-Stiftung Büro Beijing. Diskussionsbeiträge Nr. 3, August 2005

Wolfgang Däubler und Claudia Wörmann-Adam, Arbeitsrecht in Deutschland und Herausforderungen für die deutschen Gewerkschaften, Friedrich-Ebert-Stiftung Büro Beijing. Diskussionsbeiträge Nr. 7, Juni 2008

Beide Chinesisch und Deutsch

## § 2: Interessenvertretung durch Abschluss von Tarifverträgen

### I. Überblick

Das wichtigste Mittel, wie Arbeitnehmerinteressen wirksam durchgesetzt und bestimmte Rechte geschaffen werden können, ist der Tarifvertrag. Er entspricht dem, was man in anderen Ländern als „Kollektivvertrag“ bezeichnet. Sein zentraler Inhalt besteht darin, bestimmte Mindestbedingungen wie die Höhe des Entgelts oder die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit verbindlich festzulegen. Er geht regelmäßig über das gesetzliche Schutzniveau hinaus.

Im Folgenden soll zunächst das „erreichbare Ziel“ umschrieben werden. Wer kann einen Tarifvertrag abschließen, wem gegenüber ist er rechtlich verbindlich, wie kann er in der Praxis durchgesetzt werden?

Anschließend wird der Weg dorthin skizziert. Nach welchen Regeln wird über den Abschluss eines Tarifvertrags verhandelt? Ist eine Schlichtung notwendig, wenn man sich nicht einigt? Wie ist diese ggf. beschaffen? Kann nach erfolgloser Schlichtung gestreikt werden? Stehen dem Arbeitgeber Gegenmittel zu?

Den Abschluss bilden Überlegungen darüber, welche Funktionen der Abschluss von Tarifverträgen erfüllt.

### II. Der Tarifvertrag als „autonomes Recht“

#### 1. Wer kann einen Tarifvertrag abschließen?

Auf Arbeitnehmerseite steht nach dem unzweideutigen Wortlaut des § 2 Abs. 1 des Tarifvertragsgesetzes (=TVG) das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen ausschließlich den »**Gewerkschaften**« zu. Dies ist der **Mitgliederverband selbst, also die traditionell auf Branchenebene existierende Organisation wie IG Bergbau-Chemie-Energie (BCE), IG Metall usw.** Arbeitnehmer aus verschiedenen Branchen

sind in der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft **ver.di zusammengeschlossen**. **Möglich wäre auch, einer Spitzenorganisation, also dem DGB als solchem, das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen einzuräumen, doch ist man sich innerhalb der Gewerkschaftsbewegung einig, eine solche Form der »Zentralisierung« nicht zu wollen.**

Auf Arbeitgeberseite ist die Tariffähigkeit nicht auf Arbeitgeberverbände beschränkt. Auch der einzelne Arbeitgeber kann einen Tarifvertrag abschließen (gemeinhin »Firmentarif« oder »Haustarif« genannt). Dominierend ist allerdings noch immer der mit Verbänden abgeschlossene Tarif, auch als »Verbands-« oder »Flächentarifvertrag« bezeichnet.

Das Recht, einen Tarifvertrag abzuschließen zu können, wird als »Tariffähigkeit« bezeichnet.

## **2. Schriftform**

§ 1 Abs. 2 TVG schreibt für alle Tarifverträge eine Einigung in schriftlicher Form vor. Das Verhandlungsergebnis muss daher von beiden Seiten unterzeichnet werden; ein bloßer Briefwechsel genügt nicht. Die häufig benutzten sog. Protokollnotizen sind regulärer Bestandteil des Tarifvertrags, wenn dieser ausdrücklich auf sie verweist. Ist dies nicht der Fall, sind sie lediglich Hilfsmittel bei der Auslegung einzelner tariflicher Bestimmungen.

## **3. Was kann ein Tarifvertrag regeln? Die Unterscheidung zwischen obligatorischem und normativem Teil**

Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 TVG regelt der Tarifvertrag »die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können«. Damit ist im Gesetz selbst eine grundsätzliche Aufteilung angesprochen:

◆ Zum einen enthalten Tarifverträge Abmachungen, die nur die beiden Tarifparteien (also Gewerkschaften auf der einen und Einzelunternehmer oder Arbeitgeberverband auf der anderen Seite) berechtigen und verpflichten. Man vereinbart beispielsweise, dass man bei Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt des Tarifvertrags ein

klärendes Gespräch führt oder wie gegen Mitglieder vorgegangen werden soll, die sich nicht an den Tarifvertrag halten. Klauseln dieser Art bezeichnet man als obligatorischen Teil.

◆ Zum anderen enthält ein Tarifvertrag Regeln, die nach Art eines Gesetzes abstrakt formuliert sind und die für alle erfassten Arbeitsverhältnisse gelten sollen. So wird etwa bestimmt:

»Der gemeinsame Ecklohn von 9,82 € wird mit Wirkung vom 1. Januar 2008 um 3,2 Prozent auf 10,13 € erhöht« (Zur Erklärung: „Ecklohn“ ist die Normalvergütung beim Akkord)

Oder:

»Einem Arbeitnehmer, der das 53., aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet hat und der dem Betrieb seit mindestens drei Jahren angehört, kann nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden«

Vorschriften dieser Art machen den wesentlichen Teil des Tarifvertrags aus; sie werden unter der Bezeichnung »normativer Teil« zusammengefasst.

#### **4. Der entscheidende Punkt: Unabdingbarkeit und Günstigkeitsprinzip**

Nach § 4 Abs. 1 TVG gelten die Rechtsnormen des Tarifvertrags »**unmittelbar**« zwischen den beiderseits Tarifgebundenen. Nach allgemeiner Auffassung bedeutet dies, dass sie in gleicher Weise wie ein Gesetz auf das Arbeitsverhältnis einwirken. Einer besonderen »Geltungsvereinbarung« oder Bezugnahme bedarf es nicht.

Auch wenn beim Abschluss des Arbeitsvertrags gar nicht über die Lohnhöhe gesprochen wurde, kann der Arbeitnehmer den Tariflohn verlangen.

Darüber hinaus haben die Tarifnormen nach § 4 Abs. 1 TVG nicht nur unmittelbare, sondern auch **zwingende Wirkung**: Den Arbeitsvertragsparteien, d.h. dem einzelnen Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer ist es nicht möglich, von dem tariflich Vereinbarten zuungunsten des Arbeitnehmers abzuweichen. In dieser »**Mindestniveaugarantie**« liegt der eigentliche Wert des Tarifvertrags für die Arbeitnehmer: Dem Arbeitgeber ist es verwehrt, seine Überlegenheit gegenüber dem Einzelnen auszuspielen und ihm die Arbeitsbedingungen zu diktieren. Daraus folgt, dass eine Abweichung »nach oben hin« sehr wohl zulässig bleibt; § 4 Abs. 3 TVG gestattet ausdrücklich, z.B. ein besseres Entgelt und längeren Urlaub, mehr Sozialleistungen und eine kürzere Arbeitszeit zu vereinbaren. Insoweit gilt das sog. Günstigkeitsprinzip. Unmittelbare und zwingende Wirkung der Tarifnormen werden üblicherweise unter dem Begriff »Unabdingbarkeit« zusammengefasst.

## 5. Friedenspflicht

Nach Auffassung des BAG gehört zu jedem Tarifvertrag automatisch die Pflicht, während seiner Laufzeit keinen Arbeitskampf um die dort geregelten Fragen zu führen. Ein gegen diese Friedenspflicht verstoßender Streik wäre rechtswidrig und würde die Gewerkschaft zum Schadensersatz verpflichten. **Andere Fragen**, die im Tarifvertrag nicht angesprochen sind, können **weiterhin kontrovers ausgetragen** und ggf. mit Hilfe eines Arbeitskampfes gelöst werden. Die Friedenspflicht ist deshalb eine »relative«, auf den Tarifynhalt bezogene. Durch (selten vorkommende) ausdrückliche Vereinbarung kann sie allerdings zu einer absoluten gemacht werden, die dann jede Arbeitsniederlegung verbietet.

In der Literatur wurde kritisiert, es gebe keine Rechtsgrundlage dafür, dass die Friedenspflicht automatisch mit jedem Tarifvertrag verbunden sei. Insbesondere das italienische und das französische Recht kämen ohne eine solche Rechtsfigur aus. Vollends unverständlich sei überdies die These, dass die Tarifparteien die Friedenspflicht nicht einmal einvernehmlich einschränken oder aufheben könnten, obwohl doch eine Erweiterung jederzeit zulässig sei.

Wegen des hohen Risikos, das bei rechtswidrigen Streiks droht, halten sich die Gewerkschaften in der Praxis jedoch streng an die Friedenspflicht.

## 6. Für wen gilt ein Tarifvertrag?

Normen über den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen gelten nach § 4 Abs. 1 TVG nur für »beiderseits Tarifgebundene«. Was heißt dies? Der Tarifvertrag wirkt nur dann unmittelbar und zwingend auf ein Arbeitsverhältnis, wenn sowohl der Arbeitgeber dem tarifschließenden Arbeitgeberverband als auch der Arbeitnehmer der tarifschließenden Gewerkschaft angehört.

Beispiel: Die IG Metall schließt mit dem Verband der Metallindustrie Baden-Württembergs einen Tarifvertrag. Arbeitnehmer X ist Mitglied der IG Metall, sein Arbeitgeber gehört dem Verband an: Tarifbindung gegeben. Anders, wenn zwar der Arbeitgeber dem Verband angehört, der Arbeitnehmer aber Mitglied keiner (oder einer anderen) Gewerkschaft ist. Pech haben auch Gewerkschaftsmitglieder, die bei einem nicht dem Verband angehörenden Unternehmen tätig sind: Auch für sie ist der Tarifvertrag zunächst nur ein Stück Papier, sie können sich nicht auf ihn berufen.

Diese sehr enge Ausgestaltung der »Tarifbindung« wird **in der Praxis weithin aufgehoben**. Arbeitgeber pflegen auch Nichtorganisierte »nach Tarif« zu behandeln,

da diese sonst am nächsten Tag der Gewerkschaft beitreten würden. Außenseiterunternehmen legen gleichfalls häufig die Verbandstarife zugrunde, da sie andernfalls das Risiko eingehen, mit der Gewerkschaft über einen Firmentarif verhandeln (und evtl. sogar einen Streik in Kauf nehmen) zu müssen. Auch wenn dies nicht droht, könnten unter Umständen „Leistungsträger“ zu einem Konkurrenten abwandern.

Bei sog. **Betriebsnormen** (z. B. Benutzung der Kantine) und bei betriebsverfassungsrechtlichen Tarifnormen gilt nach § 3 Abs. 2 TVG eine Sonderregelung: Sie wirken gegenüber allen Belegschaftsangehörigen, wenn nur der Arbeitgeber tarifgebunden ist.

Bei schlechter Konjunktur und hoher Arbeitslosigkeit kann sich die Situation ändern: Unorganisierte akzeptieren unter Umständen auch untertarifliche Löhne, Außenseiterunternehmen riskieren keinen Streik und keine Abwanderung wichtiger Arbeitskräfte mehr. Für solche Fälle sieht § 5 TVG die Möglichkeit vor, Tarifverträge für »**allgemeinverbindlich**« zu erklären. Geschieht dies, kommt es auf die Organisationszugehörigkeit nicht mehr an: Der Tarifvertrag gilt dann innerhalb der Branche auch für unorganisierte Arbeitgeber und unorganisierte Arbeitnehmer.

Wichtig ist die Allgemeinverbindlicherklärung außer in Notsituationen insbesondere bei den sog. Sozialkassen des Baugewerbes. Da in diesem Sektor sehr viele kurzfristige Beschäftigungsverhältnisse bestehen, würde oft die 6-monatige Wartefrist für den Urlaubsanspruch nicht erfüllt. Außerdem wäre es ungerecht, allein denjenigen Arbeitgeber mit der Entgeltfortzahlung zwischen Weihnachten und Neujahr zu belasten, bei dem der Arbeitnehmer gerade tätig ist. Seit vielen Jahrzehnten existieren deshalb Urlaubs-, Lohnausgleichs- und andere Sozialkassen, die von allen Arbeitgebern finanziert werden und die im Einzelfall das Urlaubsentgelt und einzelne Sozialleistungen ausbezahlen. Ein solches System kann jedoch nur funktionieren, wenn wirklich auch alle mitmachen: die entsprechenden Tarifverträge sind daher für allgemeinverbindlich erklärt.

Keine Probleme werfen in aller Regel die Tarifzuständigkeit der Gewerkschaft sowie der fachliche und der regionale Geltungsbereich des Tarifvertrags auf: Die Gewerkschaft kann nur für solche Betriebe Tarifverträge abschließen, für die sie ihrer Satzung nach zuständig ist, der Tarifvertrag gilt nur für eine bestimmte Art von Unternehmen und nur innerhalb eines bestimmten Tarifgebiets.

## **7. Bindung an staatliches Recht, insbesondere an Grundrechte**

Nach langjähriger Rechtsprechung des BAG müssen die Tarifparteien bei der Festlegung der Inhalte des Tarifvertrags die **Grundrechte** ihrer Mitglieder achten. Würde etwa für Frauen bei gleicher oder vergleichbarer Arbeit ein geringerer Lohn

vorgesehen, wäre die entsprechende Tarifklausel wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG rechtswidrig. Auch können den Arbeitnehmern schon entstandenen Lohnansprüche nicht wieder entzogen werden, weil dies gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG verstoßen würde. In jüngster Zeit wurde dies allerdings dadurch in Frage gestellt, dass die tariflichen Altersgrenzen für Piloten nicht unmittelbar am Maßstab der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG gemessen wurden. Die volle Bindung an die Gleichheitssätze der Verfassung wurde allerdings bestätigt; bei Freiheitsrechten ist die Situation offen.

Die Tarifparteien müssen weiter auch das **geltende Gesetzesrecht** beachten; in der Regel lässt dieses allerdings für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen zu.

Beispiel: Statt der im Gesetz vorgesehenen sechs Wochen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall kann der Tarifvertrag acht oder zwölf Wochen vorsehen.

Wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt ist, gilt im Verhältnis zwischen Gesetz und Tarifvertrag das Günstigkeitsprinzip.

Eine Verschlechterung des durch das staatliche Recht gewährten »Schutzstandards« ist grundsätzlich nicht möglich. In einer Reihe von Fällen hat jedoch der Gesetzgeber bestimmt, dass von seinen Vorschriften auch zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen werden darf (sog. **Zulassungsnormen**).

So können nach § 622 Abs. 4 Satz 1 BGB die gesetzlichen Kündigungsfristen durch Tarifvertrag verkürzt werden (was in der Regel den Arbeitnehmer benachteiligt), und § 7 Abs. 1 Nr. 1 Arbeitszeitgesetz (= ArbZG) sieht vor, dass die regelmäßige Arbeitszeit durch Tarifvertrag unter bestimmten Voraussetzungen von acht bis auf zehn Stunden täglich erhöht werden kann.

Darüber hinaus hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, dass im Tarifvertrag (nicht aber im Arbeitsvertrag) von bestimmten, von ihr entwickelten Schutznormen abgewichen werden kann (sog. **tarifdispositives Richterrecht**).

Beispiel: Eine Weihnachtsgratifikation muss man bei Ausscheiden nur zurückzahlen, wenn man vertraglich vereinbarte »Bindungsfristen« nicht eingehalten, z.B. schon zum 31. Januar gekündigt hat. Das BAG hat eingehende Grundsätze entwickelt, wie lange diese Fristen sein dürfen. Durch Tarifvertrag können sie jedoch nicht nur verkürzt, sondern auch verlängert werden.

Für die Gewerkschaften ist eine solche »Ausdehnung« der Tarifautonomie ein Geschenk von sehr zweifelhaftem Wert: Sie müssen auf anderen Gebieten Konzessionen machen, um wenigstens den gesetzlichen oder richterrechtlichen Schutzstandard zu erhalten.

## 8. Lohntarif – Lohnrahmentarif – Manteltarif

Je nach dem typischerweise vereinbarten Inhalt haben sich bestimmte Arten von Tarifverträgen herausgebildet, die rechtlich alle den gleichen Grundsätzen unterliegen, die aber aus praktischen Gründen unterschieden werden.

In den »Lohnabkommen« oder »**Entgelttarifverträgen**« wird in der Regel nur die Lohnhöhe bei Zeit- wie bei Akkordlohn festgelegt; Bezugsgröße ist dabei die Lohngruppe, in die der einzelne Arbeitnehmer schon bisher eingruppiert war. Lohn- und Gehaltstarife haben in der Regel Laufzeiten von etwa einem Jahr.

In den **Rahmentarifverträgen** (RTV), auch Lohn- oder Gehaltsrahmentarif genannt, werden insbesondere die Lohn- und Gehaltsgruppen festgelegt, d.h., es wird bestimmt, welche Merkmale eine Tätigkeit erfüllen muss, damit der Arbeitnehmer beispielsweise Lohngruppe 1 mit Stundenlohn 7,13 € oder Lohngruppe 3 mit Stundenlohn 8,28 € erhält. Die Beschreibung erfolgt häufig unter Verwendung relativ abstrakter Merkmale wie »gründliche und vielseitige Fachkenntnisse« und »überwiegend selbständige Leistungen«, so dass bei der Einordnung der einzelnen konkreten Tätigkeit ein beträchtlicher Spielraum bleibt. Weiter enthalten die Rahmentarife unter Umständen Vorschriften über die Lohnfindungsmethoden und die konkrete Lohnberechnung, etwa die Ermittlung des sog. Zeitfaktors beim Akkord. Tarifverträge dieser Art besitzen meist eine Laufzeit von ca. drei Jahren, da man davon ausgeht, dass die geregelten Fragen anders als die Entgelthöhe seltener einer Anpassung an veränderte Umstände bedürfen.

In »**Manteltarifverträgen**« (MTV) werden sonstige Arbeitsbedingungen festgelegt; hier finden sich Bestimmungen über die Arbeitszeit, über Erholungs- und Sonderurlaub, Überstunden, Kündigungsfristen und anderes mehr. Auch sie besitzen eine längere, in der Regel dreijährige Laufzeit, ist doch auch hier nur selten ein Anlass für kurzfristige Veränderungen gegeben.

Zu beachten ist, dass die Terminologie nicht immer dem hier Beschriebenen folgt und Manteltarife manchmal auch als Rahmentarife bezeichnet werden. Weiter ist die Trennung keine totale; so ist es durchaus denkbar (und unbestritten zulässig), in einem Lohntarif Fragen mitzuregeln, die »an sich« in den Rahmen- oder Manteltarif gehören würden.

Neben diesen drei Tarifvertrags-Typen gibt es einzelne **Sonderverträge**, die sich nicht in dieses Schema einordnen lassen. So wurde etwa die betriebliche Mitbestimmung des fliegenden Personals der Deutschen Lufthansa durch besonderen Tarifvertrag geregelt. Wichtig sind Absicherungs- und

Rationalisierungsschutzabkommen, die bei Personalabbau Versetzungen und Umschulungen vorsehen und bei unvermeidbaren Kündigungen den Arbeitgeber zur Zahlung von (im Gesetz nicht vorgesehenen) Abfindungen verpflichten. In den vergangenen zehn bis fünfzehn Jahren sind vermehrt »**betriebliche Bündnisse für Arbeit**« in Form von **Firmentarifen** hinzugekommen, bei denen die Belegschaft auf Leistungen aus dem Flächentarif verzichtet, ggf. auch länger arbeitet und als „Gegenleistung“ die betriebsbedingte Kündigung für ein oder zwei Jahre (oder länger) ausgeschlossen wird. **Droht** eine **Verlagerung** ins Ausland, so lassen sich jedenfalls verlängerte Kündigungsfristen, vom Arbeitgeber finanzierte Umschulungsmaßnahmen und hohe Abfindungen durch Tarifvertrag festlegen, für den auch gestreikt werden kann.

## 9. Tarifliche und betriebliche Ebene im Entgeltsektor

In der betrieblichen Praxis werden Tarifverträge traditionellerweise oft durch günstigere Regelungen ergänzt. In jüngerer Zeit sind allerdings auch zahlreiche Abweichungen »nach unten« anzutreffen.

◆ Zum einen kann **im Arbeitsvertrag** eine **günstigere Regelung** enthalten sein. Dabei geht es so gut wie nie um individuell ausgehandelte Verträge; vielmehr ist der Arbeitgeber oft bereit, »formularmäßig« allen Arbeitnehmern z.B. ein zusätzliches Urlaubsgeld oder eine betriebliche Altersversorgung zuzusagen.

◆ Die zweite Ergänzung ist nicht weniger wichtig: In vielen Fällen werden Abmachungen mit dem Betriebsrat, insbesondere **Betriebsvereinbarungen** geschlossen, die »Lücken« des Tarifvertrags ausfüllen oder seine Anwendung im Einzelfall regeln. Dabei ist allerdings die Vorschrift des § 77 Abs. 3 Betriebsverfassungsgesetz (= BetrVG) zu beachten. Danach sind Betriebsvereinbarungen auf solchen Gebieten, die tariflich geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nur dann zulässig, wenn der Tarifvertrag eine entsprechende Ermächtigung enthält.

**Beispiel für eine solche Ausnahme:** Für die Fließbandarbeit bestimmt § 6 Abs. 5 des Lohnrahmentarifvertrags II in der Metallindustrie Nordwürttembergs-Nordbadens: »Die Anzahl der Springer ist mit dem Betriebsrat zu vereinbaren« (Zur Erklärung: „Springer“ sind Personen, die jeweils dort eingesetzt werden, wo gerade eine andere Person ausgefallen ist)

Der Gesetzgeber will auf diese Weise verhindern, dass sich auf betrieblicher Ebene eine Art »Konkurrenz« zu den Tarifparteien entwickelt. Sie sollen selbst bestimmen, wieviel Spielraum sie dem einzelnen Betriebsrat und der einzelnen Geschäftsleitung geben wollen.

In der Praxis ist § 77 Abs. 3 BetrVG vermutlich diejenige arbeitsrechtliche Vorschrift, die am häufigsten verletzt wird. In zahlreichen Betrieben existieren Abmachungen zwischen Betriebsrat und Geschäftsleitung, durch die übertarifliche Löhne vorgesehen werden.

**Beispiel:** Alle Beschäftigten erhalten eine »Teuerungszulage« von 150 Euro, alle Verheirateten bekommen eine »Sozialzulage« in Höhe von 100 Euro monatlich.

Hintergrund ist nicht anders als bei Formulararbeitsverträgen die Tatsache, dass sich die Verbandstarifverträge notwendigerweise am sog. Grenzbetrieb, d.h. an dem Unternehmen orientieren, für das die Lohnerhöhung gerade noch verkraftbar ist. Bei den »reicheren« Unternehmen bestehen daher Spielräume, die mit Rücksicht auf die Erwartungshaltung der Belegschaft sowie deshalb genutzt werden, weil das Management die Bindung an den Betrieb verstärken möchte.

Was geschieht, wenn sich ein Beteiligter auf den Verstoß einer solchen Abmachung gegen § 77 Abs. 3 BetrVG beruft? Nach den bisherigen Erfahrungen geschieht dies nur selten. Wenn es trotzdem mal passiert, nimmt man meist an, dass das mit dem Betriebsrat Vereinbarte zu einer stillschweigenden Ergänzung der Arbeitsverträge geworden ist.

Die **übertariflichen Vergütungsbestandteile** sind aus Arbeitgebersicht eine gewisse **»Manövriermasse«**: Geht es dem Unternehmen schlechter, lassen sie sich wieder abbauen, während die tariflichen Mindestsätze auch dann (und gerade dann!) bindend sind. Der einfachste Weg für den Arbeitgeber ist die **Verrechnung von Tariflohnerhöhungen** mit übertariflichen Zulagen.

**Beispiel:** Der Tariflohn von bisher 9 Euro wurde auf 9,40 Euro erhöht. Jeder Beschäftigte hatte jedoch bisher 0,60 Euro pro Stunde als »Firmenzulage« erhalten. Der Arbeitgeber »verrechnet« in der Weise, dass er nunmehr 9,40 Euro Tariflohn und nur noch 20 Cent »Firmenzulage« bezahlt.

Die Gewerkschaften haben versucht, einer solchen Entwertung der Tarifverträge gegenzusteuern. Mit einer sog. **Effektivgarantieklausel** würden sämtliche zu einem bestimmten Zeitpunkt bezahlten übertariflichen Zulagen zum Bestandteil des Tarifvertrags gemacht, eine sog. **begrenzte Effektivklausel** würde dem Arbeitgeber die Verrechnung mit Tariflohnerhöhungen verbieten.

Die »Firmenzulage« in Höhe von 0,60 Euro müsste auf den neuen Tariflohn von 8,40 Euro

»aufgestockt« werden. Eine »Aufsaugung« durch Verrechnung scheidet aus.

Das BAG hält beide Klauseln für unwirksam. In der juristischen Literatur hat es damit nur wenig Anklang gefunden, auch das LAG Hamburg hat sich von ihm distanziert und anders entschieden.

Seit 1992/93 taucht angesichts der Massenarbeitslosigkeit immer häufiger das Phänomen auf, dass von Tarifverträgen zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen wird. Dies wird häufig mit dem Argument begründet, **untertarifliche Bezahlung** sei »günstiger« als **Arbeitslosigkeit**. **Rechtlich** ist dies **nicht haltbar**, da man nicht die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags mit Hilfe des Günstigkeitsprinzips »aushebeln« darf. In der Praxis ist es allerdings oft schwierig, dem Tarifvertrag Anerkennung zu verschaffen. Auch enthalten viele Tarifverträge „Öffnungsklauseln“, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Abweichung nach unten zulassen.

Gravierender weil rechtlich unangreifbarer ist es, wenn neugegründete Unternehmen **keinem Verband beitreten** oder wenn der Arbeitgeber die Mitgliedschaft in seinem Verband aufkündigt: Hier kann wirklicher Schutz auf Dauer nur durch Abschluss eines Firmentarifs erfolgen, was jedoch ein hohes Maß an Einsatzbereitschaft auf Arbeitnehmerseite voraussetzt. Da Fälle dieser Art immer häufiger auftreten, spricht man von einer »**Erosion**« des **Flächentarifs**. Insbesondere in den neuen Bundesländern ist die Bindung an Tarifverträge und ihre konsequente Befolgung eher zur Ausnahmeerscheinung geworden.

#### **10. Tarifliche und betriebliche Ebene bei den Arbeitsbedingungen, insbesondere bei der Arbeitszeit**

Die »Arbeitsteilung« zwischen Tarifpolitik und betrieblicher Festlegung von Arbeitsbedingungen findet sich auch bei Fragen der Arbeitszeit. Der Tarifvertrag regelt normalerweise die **Dauer** der wöchentlichen Arbeitszeit, während die **Lage der Arbeitsstunden**, insbesondere die Schichtpläne, dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG unterliegen. Auch über die Leistung von **Überstunden** wird in aller Regel auf betrieblicher Ebene entschieden (Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG).

In den vergangenen 20 Jahren hat sich auf diesem Sektor eine gewisse **Verlagerung hin zur betrieblichen Ebene** ergeben. Der berühmte **Leberkompromiss** des Jahres 1984 (nach dem früheren Bundesminister Leber benannt, der als Schlichter fungierte) erweiterte den Spielraum der Betriebsparteien:

Im Tarifvertrag festgelegt wurde nur die durchschnittliche Wochenarbeitszeit, von der innerhalb eines bestimmten Rahmens bei einzelnen Beschäftigtengruppen nach oben und nach unten abgewichen werden konnte.

Beispiel: Die durchschnittliche Arbeitszeit betrug 38,5 Wochenstunden. Durch Betriebsvereinbarungen konnte für zehn Beschäftigte eine Wochenarbeitszeit von 40 Stunden festgelegt werden, sofern bei anderen die Wochenarbeitszeit so weit unter 38,5 Stunden blieb, dass sich als betrieblicher Durchschnitt wieder 38,5 ergab.

Auch die derzeit geltenden Metalltarife werten die betriebliche Ebene auf, indem sie für 18 Prozent der Belegschaft eine freiwillige arbeitsvertragliche Verlängerung auf bis zu 40 Wochenstunden zulassen. Für bestimmte Kategorien von Unternehmen ist dieser Spielraum inzwischen noch erheblich erweitert worden.

Das BAG lässt es außerdem zu, die **Beteiligungsrechte des Betriebsrats** durch Tarifvertrag zu **erweitern** oder auf **Bereiche** zu erstrecken, in denen das **BetrVG keine Anwendung** findet. Tariflich regeln lassen sich im Übrigen **Arbeitsbedingungen aller Art** – von verlängerten Kündigungsfristen über den Jahresurlaub bis hin zur Arbeitsintensität.

**Beispiele:** Der Tarifvertrag sieht vor, dass für die Bedienung einer bestimmten Maschine eine bestimmte Mindestzahl von Arbeitskräften eingesetzt werden muss (sog. quantitative **Besetzungsregeln**). Sie sind grundsätzlich ebenso zulässig wie die sog. qualitativen Besetzungsregeln, die einzelne Tätigkeiten bestimmten Arbeitnehmergruppen mit besonderer Qualifikation vorbehalten.

## 11. Durchsetzung des Tarifvertrags

Die Beachtung des Tarifvertrags kann für einzelne Arbeitgeber einen gewichtigen Kostenfaktor darstellen. Dies erklärt, warum man **nicht** einfach »**Tarif**« und »**Tarifwirklichkeit**« gleichsetzen kann.

**Beispiele:** Aushilfskräfte werden immer »außertariflich« (d.h. schlechter) vergütet, obwohl sie die gleiche Arbeit machen.

Oder: Tariflich vorgesehene bezahlte Erholungspausen werden nicht gewährt.

Elementare Voraussetzung für jede Form von »Gegenwehr« ist, dass der **Arbeitnehmer** überhaupt **Kenntnis von den tariflichen Bestimmungen** erhält. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 Nachweisgesetz (= NachwG) muss der Arbeitgeber »in allgemeiner Form auf die für das Arbeitsverhältnis maßgebenden Tarifverträge hinweisen. Weiter verlangt § 8 TVG von ihm, den Tarifvertrag im Betrieb an geeigneter Stelle bekannt zu machen, doch sind keine wirksamen Sanktionen vorgesehen, wenn dies unterbleibt. Der Einzelne muss sich deshalb beim Betriebsrat

oder der zuständigen Gewerkschaft erkundigen. Ist diese Hürde einmal übersprungen, kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht.

◆ Der einzelne **Arbeitnehmer klagt seine tariflichen Rechte** gegen den Arbeitgeber ein. Dies kann er juristisch, da ja der Tarifvertrag unmittelbar und zwingend auf den Arbeitsvertrag einwirkt oder – bei Nichtmitgliedern – im Arbeitsvertrag auf den Tarifvertrag verwiesen wird. Die Sache hat nur einen Haken: Klagen werden häufig als Illoyalität gewertet. Der Einzelne traut sich deshalb nicht, seine Rechte bei bestehendem Arbeitsverhältnis durchzusetzen. Mehr Aussicht bietet die kollektive Interessenvertretung.

◆ Der **Betriebsrat** hat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG über die Einhaltung der Tarifverträge zu wachen. Sieht er einen Verstoß, kann er **mit dem Arbeitgeber verhandeln**, jedoch keine Änderung der betrieblichen Praxis erzwingen.

◆ Die **Gewerkschaft kann von ihrem Tarifpartner die Beachtung des Tarifvertrags verlangen**. Handelt es sich um einen Firmentarif, ist die Sache einfach: Sie kann den Arbeitgeber notfalls auf »tariftreues« Verhalten verklagen. Schwieriger ist es beim Verbandstarif: Der Arbeitgeberverband ist lediglich verpflichtet, auf seine Mitglieder in dem Sinne einzuwirken, dass sie den Tarifvertrag beachten. Tun sie dies nicht, bleibt als Sanktion höchstens der Verbandsausschluss. Die Klage gegen den Verband ist deshalb in aller Regel eine stumpfe Waffe.

◆ Liegt der Fall relativ eindeutig, können die Arbeitnehmer auch eine **Massenklage** versuchen: Es klagt nicht ein einsamer Vorreiter, sondern es klagten alle Betroffenen.

Wegen Benachteiligung der weiblichen Arbeitskräfte verklagten 80 Frauen den Arbeitgeber und verlangen Gleichstellung mit den Männern. Der »Unwille« des Arbeitgebers verteilt sich gleichmäßig auf alle 80. Ein solches Risiko kann man eingehen.

◆ Hält der Arbeitgeber den Tarifvertrag nicht ein, **können die Arbeitnehmer im Regelfall ihre Arbeitsleistung nach § 273 BGB zurückhalten**.

**Beispiel:** Der Arbeitgeber zahlt nur zwei Drittel des Tariflohnes, weil er in wirtschaftlichen Schwierigkeiten ist. Nach der Rechtsprechung des BAG können die Arbeitnehmer jede weitere Arbeitsleistung verweigern, bis sie ihre volle Vergütung erhalten.

Ob man von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, hängt von vielen Faktoren, insbesondere davon ab, wie die »Stimmung« im Betrieb beschaffen ist und welche Möglichkeiten der Arbeitgeber effektiv hat.

◆ Nach der **neueren Rechtsprechung des BAG** stellt es einen unerlaubten Eingriff in die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG dar, wenn der Arbeitgeber (mit oder

ohne Unterstützung des Betriebsrats) mit einer Gruppe von Arbeitnehmern untertarifliche Arbeitsbedingungen festlegt. Gegen diesen Eingriff in ihre Rechte kann sich die Gewerkschaft durch **Klage** zur Wehr setzen. Diese richtet sich darauf, den **tarifwidrigen Zustand** auch für die Zukunft zu **beseitigen**. In der Tat wäre es wenig verständlich, könnte man für einen Tarifvertrag zwar streiken, im Ergebnis aber nichts unternehmen, wenn dieser durch einzelne Arbeitgeber unterlaufen wird.

## 12. Kündigung des Tarifvertrags und Nachwirkung

Ist für die Geltung des Tarifvertrags eine bestimmte zeitliche Grenze festgelegt (z.B. drei Jahre), so endet er mit dem Ablauf dieser Frist. In der Praxis ist eine solche Abmachung freilich die Ausnahme; statt automatischer Beendigung wird in der Regel ein Kündigungsrecht zu einem bestimmten Termin vereinbart. Man sieht etwa vor:

»Dieser Tarifvertrag ist mit dreimonatiger Frist erstmals zum 31. 12. 2008 kündbar«,

oder

»Dieser Tarifvertrag gilt bis 31. 12. 2008. Er verlängert sich um weitere zwei Jahre, wenn er nicht mit dreimonatiger Frist zu diesem Zeitpunkt gekündigt wird.«

In der Festlegung des **Kündigungszeitpunkts** (bis wann?) und der **Kündigungsfrist** (hier: drei Monate) sind die Tarifparteien völlig frei; die herrschende Meinung lässt zu Recht sogar die Vereinbarung jederzeitiger fristloser Kündigung zu. Ist ein Tarifvertrag mit Rücksicht auf die getroffenen Abmachungen noch nicht kündbar, so kann sich eine Partei von ihm nur lösen, wenn ihr ein weiteres Festhalten nicht mehr zuzumuten ist. Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse, z.B. eine überraschend hohe Inflationsrate, aber auch Veränderungen des Arbeitsprozesses, die massenhafte Abgruppierungen zum Gegenstand haben, werden grundsätzlich nicht als ausreichender Grund anerkannt. Die Beendigung des Tarifvertrags durch Zeitablauf oder Kündigung macht ihn für den einzelnen Arbeitnehmer nicht gegenstandslos, sondern lässt **nur die zwingende Wirkung entfallen**. Nach § 4 Abs. 5 TVG **wirkt er nach**, d.h., er gestaltet weiterhin die Arbeitsverhältnisse (behält also seine unmittelbare Wirkung), kann jedoch durch jede, und damit auch durch eine arbeitsvertragliche Abmachung, ersetzt werden.

## III. Tarifverhandlungen

In aller Regel ist die Gewerkschaft daran interessiert, einen Tarifvertrag abzuschließen. Dies liegt auf der Hand, wenn es in der fraglichen Branche oder in dem fraglichen Unternehmen noch keine tarifliche Abmachung gibt. Aber auch dann, wenn bestimmte Vergütungen und andere geldwerte Leistungen bereits tariflich festgeschrieben sind, besteht ein Interesse an einem Neuabschluss: Mit Rücksicht auf die Inflationsrate hat die Stunden- oder Monatsvergütung an Wert verloren. Außerdem werden im Laufe eines Jahres häufig Produktivitätsfortschritte erzielt, die allein den Arbeitgeber begünstigen, wenn kein neuer Tarifvertrag die dadurch ermöglichten zusätzlichen Gewinne umverteilt.

Die Gewerkschaft sendet dem Arbeitgeberverband oder (beim Firmentarif) der Unternehmensleitung im Regelfall einen Brief, in dem sie ihre Forderungen benennt. Gibt es bisher zum selben Sachgebiet bereits einen Tarifvertrag, so muss dieser vorher gekündigt sein; andernfalls hätte die Arbeitnehmerseite mit Rücksicht auf die Friedenspflicht keinerlei Druckmittel in der Hand, um eine widerstrebende Arbeitgeberseite an den Verhandlungstisch zu bringen. Der **alte Tarifvertrag** muss daher **gekündigt**, aber nicht unbedingt schon ausgelaufen sein.

Beispiel: Der Lohntarifvertrag läuft bis 31. März und kann mit dreimonatiger Frist gekündigt werden. Die Gewerkschaft hat Mitte Dezember dem Unternehmen die schriftliche Kündigungserklärung übergeben – was sich deshalb empfehlen kann, weil dann der Empfang des Schreibens quittiert wird und so in Zukunft keine Meinungsverschiedenheiten darüber entstehen, ob überhaupt eine Kündigung ausgesprochen wurde. Die Drei-Monats-Frist ist also gewahrt.

Die Gewerkschaft wird in aller Regel schon Mitte Januar ihre Forderungen präsentieren. Sie schreibt beispielsweise:

„Wir verlangen eine Lohnerhöhung von 8 %, mindestens jedoch 100,00 Euro monatlich für jeden Beschäftigten. Dies rechtfertigt sich aus unserer Sicht mit der Geldentwertung sowie dem außerordentlich guten Ergebnis des Unternehmens im letzten Jahr. In ihm kommt eine hohe Produktivitätssteigerung zum Ausdruck, die ohne den intensiven Einsatz der Beschäftigten niemals möglich gewesen wäre.“

Wie man eine Forderung begründet, ist auch eine Frage des persönlichen Stils. Bisweilen wird so vorgegangen, dass lediglich die Forderung genannt und ein oder zwei Verhandlungstermine vorgeschlagen werden.

Wie reagiert die Arbeitgeberseite auf einen solchen Brief? Das deutsche Recht kennt **keine verbindlichen Regeln über die Durchführung von Tarifverhandlungen**. Diese sind genauso frei, wie wenn es um den Kauf einer Eigentumswohnung oder eines Kühlschranks geht. Man wird also z. B. sehr viel mehr verlangen als sich voraussichtlich durchsetzen lässt.

Der Arbeitgeberseite steht es frei, auf den Brief überhaupt nicht zu reagieren. Sie kann sich auch mit einem einzigen (unhöflichen) Satz begnügen und schreiben: „Wir sehen keine Notwendigkeit, am bestehenden Tarifvertrag irgendetwas zu ändern.“

Dies wird sie in aller Regel jedoch nicht tun. Im Verhältnis zur Gewerkschaft wäre dies eine Provokation, die aller Voraussicht nach dazu führen würde, dass gleich nach Auslaufen des Tarifvertrags

im Beispiel also ab 1. April

gestreikt würde. Bestand bisher gar kein Tarifvertrag, wäre die Arbeitsniederlegung sofort möglich. Um dies zu vermeiden, wird die Arbeitgeberseite normalerweise so reagieren, dass sie einen **Verhandlungstermin akzeptiert** oder ihrerseits ein solches Treffen an einem andern Tag vorschlägt. Denkbar ist sogar, dass sie ein erstes Angebot (z. B. 2 % Lohnerhöhung) macht, was jedoch in der Praxis eher die Ausnahme ist.

**Welche Personen verhandeln?** Auf gewerkschaftlicher Seite kann ein Tarifvertrag nur von der Spitze der Gesamtorganisation (also dem Vorstand, häufig auch „Hauptvorstand“ genannt) abgeschlossen werden, doch delegiert dieser in der Regel seine Befugnisse auf die Bezirksebene. Der Bezirksvorstand verhandelt häufig aber auch nicht selbst, sondern benennt eine Delegation, die aus zwei bis fünf Personen besteht. Geht es um einen Verbandstarif, sind diese typischerweise hauptamtlich für die Gewerkschaft tätig. Einzelne können auch aus wichtigen „Schlüsselbetrieben“ stammen, deren Ausfall die Arbeitgeberseite hart treffen würde. Geht es um einen Firmentarif, würden je nach den Umständen vorwiegend Betriebsräte aus dem fraglichen Unternehmen zur **Verhandlungsdelegation** gehören. Auf Arbeitgeberseite gibt es gleichfalls eine solche Delegation. Das Recht, verbindliche

Entscheidungen zu treffen, liegt gleichfalls beim Vorstand des Verbandes bzw. bei der Unternehmensleitung.

Auf gewerkschaftlicher Seite wird daneben eine sog. **Tarifkommission** eingerichtet. Sie besteht beim Verbandstarif – je nach Größe des Tarifgebiets – aus 20 bis 80 Mitgliedern, die die wichtigsten Betriebe repräsentieren, für die der Tarifvertrag gelten soll. Sie hat zwar nur beratende Funktion, doch ist ihr Votum von großer praktischer Bedeutung, da ihre Mitglieder in aller Regel zu den „Meinungsführern“ in den Betrieben gehören. Halten sie ein Arbeitgeberangebot für völlig unzureichend, ist dies im Normalfall auch die Haltung der Belegschaften, betrachten sie es als akzeptabel, wäre vermutlich auch kaum jemand im Betrieb bereit, für ein besseres Ergebnis in den Streik zu treten. Bei Verhandlungen über einen Firmentarif wird in der Regel eine (kleine) betriebliche Tarifkommission gebildet, die die wichtigsten Betriebsratsmitglieder umfasst. Auch auf Arbeitgeberseite gibt es zum Teil Tarifkommissionen mit beratender Funktion.

Die Verhandlungen finden häufig an einem **Ort** statt, der nur den Verhandlungsteilnehmern bekannt ist. Meist wählt man ein Gästehaus eines Unternehmens oder ein Hotel. Durch die Geheimhaltung will man vermeiden, dass die Verhandlungen z. B. durch Sprechchöre gestört werden. Auch kann es einschüchternd wirken, wenn der Verhandlungsort von 500 Beschäftigten umstellt ist oder wenn man hinter einer polizeilichen Absperrung verhandeln muss.

In aller Regel kommt **beim ersten Verhandlungstermin keine Einigung** zustande. Die Verhandlungen erstrecken sich meist über Wochen und Monate, wobei die Intervalle zwischen den einzelnen Treffen unterschiedlich lang sein können. Der Ton kann sehr sachlich sein, aber auch zu persönlichen Beschimpfungen führen. Manche Verhandlungsführer neigen dazu, die Dinge zu überspitzen und hungernde Volksmassen bzw. das Ende der deutschen Wirtschaft zu beschwören.

**Woher** erhalten die Verhandlungsteilnehmer beider Seiten ihre **Informationen**? Für die Arbeitgeberseite ist dies weniger schwierig, da ihr die wirtschaftliche Situation der einzelnen Unternehmen wohl bekannt ist und dort genügend Spezialisten verfügbar

sind, die auch über die voraussichtliche weitere Entwicklung Bescheid wissen. Ein Informationsproblem stellt sich jedoch auf der Seite der Gewerkschaft.

Häufig sind die Mitglieder der Verhandlungsdelegation nicht selbst in vollem Umfang sachkundig, können sich jedoch auf verschiedene Quellen stützen. Unter den hauptamtlichen Mitarbeitern der Gewerkschaften gibt es einige, die Bilanzen von Unternehmen auswerten und auch zur Kenntnis nehmen, was die Wirtschaftspresse über die fragliche Branche und einzelne wichtige Unternehmen schreibt. Außerdem verfügt der Deutsche Gewerkschaftsbund über das **Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut** (= WSI) in Düsseldorf, wo zahlreiche Betriebs- und Volkswirte tätig sind, die im Ernstfall wissenschaftlich aufbereitetes Material zur Verfügung stellen. Soweit es um konkrete Formulierungen geht, sind auch Juristen gefragt; sie gehören jedoch typischerweise nicht zur Verhandlungsdelegation, sondern leisten ihre Arbeit mehr im Hintergrund.

Ziehen sich die Verhandlungen in die Länge und ist eine wichtige Branche betroffen, wird auch die **Öffentlichkeit** eingeschaltet. Journalisten pflegen den Verhandlungsort zu ermitteln und warten ggf. bis tief in die Nacht, um als erste die Nachricht von einem „Durchbruch“, von einer grundsätzlichen Einigung verbreiten zu können. Auch kommt es vor, dass jede Seite eine Pressekonferenz abhält, wo sie auf die Richtigkeit ihrer Position und die Starrköpfigkeit der anderen Seite hinweist.

Die **letzte Phase** der Tarifverhandlungen zeichnet sich typischerweise durch eine gewisse **Dramatik** aus. Man einigt sich oft erst nach einem „Verhandlungsmarathon“, das nachts um zwei Uhr oder um drei Uhr endet. Auf diese Weise wird den eigenen Mitgliedern dokumentiert, dass man sich bis zum Rande der Erschöpfung eingesetzt hat, um ihren Interessen möglichst weitgehend Rechnung zu tragen. Kompromisse, bei denen fast immer Erwartungen enttäuscht werden, erscheinen so leichter akzeptabel.

Eine Einigung der beiden Verhandlungsdelegationen hat in der Regel keinen definitiven Charakter. Vielmehr wird ein **Vorbehalt** gemacht, dass die Einigung nur dann gelten solle, wenn der Vorstand zustimmt oder nicht innerhalb einer bestimmten Frist von z. B. einer Woche widerspricht. Dies gilt für beide Seiten.

Während dieser Zeit wird dann die Tarifkommission zusammengerufen, die ihr Votum zu dem gefundenen vorläufigen Ergebnis abgibt. In aller Regel folgt der Vorstand ihrem Votum. Es kommt außerdem sehr selten vor, dass die Tarifkommission „nein“ sagt und der Vorstand von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht.

Bei komplizierten Tarifwerken einigt man sich häufig nur auf sog. Eckpunkte, die alle wesentlichen Fragen betreffen, über die man unterschiedlicher Meinung war. In den folgenden Wochen sind dann insbesondere die Juristen beider Seiten dazu aufgerufen, eine korrekte, ins Detail gehende Formulierung zu erarbeiten.

#### **IV. Freiwillige Schlichtung**

Wird man sich in den Tarifverhandlungen nicht einig, kann ein Streik begonnen werden. Nach der Rechtsprechung ist es sogar möglich, bereits während der Verhandlungen die Arbeit niederzulegen, um auf diese Weise der eigenen Position stärkeren Nachdruck zu verleihen. Die Gerichte überprüfen nicht, ob ein solches Verhalten der Gewerkschaft „vorschnell“ war. Die Gewerkschaft entscheidet in eigener Verantwortung, ob sie ohne oder mit Streik weiterverhandeln will. In der Praxis wird von dieser Möglichkeit nur Gebrauch gemacht, wenn sich die Verhandlungen in die Länge ziehen.

Den Tarifparteien steht es frei, ein sog. Schlichtungsabkommen zu schließen. In den meisten Branchen wurde davon Gebrauch gemacht.

Die Schlichtungsabkommen sind unterschiedlich ausgestaltet. Im Kern laufen sie darauf hinaus, dass der Hinzutritt von ein oder zwei „Schlichtern“ die Einigung erleichtern soll. Dies ist manchmal, aber keineswegs immer der Fall.

Die Schlichtungsabkommen sehen normalerweise die Bildung eines „Schlichtungsausschusses“ vor, der aus einer gleichen Zahl von Mitgliedern beider Seiten besteht. Dazu kommt in manchen Fällen ein **neutraler Vorsitzender**. In anderen Fällen kann jede Seite eine neutrale Person bestimmen. Nur eine von

beiden hat allerdings ein Stimmrecht, wenn es um eine Mehrheitsentscheidung geht. Ist man sich nicht einig, wer diese herausgehobene Position bekommen soll, entscheidet das Los. Möglich, aber selten ist auch, dass man drei Neutrale hinzuzieht.

In der Regel kann eine Seite das Schlichtungsverfahren in Gang setzen; die andere Seite ist dann zur Mitwirkung verpflichtet. Möglich wäre auch, eine Schlichtung nur im beiderseitigen Einvernehmen vorzusehen.

Im praktischen Ablauf unterscheidet sich die Schlichtung von normalen Tarifverhandlungen nur dadurch, dass eben die „Neutralen“ mitbeteiligt sind und sich um eine Einigung bemühen. Ihnen gegenüber fällt es möglicherweise jeder Seite leichter, ihre Kompromisspielräume deutlich zu machen. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass für die Schlichtung in der Regel Fristen von zwei bis drei Wochen vorgesehen sind: Liegt dann kein Kompromissvorschlag vor, ist das Verfahren gescheitert. Meist wird ein Vorschlag präsentiert, wobei man unterscheiden muss:

Macht die **Schlichtungskommission** einen **einstimmigen Vorschlag**, kommt dies einer erfolgreichen Beendigung der Tarifverhandlungen gleich. Beide Seiten müssen zwar den Vorschlag noch akzeptieren, doch werden sie dies tun, nachdem ihre eigenen Vertreter im Schlichtungsausschuss für den Kompromiss gestimmt haben.

Kommt nur eine **mehrheitliche Empfehlung** zustande, wird die Seite, die überstimmt wurde, normalerweise den Vorschlag ablehnen. Sie ist lediglich in der öffentlichen Diskussion dadurch im Nachteil, dass sie als „Verweigerer“ dasteht. Theoretisch könnten sich beide Seiten von vorneherein der Mehrheitsentscheidung des Schlichtungsausschusses unterwerfen und so auf ihr Annahme- oder Ablehnungsrecht verzichten. Dies geschieht aber in der Praxis so gut wie nie.

Nach dem Schlichtungsabkommen bestimmt sich, ob während der Schlichtung auch weiterhin Streiks zulässig sind. Im öffentlichen Dienst sind sie wegen des dort bestehenden Schlichtungsabkommens ausgeschlossen, in der Metallindustrie sind sie dagegen möglich.

Die praktische Funktion des Schlichtungsverfahrens liegt darin, die Verhandlungen noch etwas in die Länge zu ziehen und so evtl. einen längeren Arbeitskampf zu vermeiden.

## V. Streik und Gegenmaßnahmen des Arbeitgebers

Sind die Tarifverhandlungen gescheitert und wurde keine Schlichtung versucht oder blieb sie erfolglos, so kann unbefristet gestreikt werden. Dies geschieht in Deutschland relativ selten. Zum rechtlichen Rahmen und der Praxis sei ein kurzer Überblick gegeben.

### 1. Wann ist ein Streik rechtmäßig?

Inhalt und Grenzen des **Streikrechts** wurden vom BAG zunächst nicht aus einzelnen Verfassungs- oder Gesetzesvorschriften, sondern **aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet**. So heißt es in der ersten grundlegenden Entscheidung vom 28. 1. 1955:

»Arbeitskämpfe (Streik und Aussperrung) ... sind in bestimmten Grenzen erlaubt, sie sind in der freiheitlichen sozialen Grundordnung der Deutschen Bundesrepublik zugelassen. Unterbrechungen der betrieblichen Arbeitstätigkeit durch einen solchen Arbeitskampf sind sozial adäquat, da die beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit solchen kampfweisen Störungen auf Veranlassung und unter Leitung der Sozialpartner von jeher rechnen müssen und die deutsche freiheitliche Rechtsordnung derartige Arbeitskämpfe als ultima ratio anerkennt.«

Ähnlich ist kurz darauf von der Gewährleistung des Streiks durch die »freiheitliche und soziale Grundordnung« die Rede. Der aus dem Jahre 1971 stammende zweite Grundsatzbeschluss wird insoweit nicht präziser. Erst die **Aussperrungsentscheidungen vom 10. 6. 1980** gehen einen Schritt weiter, da es dort heißt:

»Heute besteht Einigkeit darüber, dass das Streikrecht einen notwendigen Bestandteil der freiheitlichen **Kampf- und Ausgleichsordnung** darstellt, **die durch Art. 9 Abs. 3 GG im Kern gewährleistet ist.**«

Im ersten Urteil zur sog. Neuen Beweglichkeit vom 12. 9. 1984 wird dies bestätigt und überdies erstmals auch zur **Streikgarantie des Art. 6 Ziffer 4 ESC** (= Europäische Sozialcharta) positiv Stellung genommen: Diese soll den Richter jedenfalls dann binden, wenn er an Stelle des Gesetzgebers arbeitskampfrechtliche Normen weiterentwickelt. Das BAG hat dies in späteren Entscheidungen wieder in den Hintergrund treten lassen und eigene Grundsätze entwickelt. Um rechtmäßig zu

sein, muss ein Streik deshalb die folgenden Bedingungen erfüllen:

(1) Er muss um ein **tariflich regelbares Ziel** geführt werden. Was nicht Gegenstand eines Tarifvertrags sein kann – nach herrschender Meinung z.B. Unternehmerentscheidungen über Investitionen und Preise –, darf auch nicht Gegenstand eines Streiks sein. Das gilt auch für das Verbleiben des Arbeitgebers im Arbeitgeberverband. Sämtliche Beschränkungen der Tarifautonomie übertragen sich so auf das Streikrecht.

(2) Die Arbeitsniederlegung darf nicht gegen die tarifliche **Friedenspflicht** verstoßen. Während der Laufzeit des Tarifvertrags ist daher jeder Streik ausgeschlossen, allerdings nur, sofern er sich auf das tariflich Geregelter bezieht. Diese Einschränkung ist wichtig: So kann z. B. ein dem Verbandstarif unterliegendes Unternehmen wegen eines Firmentarifs bestreikt werden, sofern dieser neue, bisher nicht geregelte Fragen wie z. B. Abfindungen bei Kündigungen oder Weiterbildungsmaßnahmen zum Gegenstand hat.

(3) Der Streik muss **von der Gewerkschaft getragen** sein oder zumindest nachträglich von ihr übernommen werden Grund: Die Arbeitsniederlegung sei eine gefährliche Waffe und könne deshalb nur Instanzen anvertraut werden, die sich dieses Mittels in verantwortlicher Weise bedienen. Auch muss die Gewerkschaft nach ihrer Satzung für den in Frage stehenden Betrieb zuständig sein.

(4) Der Streik darf nicht darauf gerichtet sein, den Staat oder ein sonstiges Subjekt hoheitlicher Gewalt zu einem hoheitlichen Tun zu zwingen. Der sog. **politische Streik** – etwa eine Arbeitsniederlegung mit dem Ziel einer gesetzlichen Ausdehnung der Mitbestimmung – ist **nach BAG verboten**.

(5) Der Streik darf nicht dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** widersprechen. Dies hat laut BAG »im Wesentlichen« folgende Konsequenzen:

◆ Arbeitskämpfe dürfen nur insoweit eingeleitet und durchgeführt werden, als sie zur Erreichung rechtmäßiger Kampfziele und des nachfolgenden Arbeitsfriedens geeignet und sachlich erforderlich sind.

◆ Jede Arbeitskampfmaßnahme darf nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden; der Arbeitskampf muss das letzte Mittel, die sog. **ultima ratio**, sein. Jede Seite entscheidet nach einem Urteil aus dem Jahr 1988 allerdings selbst, wann dieser Zustand erreicht und »druckfreies Verhandeln« nicht mehr sinnvoll ist.

◆ Die Mittel des Arbeitskampfes dürfen ihrer Art nach nicht über das hinausgehen,

was zur Durchsetzung des erstrebten Ziels jeweils erforderlich ist.

◆ Nach beendetem Arbeitskampf müssen beide Parteien dazu beitragen, dass so bald wie möglich und in größtmöglichem Umfang der Arbeitsfriede wiederhergestellt wird.

◆ Das **Gemeinwohl** darf durch den Streik **nicht offensichtlich verletzt** werden.

(6) Der Streik darf nicht gegen die **Regeln eines fairen Kampfes** verstoßen; insbesondere darf er nicht auf die Vernichtung des Gegners abzielen, sondern muss den »gestörten Arbeitsfrieden« wiederherstellen.

(7) Während der Arbeitsniederlegung müssen die notwendigen **Erhaltungsarbeiten** gesichert sein, um so eine Vernichtung von Produktionsanlagen zu vermeiden. Außerdem dürfen Leben und Gesundheit Dritter nicht ernsthaft in Gefahr geraten, weshalb beispielsweise trotz Ärztestreiks im Krankenhaus akute Fälle behandelt werden müssen (sog. **Notstandsarbeiten**).

(8) Der Streik darf nicht aus anderen Gründen gegen die **guten Sitten** verstoßen.

(9) Der Streik darf **nicht ein spezielles Verbot** wie das (angeblich) für Beamte geltende **verletzen** und keine betriebsverfassungsrechtlichen Fragen wie die vorübergehende Änderung der betrieblichen Arbeitszeit zum Gegenstand haben.

(10) Der Streik darf kein **Ziel** verfolgen, das auch **auf dem Rechtsweg** durchgesetzt werden kann. So darf etwa eine unberechtigte Kündigung nicht mit einer Arbeitsniederlegung beantwortet werden.

(11) Der **Solidaritätsstreik** wurde auf der Grundlage einer Entscheidung aus dem Jahr 1985 zunächst als **grundsätzlich rechtswidrig** angesehen, es sei denn, das bestreikte Unternehmen hätte zum selben Konzern gehört oder wäre aus anderen Gründen nicht mehr als „außenstehender Dritter“ anzusehen gewesen. Nunmehr, d. h. seit 2007 hat das BAG diese Grenze erheblich gelockert und zieht eine Grenze erst dort, wo der bestreikte Arbeitgeber in ungemessener Weise beeinträchtigt ist.

Unbestritten legal ist nach diesen Grundsätzen nur ein gewerkschaftlicher Streik um bessere Lohn- und Arbeitsbedingungen. Anerkannt sind weiter **gewerkschaftliche Warnstreiks** während laufender Tarifverhandlungen – und zwar auch dann, wenn sie im Rahmen der sog. **Neuen Beweglichkeit** systematisch eingesetzt und mit anderen Aktionsformen wie Aufklärungskampagnen, Demonstrationen usw. verbunden werden. Noch nicht entschieden ist, ob auch die Durchführung einer

**Urabstimmung** zu den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen zählt – nach ganz herrschender Auffassung ist dies nicht der Fall. Auch die bisher angenommene generelle Unzulässigkeit des **Demonstrationsstreiks** blieb in neuerer Zeit dahingestellt, scheint also nicht mehr sicher festzustehen.

## 2. Kritik am Richterrecht des BAG

Die Kritik an der BAG-Rechtsprechung füllt ganze Bücher. Eine Reihe von Argumenten soll wenigstens erwähnt werden.

◆ Das BAG geht **allzu großzügig mit dem geltenden Recht** um. Die »Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG erfolgt nicht nur durch Abschluss von Tarifverträgen, sondern beispielsweise auch durch Hinweise auf Missstände, durch **Solidaritätsaktionen aller Art**, durch Demonstrationen usw.. Warum soll der Streik nur bei Tarifverhandlungen, nicht aber in anderen Situationen zulässig sein, wo die Arbeitnehmer gleichfalls die Unterlegenen sind? Immerhin hat das BAG im Jahre 2003 und 2007 eine „Überprüfung“ angekündigt, ob wirklich nur wegen tariflicher Ziele gestreikt werden darf.

◆ Das Bundesverfassungsgericht hat bei der Bestimmung der kollektiven Koalitionsfreiheit auch auf die **historische Entwicklung** abgestellt und einen Rückschritt hinter das in der Weimarer Zeit zwischen 1918 und 1933 Erreichte ausdrücklich ausgeschlossen. Damals war aber z.B. auch ein nicht von der Gewerkschaft getragener Streik rechtmäßig, sofern die Kündigungsfristen eingehalten wurden.

◆ Die **Streikgarantie des Art. 6 Ziff. 4 ESC** wurde zwar 1984 im Zusammenhang mit Warnstreiks herangezogen, in anderen Zusammenhängen dann aber gut 20 Jahre lang wieder »vergessen«. Dies ist bedauerlich, da dort in sehr allgemeiner Form das »Recht der Arbeitnehmer ... auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Falle von Interessenkonflikten ...« garantiert ist. Der Sachverständigenausschuss des Europarats, der die Einhaltung der Sozialcharta zu überwachen hat, leitet daraus beispielsweise die Zulässigkeit des Solidaritätsstreiks und der nicht von der Gewerkschaft getragenen Arbeitsniederlegung ab. Warum hat das BAG sich davon ohne jede Begründung entfernt? Anfang 1998 ist die Bundesrepublik sogar vom Ministerkomitee des Europarats aufgefordert worden, ihr Arbeitskampfrecht zu ändern. Reale Konsequenzen sind auch daraus nicht gezogen

worden. Eine Bezugnahme fand sich zunächst nur bei den (wenig kontroversen) Feststellungen, dass die Friedenspflicht das Streikrecht beschränken kann und dass nicht für rechtswidrige Ziele gestreikt werden darf. Nunmehr ist bei der grundsätzlichen Anerkennung des „Unterstützungstreiks“ auch auf die ESC zurückgegriffen worden, ohne dass allerdings die vom BAG entwickelten Regeln genau an deren Inhalt überprüft worden wären.

♦ Die dem gewerkschaftlichen Streik gezogenen **Grenzen** sind **sehr unbestimmt**. Wann ist ein Streik »unverhältnismäßig«, weil er das Gemeinwohl »offensichtlich« verletzt? Wann ist ein Streik »unfair«? Hängt hier nicht alles vom jeweiligen Standpunkt ab? Da der rechtswidrige Streik mit hohen Schadensersatzrisiken verbunden ist, muss die Gewerkschaft sehr vorsichtig sein: Sie wird nur solche Aktionen ins Auge fassen, die »ganz sicher« im Rahmen des rechtlich Zulässigen liegen.

### 3. Die Praxis des Streiks

Arbeitsniederlegungen sind in der Bundesrepublik eine seltene Erscheinung. Im Jahre 1993 gingen insgesamt 592.995, im Jahre 1996 98.135, im Jahre 2000 10.776 Arbeitstage verloren. Dies erscheint nur auf den ersten Blick als respektable (oder je nach Standpunkt: furchterregende) Größe. Würde jeder Arbeitnehmer pro Jahr einen Tag streiken, wären dies ca. 39 Mio.verlorener Arbeitstage.

Rechnet man die verlorenen Arbeitstage auf die einzelnen Beschäftigten um, so hat **1996** jeder rund  $\frac{1}{305}$  eines Arbeitstags gestreikt. Einen Acht-Stunden-Tag, d.h. 480 Minuten unterstellt, bedeutet dies, dass jeder Arbeitnehmer **ca. 1,57 Minuten gestreikt** hat. Im Jahre **1998** gingen nur 16.102 Arbeitstage verloren, was umgerechnet bedeutet, dass jeder 0,25 Minuten, d.h. **15 Sekunden gestreikt** hat. Im Jahre **2002** fielen insgesamt 310.149 Arbeitstage wegen Streiks aus, was einer Durchschnittszeit von **fünf Minuten** gleichkommt; im Jahre 2003 waren es knapp drei Minuten. 2006 war ein „streikfreundliches“ Jahr mit insgesamt 429.000 ausgefallenen Arbeitstagen. Im Durchschnitt der Jahre 1996 bis 2006 gingen in Deutschland mit 2,4 Arbeitstagen pro 1000 Beschäftigten europaweit die wenigsten Tage verloren; die Schweiz brachte es auf 3,1, die Niederlande auf 7,8, Österreich auf 40,5. An der Spitze lagen Italien mit 86,8 und Spanien mit 144,9.

Die **Furcht vor »enormen Streikschäden«** ist unter diesen Umständen

unbegründet. Lediglich 1984 war ein Ausnahmejahr mit 5,6 Mio. verlorener Arbeitstage, doch wurde auch hier der Produktionsausfall größtenteils durch Sonderschichten wieder wettgemacht. Allerdings muss man berücksichtigen, dass die Statistik nicht jede kleinere Arbeitsniederlegung bis zu einem Tag Dauer ausweist; Warnstreikaktionen, die in den letzten Jahren immer häufiger geworden sind, werden z.B. nicht erfasst. So »lästig« sie für die Arbeitgeberseite im Einzelfall sein mögen, so wenig entsteht bei ihnen ein definitiver Schaden, da die ausgefallenen Arbeitsgänge in der Regel sehr schnell wieder nachgeholt werden.

#### **4. Konsequenzen eines rechtmäßigen Streiks**

##### **a) Die rechtliche Situation der Streikenden**

Die rechtmäßige Arbeitsniederlegung suspendiert das Arbeitsverhältnis: Solange gestreikt wird, besteht **kein Entgeltanspruch**. Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeld scheiden gleichfalls aus, da sich der Staat im Arbeitskampf neutral verhalten muss und deshalb nicht durch Zahlungen eine Seite unterstützen darf. Wer Gewerkschaftsmitglied ist, erhält **Streikunterstützung**, die je nach gewerkschaftlichen Richtlinien zwischen  $\frac{2}{3}$  und 90 Prozent des Nettolohnes ausmacht.

Bezugsgröße ist dabei der Betrag, den das Mitglied für die Beitragsberechnung (ein Prozent!) angab. Wer früher nicht ehrlich war, hat nun das Nachsehen.

**Nicht suspendiert** werden die **Befugnisse aus der Betriebsverfassung**: Auch während des Streiks kann daher eine Betriebsversammlung stattfinden (zu ihr s. unten § 3). Für ihre Dauer wird das Arbeitsverhältnis gewissermaßen »reaktiviert«, so dass der Arbeitgeber insoweit Lohn bzw. Gehalt bezahlen muss. Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bleiben gleichfalls erhalten, es sei denn, sie würden sich auf Gegenmaßnahmen des Arbeitgebers gegen den Streik beziehen.

Bei längeren Streiks konnten sich bis Ende 1989 Probleme in der **Krankenversicherung** ergeben, da während des Arbeitskampfes in der Regel keine Beiträge bezahlt wurden und deshalb der Versicherungsschutz nach drei Wochen endete. Seither gilt § 192 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, wonach der Versicherungsschutz bis zur Beendigung des (rechtmäßigen) Arbeitskampfes fortbesteht.

##### **b) Die Auswirkungen des Streiks auf nichtstreikende Arbeitnehmer – insbesondere die Problematik des § 146 SGB III**

Aufgrund einer Arbeitsniederlegung tritt immer häufiger der Fall ein, dass nicht nur im

selben Betrieb, sondern auch in anderen Betrieben nicht mehr weiterproduziert werden kann. Die »Vernetzung« der einzelnen Unternehmen, die »Abstimmung« mit Zulieferern und Abnehmern ist immer weiterentwickelt worden, so dass der Ausfall eines Produzenten enorme »**Fernwirkungen**« hat.

Wird ein Automobilzulieferer bestreikt, der Kolben oder Autositze herstellt, steht auch das Automobilwerk nach spätestens einem halben Tag still, weil nur sehr wenige Kolben bzw. Sitze auf Vorrat gelagert werden. Zum Teil wird auf die Vorratshaltung ganz verzichtet, weil die Vorprodukte fast auf die Minute genau angeliefert werden (sog. **Just-in-time-Produktion**).

Kann in anderen Betriebsabteilungen und insbesondere in anderen Unternehmen nicht mehr weitergearbeitet werden, stellen sich zwei Fragen:

(1) Muss der Arbeitgeber dennoch den Lohn fortbezahlen?

(2) Können die nicht weiterbeschäftigten Arbeitnehmer notfalls Kurzarbeiter- oder Arbeitslosengeld bekommen? (Zu den Leistungen der Arbeitslosenversicherung s. unten § 6)

**Zu 1:** Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber das **Betriebsrisiko** wie das **Wirtschaftsrisiko**. Er muss daher trotz technischer Störungen (Stromausfall!) das Entgelt fortbezahlen, sog. **Betriebsrisiko**. Das Gleiche gilt, wenn die Arbeit an sich technisch möglich, aber wirtschaftlich sinnlos ist – sog. **Wirtschaftsrisiko**: Das Lager ist bis obenhin voll, wegen einer Unterbrechung aller Verkehrsmittel kann nichts abtransportiert werden. In beiden Fällen ist es Sache des Arbeitgebers, Vorsorge zu treffen. Er ist für das Unternehmen verantwortlich und muss deshalb auch für Störungen einstehen.

Von diesem Grundsatz gibt es eine entscheidende Ausnahme: Gehört das durch den Streik »matt gesetzte« Unternehmen zum selben Arbeitgeberverband oder gar zum selben Konzern, würden sich Rückwirkungen auf die Verhandlungssituation im umkämpften Tarifgebiet ergeben: Die dortigen Arbeitgeber würden unter Druck gesetzt, möglichst bald der Gewerkschaft nachzugeben. Nur so wären die ihnen verbundenen Unternehmen aus der misslichen Lage zu befreien, nicht produzieren zu können, aber gleichwohl den Lohn fortbezahlen zu müssen. Da sehr viele Arbeitgeber in Arbeitgeberverbänden organisiert sind, wird im Arbeitskampf die Ausnahme zur Regel: **Der Lohnanspruch fällt in mittelbar streikbetroffenen Betrieben typischerweise weg.**

Was geschieht mit den **Außenseiterbetrieben**, die wegen eines Streiks nicht mehr weiterarbeiten können? Wegen der »vorübergehenden Produktionsstörung« kann

der Arbeitgeber »**Kurzarbeit** null Stunden« beantragen; sobald sie bewilligt wird, endet seine Zahlungspflicht.

**Zu 2:** Der eigentliche Streit ging in den vergangenen Jahren um die Frage, ob die betroffenen Arbeitnehmer nicht wenigstens **Kurzarbeiter-** oder **Arbeitslosengeld** vom Arbeitsamt (jetzt: Agentur für Arbeit) beziehen können. Dabei muss man drei Gruppen von Beschäftigten unterscheiden.

◆ Wer **im umkämpften Tarifgebiet beschäftigt** ist, hat nach § 146 Abs. 3 Nr. 1 SGB III (= Sozialgesetzbuch Teil III) keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld. Der Staat würde nach verbreiteter Einschätzung sonst seine Neutralitätspflicht im Arbeitskampf verletzen.

**Beispiel:** Ein Automobilzulieferer in Stuttgart wird bestreikt, die in Stuttgart-Untertürkheim ansässige Firma Daimler kann nicht weiterarbeiten.

Erst recht gilt dies natürlich, wenn die eine Betriebsabteilung streikt und die andere deshalb nicht weiterarbeiten kann.

◆ Können **Unternehmen in einer anderen Branche** nicht weiterarbeiten, wird nach § 146 Abs. 1 Satz 2 SGB III Arbeitslosengeld bezahlt.

Wegen eines Streiks in der Metallindustrie erhält ein Chemiewerk keine Ventile mehr und muss deshalb – weil es auf regelmäßigen Austausch angewiesen ist – nach wenigen Tagen die Produktion einstellen.

Hier ist keine Beeinflussung des Arbeitskampfes aufgrund der Leistungen der Agentur für Arbeit zu befürchten.

◆ Kontrovers ist allein der dritte Bereich. Können **Arbeitnehmer in derselben Branche, aber außerhalb des umkämpften Tarifgebiets** nicht weiterbeschäftigt werden, wurde nach der bis 1986 geltenden Rechtslage Arbeitslosengeld gewährt.

Wegen eines Metallerstreiks in Baden-Württemberg kann eine hessische Maschinenfabrik nicht weiterarbeiten.

**Einzigste Ausnahme:** In beiden Gebieten wurde ein identisches Forderungspaket präsentiert, was nur ausnahmsweise der Fall war. Gegen den erbitterten Widerstand der Gewerkschaften wurde diese Regelung geändert: Nach dem **neugefassten § 146 Abs. 3 Nr. 2 SGB III** entfällt das Arbeitslosengeld schon dann, wenn in dem mittelbar betroffenen Bereich (im Beispiel: Hessen) auch nur *eine* Forderung erhoben wurde, »die einer Hauptforderung des Arbeitskampfes nach Art und Umfang gleich ist, ohne mit ihr übereinstimmen zu müssen«.

**Beispiel:** In allen Tarifgebieten der Metallindustrie wurde 1990 die Forderung nach der 35-Stunden-Woche erhoben.

Im Einzelfall kann es sehr zweifelhaft sein, wann zwei Forderungen »nach Art und Umfang gleich« sind, ohne miteinander übereinzustimmen. Ist diese Voraussetzung gegeben, wenn in einem Gebiet 5,2, im anderen jedoch 5,5 Prozent Lohnerhöhung verlangt werden? Auch kann es Kopfzerbrechen bereiten, eine »Hauptforderung« von einer »sonstigen Forderung« abzugrenzen. **Praktisch läuft die Neuregelung darauf hinaus, dass an mittelbar vom Streik betroffene Arbeitnehmer innerhalb derselben Branche kein Arbeitslosengeld mehr bezahlt wird.**

Speziell für die **IG Metall** als stärkster Gewerkschaft im DGB hat dies erhebliche **Konsequenzen**: Sie ist zwar in der Lage, allen, auch den mittelbar streikbetroffenen Arbeitnehmern im umkämpften Tarifgebiet Streikunterstützung zu bezahlen. Ihre finanziellen Möglichkeiten sind jedoch bei weitem überschritten, wenn im ganzen Bundesgebiet 500000 oder 1 Mio. Metallarbeiter nicht mehr weiterbeschäftigt werden können. Viele Mitglieder werden sich deshalb im Stich gelassen fühlen: Wäre ihr Tarifbezirk Kampfgebiet geworden, hätten sie die volle Streikunterstützung bekommen. **Gegenstrategien** der Gewerkschaft sind vorhanden, aber »geheime Kommandosache«. Vermutlich würde in einem solchen Fall mit sehr harten Bandagen gekämpft. 1994/95 konnte die IG Metall den Streik in Bayern so organisieren, dass gezielt Betriebe ausgewählt wurden, die wenig mit anderen verflochten waren – für das **BVerfG** wohl der entscheidende »Aufhänger«, um die Neuregelung des § 146 SGB III für »derzeit noch« verfassungskonform zu erklären.

## 5. Das Gegenmittel der Arbeitgeber: Die Aussperrung

Wird um einen besseren Tarifvertrag gestreikt, können die Arbeitgeber innerhalb des Tarifgebiets aussperren.

Der Begriff »**Tarifgebiet**« meint den räumlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags. Dies ist in der Regel ein bestimmter Teil der (alten) Bundesrepublik wie z.B. Nordwürttemberg/Nordbaden, das Unterwesergebiet oder Rheinland-Pfalz/Saarland. Die Abgrenzung ist historisch überkommen und ergibt sich aus den bisherigen Tarifverträgen. In einzelnen Bereichen (etwa in der Druckindustrie) gibt es einheitliche Tarifverträge für das ganze Bundesgebiet. Beim Firmentarif ist das Unternehmen »Tarifgebiet«, obwohl diese Bezeichnung dort nicht üblich ist.

Genau wie der Streik bestimmt sich auch die **Aussperrung** ausschließlich nach **richterrechtlichen Grundsätzen**. Ausgangspunkt des BAG ist das sog. **Paritätsprinzip**: Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften sollen im Prinzip gleiche Durchsetzungschancen besitzen, keiner soll der anderen Seite das Ergebnis diktieren können. Weiter gilt auch für die Aussperrung der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit**. Sie darf grundsätzlich nicht länger als der Streik dauern und in einem größeren Tarifgebiet einschließlich der Streikenden höchstens die Hälfte der dort beschäftigten Arbeitnehmer in den Arbeitskampf einbeziehen. Die Aussperrung suspendiert genau wie der Streik das Arbeitsverhältnis, lässt also den Entgeltanspruch entfallen.

In den vergangenen fünfzehn Jahren fand keine Aussperrung mehr statt. Sollte es zu längeren Streiks kommen, würde die Arbeitgeberseite voraussichtlich darauf vertrauen, dass der Wegfall des Entgelts bei allen Arbeitnehmern, die keine Streikunterstützung erhalten, bald zu wirtschaftlichen Schwierigkeiten und zu einem ganz hohen Maß an Kompromissbereitschaft führen würde. Beim Lufthansastreik 2008 wurden überdies in erheblichem Maße Streikbrecher eingesetzt, die beispielsweise das Catering übernahmen. Lediglich bei der Wartung der Flugzeuge war dies nicht möglich, da kein sachkundiges Fremdpersonal zur Verfügung stand, weshalb nach wenigen Tagen ein Kompromiss erreicht wurde.

## **6. Rechtswidrige Streiks und rechtswidrige Aussperrungen**

**Verstößt ein Streik gegen die vom BAG aufgestellten Grundsätze**, stehen dem Arbeitgeber zahlreiche **Gegenmaßnahmen** zur Verfügung.

◆ Der einfachste Weg für ihn ist, den Streik durch **einstweilige Verfügung** verbieten zu lassen. Nach der Rechtsprechung verschiedener Landesarbeitsgerichte ist dies allerdings nur dann möglich, wenn der Streik »offensichtlich« rechtswidrig ist. Die verfahrensrechtlichen Einzelheiten sind recht kompliziert und hier nicht im Einzelnen darzustellen.

◆ Die den rechtswidrigen Streik organisierende Gewerkschaft kann auf **Schadensersatz** in Anspruch genommen werden. Der Arbeitgeber ist allerdings nach § 254 BGB verpflichtet, den Schaden möglichst gering zu halten.

**Beispiel:** Können wegen eines Druckerstreiks Zeitungsanzeigen nicht veröffentlicht werden,

darf es der Arbeitgeber nicht einfach dabei belassen. Wenn sie auch nach Ende des Streiks noch den gewünschten (Werbe-)Effekt erzielen, sind sie eben erst zu diesem späteren Zeitpunkt zu veröffentlichen. Auch sind die Geschäftsbedingungen im Verhältnis zu den Kunden so zu gestalten, dass eine solche Verschiebung ohne wirtschaftliche Nachteile möglich ist.

◆ Ein **Schadensersatzanspruch** besteht nach der Rechtsprechung auch **gegen die rechtswidrig Streikenden** als Einzelpersonen. Nach §§ 830, 840 BGB haften sie sogar als Gesamtschuldner, d.h. der Arbeitgeber kann jeden auf den vollen Betrag in Anspruch nehmen.

**Beispiel:** Der festgestellte Schaden beträgt 80000 Euro, gestreikt haben 80 Arbeitnehmer. Dem Arbeitgeber steht es frei, von jedem der Streikenden 1000 Euro zu verlangen oder einen herauszugreifen und ihn auf 80000 Euro in Anspruch zu nehmen. In Höhe von 79000 Euro könnte dann das »Opfer« bei seinen Mitstreikenden Rückgriff nehmen. Eine wenig lebensnahe Möglichkeit.

In der Praxis wird von dieser Befugnis kaum Gebrauch gemacht, da sie das Betriebsklima in unerträglicher Weise beeinträchtigen würde und zahlreiche Solidaritätsaktionen zur Folge hätte.

◆ Die Teilnahme an einem rechtswidrigen Streik stellt grundsätzlich einen wichtigen Grund für eine **fristlose Kündigung** dar. Damit sie wirklich ausgesprochen werden kann, muss jedoch zunächst noch eine Interessenabwägung erfolgen, die in der Regel dazu führen wird, dass nur gegenüber Streikführern eine solche Sanktion in Betracht kommt.

Endet der Streik mit einem Kompromiss und nicht mit einer totalen Niederlage der Arbeitnehmerseite, wird in der Regel ein **»Maßregelungsverbot«** vereinbart: Dieses verpflichtet den Arbeitgeber, keinerlei Sanktionen gegen die Streikenden oder die Gewerkschaft zu ergreifen und bereits getroffene Maßnahmen wieder rückgängig zu machen.

Was die **rechtswidrige Aussperrung** betrifft, so kommt auch hier eine einstweilige Verfügung in Betracht. Schadensersatzansprüche sind relativ uninteressant, da der rechtswidrig Ausgesperrte ja arbeitsbereit ist und deshalb einen **Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 615 BGB** hat.

Wie steht es mit dem Recht zur **fristlosen Kündigung**? Der Arbeitgeber kann selbstredend nicht aus seinem Unternehmen »hinausgesetzt« werden. So weit reicht der Paritätsgrundsatz nicht. Eine fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer wäre möglich, hätte aber den Verlust des Arbeitsplatzes zur Folge.

## 7. Einzelfragen

### a) Streikposten

Streikposten gehören zum normalen Erscheinungsbild von Arbeitsniederlegungen; niemand wünscht mehr eine Rückkehr zur Rechtslage vor dem Ersten Weltkrieg, als Streikpostenstehen als »grober Unfug« bestraft wurde. Das BAG hat dem schon frühzeitig Rechnung getragen und auch »Abspermaßnahmen« gebilligt, soweit die Beteiligten sich gegenüber Arbeitswilligen und Lieferanten auf **»gütliches Zureden«** beschränken, diese also notfalls passieren lassen. Wie »gütliches« vom »ungütlichen« Zureden abzugrenzen ist, blieb dabei unklar, doch dürften geringfügige Grenzüberschreitungen wie ein grober Zuruf oder ein **polemisches Plakat** (»Eingang für Kriecher«) entsprechend den im Strafrecht entwickelten Grundsätzen unbedenklich sein.

Derzeit wird kontrovers erörtert, ob auch **»verdichtetes Streikpostenstehen«** der Art zulässig ist, dass Arbeitswillige oder Auslieferungsfahrzeuge nicht durchgelassen werden. Rechtfertigen lässt sich eine solche Intensivierung des Streiks nur dann, wenn andernfalls die Arbeitsniederlegung so gut wie jede Wirkung verlieren würde. Die Rechtsprechung steht dem allerdings bislang ablehnend gegenüber und ist häufig bereit, sog. **3-Meter-Verfügungen** zu erlassen.

Danach müssen die Streikposten eine 3 m breite Gasse offen lassen, damit auch Fahrzeuge in das Betriebsgelände hineinfahren können. Bei den Streikenden finden sich dabei auch Formen eines **Gehorsams nach Art des Soldaten Schwejk**. So kündigte der Betriebsratsvorsitzende bei Opel/Rüsselsheim im Arbeitskampf 1984 an, man werde den gerichtlichen Anordnungen »korrekt, aber mit Kreativität« Folge leisten. Die für Arbeitswillige freizulassende Gasse war dann in der Tat 3 m breit, dafür aber 200 m lang.

### b) Betriebsbesetzung

Verbleiben die Arbeitnehmer während des Streiks gegen den Willen der Arbeitgeberseite im Betrieb, kann dies nach herrschender Auffassung einen **Hausfriedensbruch** darstellen. Das BAG hält eine solche Betriebsbesetzung für rechtswidrig, in der juristischen Literatur wird dies zum Teil anders gesehen.

Bemerkenswert ist, dass der **Sachverständigenausschuss** der Internationalen Arbeitsorganisation (**ILO**) eine Betriebsbesetzung nur dann für illegal hält, wenn sie

ihren friedlichen Charakter verliert.

### c) **Andere Formen der Arbeitsverweigerung**

**Nicht jede Nicht-Arbeit ist automatisch ein Streik.** Möglich ist, dass Arbeitnehmer aufgrund ihres Arbeitsvertrags zur Arbeitsverweigerung berechtigt sind. Dies kann bei völlig unzumutbaren Arbeitsbedingungen, insbesondere aber dann der Fall sein, wenn den Arbeitnehmern ein »**Zurückbehaltungsrecht**« nach § 273 BGB zusteht. Darauf ist schon oben hingewiesen worden.

Eine Ausübung vertraglicher Rechte liegt weiter dann vor, wenn sich Arbeitnehmer **weigern, Überstunden zu leisten.** Dies setzt allerdings voraus, dass sie im Arbeitsvertrag keine entsprechende Verpflichtung übernommen haben.

Auf vertraglicher Ebene bewegt sich schließlich auch der sog. **Dienst nach Vorschrift.** Gemeint ist damit **nicht** ein sog. **Bummelstreik**, bei dem man Vorschriften bewusst missversteht und so die Arbeit verzögert.

**Beispiel:** Bei der Post sollen »stichprobenweise« die Briefe auf korrekte Frankierung überprüft werden. Die Arbeitnehmer kontrollieren jeden zweiten Brief.

Vielmehr geht es darum, Vorschriften ernst zu nehmen, die man bisher im Interesse eines reibungslosen Betriebsablaufs auf eigenes Risiko hin übertritt. Dies kann nicht rechtswidrig sein.

**Beispiel aus der »Aktion Adler«** bei der Deutschen Bundesbahn in den 60er Jahren: Beim Rangierdienst ist es verboten, unter Fahrzeugen hindurchzukriechen, über Puffer zu klettern oder zwischen den Puffern nahe beieinander stehender Fahrzeuge aufrecht hindurchzugehen. Bei Güterzügen bleibt daher meist keine andere Möglichkeit, als die andere Seite des Zuges durch einen umständlichen Weg um Anfang oder Ende der Wagenkolonne zu erreichen. Verfährt man nach dieser eindeutigen Vorschrift, so verzögert sich der Rangierbetrieb erheblich; der ganze Zugverkehr kommt durch Verspätungen in Unordnung.

Entsprechende Aktionen wurden in den 70er Jahren von den **Fluglotsen** praktiziert. Der BGH erklärte sie für illegal, doch war es nicht möglich, auch nur einem einzigen Fluglotsen eine konkrete Pflichtverletzung nachzuweisen. Disziplinarisch belangt wurden lediglich Personen, die in führender Position des Fluglotsenverbandes zu der Aktion aufgefordert hatten.

## **VI. Was bewirkt die Freiheit zum Abschluss von Tarifverträgen?**

Fragt man nach der Funktion der hier beschriebenen Freiheit zum Abschluss von Tarifverträgen (in Deutschland „Tarifautonomie“ genannt), so muss man nach der Sicht der einzelnen Akteure unterscheiden.

**Für die Arbeitnehmer** garantieren Tarifverträge einen bestimmten Mindestschutz im Bereich der Vergütung und der Arbeitsbedingungen. Außerdem eröffnen sie die Möglichkeit, die im Unternehmen geschaffenen Werte in gewissem Umfang umzuverteilen; meist gelingt allerdings nicht mehr als ein Ausgleich der Inflation und eine Verteilung der Produktivitätsgewinne. Schließlich stellt es ein Stück Demokratie dar, wenn über die von den Arbeitnehmern gebildete Gewerkschaft auf die Arbeitsbedingungen eingewirkt werden kann, wenn die Arbeit also nach Regeln abläuft, die der Arbeitgeber nicht allein, sondern gemeinsam mit der Gewerkschaft aufgestellt hat.

**Für den Arbeitgeber** ergibt sich innerhalb der Branche eine gewisse „Kartellfunktion“ der Tarifverträge: Da andere Unternehmen nicht „unter Tarif“ bezahlen dürfen, können sie durch besonders niedrige Löhne keinen Wettbewerbsvorteil erringen. Löhne und Arbeitsbedingungen sind so „aus dem Wettbewerb herausgenommen“. Dies macht sie überschaubar, berechenbar und in aller Regel stabil; man weiß, wie viele Lohnkosten während der Dauer des Tarifvertrags entstehen werden. Schließlich haben Tarifverträge eine im Interesse des Arbeitgebers liegende Befriedungsfunktion; die Betroffenen werden während der Laufzeit des Tarifvertrags keine neuen Forderungen stellen und keine Arbeitskämpfe beginnen.

**Für den Staat** hat die Tarifautonomie Entlastungsfunktion. Müsste er selbst Löhne und Arbeitsbedingungen festlegen, wäre er ggf. heftigen Angriffen der Seite ausgesetzt, die mit den Resultaten nicht zufrieden ist. Dies könnte seine Legitimität untergraben. Gibt es Tarifverträge, kann sich ein unzufriedener Arbeitgeber nur an seinen Verband, ein unzufriedenes Gewerkschaftsmitglied nur an seine Gewerkschaft wenden: Dort soll dann über eine bessere Berücksichtigung in der

Zukunft beraten werden, der Staat als solcher ist nicht angesprochen. Schließlich spricht für die Tarifautonomie auch, dass die unmittelbar Betroffenen besser an die Praxis angepasste Regelungen entwickeln können als eine staatliche Bürokratie, auch wenn sich diese nach Kräften um eine gerechte Lösung bemüht.

Aus allen diesen Gründen ist die Tarifautonomie im Grundsatz in allen europäischen Ländern anerkannt. Ihre tatsächliche Bedeutung hängt insbesondere von der Stärke und der Mitgliederbasis der Gewerkschaften ab, die in den einzelnen Ländern sehr unterschiedlich ist.

## **VII. Weiterführende Literatur**

Müller-Jentsch, Walther: Strukturwandel der industriellen Beziehungen, Wiesbaden 2007

Däubler, Das Arbeitsrecht 1. Die gemeinsame Wahrung von Interessen im Betrieb. Leitfaden für Arbeitnehmer, 16. Aufl., Reinbek 2006, Kapitel 3 bis 5

Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Frankfurt/Main 2005

Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006

## § 3: Interessenvertretung durch Betriebsräte

### I. Weshalb Betriebsräte neben Gewerkschaften?

Dass es Betriebsräte **und** Gewerkschaften gibt, ist alles andere als selbstverständlich. In England, Schweden oder den USA wäre etwa Entsprechendes schwer vorstellbar. In Deutschland können sie sich auf eine rund 100 Jahre alte Tradition berufen; sie sind aus den Arbeitsbeziehungen nicht wegzudenken.

Dies allein bietet freilich keine ausreichende Rechtfertigung. Für selbständige Betriebsräte sprechen vielmehr eine Reihe weiterer Gründe.

- Einer ihrer Vorzüge liegt in der **Möglichkeit zu demokratischer Kontrolle** betrieblicher Vorgänge. Sie ist im relativ überschaubaren Bereich eines Betriebes eher praktikabler als durch eine Massenorganisation von vielen 100000 Mitgliedern. Die Kontrolle kann sich auch auf das Verhalten der Interessenvertretung selbst beziehen.
- Der Betriebsrat ist weiter aus der gewerkschaftlichen Hierarchie herausgenommen. Bei der Erfüllung seiner Aufgaben ist er lediglich seinem gesetzlichen Auftrag verpflichtet, kann jedoch nicht zu einem bestimmten Verhalten angewiesen werden. Diese **relative Unabhängigkeit** gewährt unter unseren Bedingungen einen gewissen **Minderheitenschutz**: Innergewerkschaftliche Gruppierungen, die für ihre Politik keine Mehrheit finden, können in Betriebsräten weiterexistieren und so die Chance bewahren, eines Tages Mehrheit zu werden. Die Tatsache, dass Minderheiten auf diese Weise nicht »auf Null gebracht« werden können, verbessert die Formen der Auseinandersetzung und veranlasst die Mehrheit, sich grundsätzlich tolerant zu verhalten.
- Der wesentlichste Vorzug von Betriebsräten scheint mir allerdings in ihrer **Innovationsfunktion** zu liegen. Aufgrund ihrer Mitbestimmungsrechte sind sie gezwungen, sich mit bestimmten Problemen auseinanderzusetzen, zu ihnen

eine bestimmte Haltung einzunehmen. Das Argument, der Vorstand oder der Gewerkschaftstag habe noch nicht entschieden, würde von niemandem ernst genommen. Werden etwa Informationstechnologien eingeführt oder wollen viele Beschäftigte Gleitzeit, so muss der Betriebsrat reagieren und eigene Lösungsvorschläge entwerfen. Da er dies in der Regel nicht alleine kann, trägt er entsprechende Anforderungen in den **hauptamtlichen Apparat der Gewerkschaften** hinein, **der sich deshalb gleichfalls der veränderten Realität stellen** muss. Vieles spricht dafür, dass »Zukunftsdiskussionen«, wie sie die IG Metall Anfang der 70er Jahre und Ende der 80er Jahre führte, ohne diesen Mechanismus nicht möglich gewesen wären.

Auf der anderen Seite sollte man auch vor **Risiken und Nachteilen** die Augen nicht verschließen. In der Selbständigkeit einer betrieblichen Interessenvertretung liegt immer auch die Gefahr der „Kirchturmpolitik“, des Betriebsegoismus, der Abkoppelung von der gemeinsamen Interessenvertretung aller abhängig Beschäftigten. Dem lässt sich nicht nur durch politische Überzeugungsarbeit, sondern insbesondere **durch gewerkschaftliche Vertrauensleute im Betrieb gegensteuern**. Betriebsräte müssen bei aller rechtlichen Autonomie im Grundsatz in die gewerkschaftliche Interessenvertretung eingebunden sein. Wichtig ist hierfür auch die nirgends ausdrücklich festgeschriebene **»Dienstleistungsfunktion« der Gewerkschaften**, die sich von der Beratung durch Experten bis hin zur Schulung und Fortbildung von Betriebsratsmitgliedern erstreckt. Schließlich ist nicht zu übersehen, dass wirkliche Fortschritte in zentralen Fragen wie Entgelt und Arbeitszeit nur mit Hilfe der Gewerkschaft und des ihr zustehenden Streikrechts möglich sind.

Wahl und Rechtsstellung von Betriebsräten sind heute im BetrVG aus dem Jahre 1972 geregelt, das 2001 neugefasst wurde.

## **II. Wahl des Betriebsrats**

Der Betriebsrat wird von allen im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern auf vier Jahre gewählt. Voraussetzung ist, dass im Betrieb mindestens fünf Arbeitnehmer ständig beschäftigt sind. Die Zahl der Betriebsratsmitglieder hängt von der Betriebsgröße ab. In Kleinbetrieben bis 20 Beschäftigten besteht er aus einer Person, bei 21 bis 50

Beschäftigten hat er drei Mitglieder, bei 51 bis 100 fünf, bei 101 bis 200 sieben usw. Einzelheiten sind in § 9 BetrVG geregelt.

**Was ist ein „Betrieb“?** Er ist nicht identisch mit dem Unternehmen, also allen Tätigkeitsbereichen einer GmbH, einer KG oder eines Einzelkaufmanns. Vielmehr geht es um eine „arbeitstechnische“ Einheit, also dem organisatorischen Teil eines Unternehmens, in dem bestimmte Waren hergestellt oder Dienstleistungen erbracht werden. Während das Unternehmen wirtschaftliche (oder gemeinnützige) Zwecke verfolgt, geht es beim „Betrieb“ um die konkrete Güterproduktion. Die Unterscheidung wird deutlich, wenn ein **Unternehmen** eine **dezentralisierte Struktur** besitzt.

Hat etwa eine Warenhaus-GmbH Niederlassungen in zehn Städten, so besitzt dieses eine «Unternehmen» zehn «Betriebe», die jeweils einen eigenen Betriebsrat wählen.

Die Durchführung der Wahl liegt in der Hand eines **Wahlvorstands**, der in der Regel aus drei Personen besteht. Existiert bereits ein Betriebsrat, setzt dieser den Wahlvorstand für die anstehende Neuwahl ein. Gibt es noch keinen Betriebsrat, können drei Belegschaftsmitglieder oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft zu einer Betriebsversammlung einladen, auf der er gewählt werden soll. Ist dies nicht möglich (es erscheint niemand zu der Versammlung, es finden sich keine Kandidaten), können drei Belegschaftsmitglieder oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft beim Arbeitsgericht die Einsetzung eines Wahlvorstands beantragen. Sind im Betrieb mehr als 20 Beschäftigte tätig, können dabei auch betriebsfremde Personen zu Wahlvorstandsmitgliedern bestellt werden.

Der Wahlvorstand erstellt eine Wählerliste; zu diesem Zweck muss ihm der Arbeitgeber die nötigen Informationen geben. Spätestens sechs Wochen vor dem beabsichtigten Zeitpunkt der Wahl ist im Betrieb ein sog. Wahlausschreiben zu veröffentlichen, das den Wahltag und die einzelnen Modalitäten der Wahl nennt und zur Einreichung von Vorschlagslisten auffordert. In Betrieben bis zu 50 Arbeitnehmern kann jeder Arbeitnehmer, der mindestens 18 Jahre alt und seit sechs Monaten im Betrieb beschäftigt ist, kandidieren, in größeren Betrieben benötigt man eine „**Vorschlagsliste**“, auf der in aller Regel mehrere Personen stehen, die dieselben Voraussetzungen erfüllen müssen. Diese Vorschlagslisten können aus der Mitte der Belegschaft, aber auch von jeder im Betrieb vertretenen Gewerkschaft

eingereicht werden. Im ersten Fall benötigen die Initiatoren eine bestimmte Anzahl von sog. **Stützunterschriften**; im Normalfall müssen 5 % der Belegschaft den Vorschlag mitunterschreiben. Der gewerkschaftliche Vorschlag muss nur von zwei Vertretern der Gewerkschaft unterzeichnet sein.

Die Wahlen müssen nach § 14 Abs. 1 BetrVG »geheim« und »unmittelbar« erfolgen. »**Geheim**« bedeutet, dass niemand davon Kenntnis nehmen kann, wen Arbeitnehmer X oder Arbeitnehmer Y gewählt hat. »**Unmittelbar**« besagt, dass die Belegschaft die Betriebsratsmitglieder direkt wählt, dass also selbst in Größtbetrieben nicht etwa zunächst nur Wahlmänner bestimmt werden, die dann das eigentliche Betriebsratsgremium wählen. Betriebsratswahlen müssen weiter »**frei**« sein. Dies ist dann nicht mehr gesichert, wenn der Arbeitgeber oder irgendeine andere Instanz für den Fall, dass überhaupt eine Wahl stattfindet oder dass bestimmte Kandidaten gewählt werden, Nachteile wie eine Kürzung von Sozialleistungen oder eine teilweise Schließung des Betriebs in Aussicht stellt.

Die Wahl erfolgt gemäß § 14 Abs. 2 BetrVG nach den Grundsätzen der **Verhältniswahl**. Lediglich dann, wenn nur ein Wahlvorschlag eingereicht wurde, findet **Mehrheitswahl** statt. Dasselbe gilt in Betrieben mit bis zu 50 Beschäftigten, wo es keine Listen sondern nur Einzelkandidaturen gibt. Die Wahl findet dort im Rahmen einer Betriebsversammlung statt, doch ist gerade auch dabei das Wahlgeheimnis zu wahren.

§ 15 Abs. 2 BetrVG enthält eine »**Geschlechterquote**« in Form eines **Minderheitenschutzes**: Das Geschlecht, das im Zeitpunkt des Wahlausschreibens in der Minderheit ist, muss mindestens entsprechend seinem Anteil an der Belegschaft im Betriebsrat vertreten sein. Wie viele Sitze das Geschlecht in der Minderheit beanspruchen kann, wird nach dem sog. d'Hondt'schen Höchstzahlverfahren bestimmt; Einzelheiten ergeben sich aus § 5 der Wahlordnung.

Was geschieht, wenn sich keine ausreichende Zahl von Kandidaten aus dem in der Minderheit befindlichen Geschlecht zur Wahl stellt? In diesem Fall gehen die Sitze an das Geschlecht in der Mehrheit, niemand soll zu seinem Glück gezwungen werden.

In den Betriebsrat werden in der Regel Arbeitnehmer gewählt, die in der betrieblichen Hierarchie nicht sehr weit oben angesiedelt sind. Die sog. leitenden Angestellten (die etwa 3 % der Belegschaft ausmachen) sind nach § 5 Abs.3 BetrVG aus der

Betriebsverfassung insgesamt ausgenommen. Auch andere Personen in weniger herausgehobenen Führungsfunktionen kandidieren aber nur selten für den Betriebsrat, weil sie dies leicht in Rollenkonflikte bringen könnte. Unter den Gewählten finden sich häufig außerordentlich intelligente Personen, die im Rahmen des Bildungssystems wenig Erfolg hatten und die nun eine „zweite Chance“ erhalten.

### III. Praktische Voraussetzungen der Betriebsratsarbeit

Der Betriebsrat kann sich um alle im Betrieb anfallenden Angelegenheiten kümmern. Auf bestimmten Sachgebieten hat er Anhörungs- und Beratungs-, auf anderen Gebieten Mitbestimmungsrechte. Die Interessen der Belegschaft lassen sich dabei nur dann einigermaßen wirksam vertreten, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.

#### 1. Der Betriebsrat benötigt Zeit

»Mitglieder des Betriebsrats sind von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist.« Mit diesen Worten gibt § 37 Abs. 2 BetrVG dem einzelnen Mitglied das Recht, während der Betriebsratssitzungen, aber auch bei der Erfüllung anderer Aufgaben vorübergehend die Arbeit zu unterbrechen. Dabei kommt es nach der Rechtsprechung darauf an, ob der Betreffende bei gewissenhafter Überlegung und bei ruhiger, vernünftiger Würdigung aller Umstände **die Arbeitsversäumnis** wirklich **für notwendig halten durfte**. Stellt sich nachträglich heraus, dass er sich irrte, muss der Arbeitgeber dennoch das Entgelt fortbezahlen.

Wichtig ist, dass es im Einzelfall keiner Freistellung durch den Arbeitgeber bedarf; ein Betriebsratsmitglied, das seine Funktion ausüben will, muss sich lediglich **bei seinem Vorgesetzten abmelden**. Dabei reicht es aus, wenn es Ort und voraussichtliche Dauer seiner Tätigkeit angibt; anders als nach der früheren Rechtsprechung müssen Art und Gegenstand der Tätigkeit nicht mehr erwähnt werden. Will ein Betriebsratsmitglied einen Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz aufsuchen, braucht er dessen Namen nicht mitzuteilen. Wenden sich Arbeitnehmer

mit einem bestimmten Anliegen an ein Betriebsratsmitglied, so kann dieses grundsätzlich seine Arbeit unterbrechen; das Gespräch muss nicht in die Sprechstunde verlegt werden.

Für größere Betriebe sieht § 38 BetrVG die **völlige Freistellung** einzelner Betriebsratsmitglieder vor. So ist in Betrieben mit 200 bis 500 Beschäftigten mindestens ein Betriebsratsmitglied voll von der Arbeit freizustellen. Je größer der Betrieb, um so mehr Freistellungen. Bei Betrieben zwischen 5001 und 6000 Arbeitnehmern beträgt z.B. das Freistellungskontingent acht Personen. Angesichts der zahlreichen Aufgaben, die ein Betriebsrat zu erfüllen hat, ist dies bewusst nur als Minimum formuliert.

## 2. Der Betriebsrat benötigt Geld

Betriebsratstätigkeit ist zwar ein **Ehrenamt** und deshalb ist jede Zusatzvergütung verboten. Gleichzeitig entstehen jedoch durch eine sachgerechte Betriebsratsarbeit einige Kosten.

Nach § 40 Abs. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber in ausreichendem Umfang **Räume für Sitzungen und Sprechstunden** zur Verfügung zu stellen. Weiter kann der Betriebsrat z.B. einen verschließbaren Schrank, ein Diktiergerät, ein Rednerpult mit Verstärkeranlage, **ein Telefon mit Außenanschluss**, einen PC mit Anschluss ans Intranet und ans Internet sowie ggf. ein Vervielfältigungsgerät beanspruchen. Weiter muss der Arbeitgeber die für die Betriebsratstätigkeit einschlägigen Gesetzestexte sowie Erläuterungswerke und Entscheidungssammlungen zur Verfügung stellen. Auch kommt eine **»Einführung in das Arbeitsrecht« in Betracht**. Seit 2001 sind die elektronischen Kommunikationsmittel ausdrücklich im Gesetzestext erwähnt.

§ 40 Abs. 2 BetrVG verpflichtet den Arbeitgeber weiter, den Betriebsrat mit dem erforderlichen **Büropersonal** auszustatten. Die hierfür in erster Linie in Betracht kommenden Schreibkräfte werden nach herrschender Auffassung vom Arbeitgeber eingestellt, wobei dem Betriebsrat lediglich ein nicht näher definiertes **»Mitspracherecht«** eingeräumt wird.

Finanzielle Aufwendungen, die der Betriebsrat »unter Anlegung eines verständigen Maßstabs für erforderlich halten konnte«, sind ihm vom Arbeitgeber zu ersetzen. Dazu zählen auch die **Kosten gerichtlicher Verfahren**, soweit diese für den Betriebsrat nicht von vornherein offensichtlich aussichtslos waren. Der Arbeitgeber hat weiterhin **Fahrtkosten** zu ersetzen, die einem Betriebsratsmitglied dadurch entstehen, dass eine Betriebsratssitzung außerhalb seiner individuellen Arbeitszeit stattfindet. Aufwendungen für die Benutzung des eigenen Pkw sind ebenfalls erstattungspflichtig, soweit der Betriebsrat außerhalb der Arbeitsstätte tätig werden muss (z.B. Termine bei Gerichten und Behörden) und er diese Art der Fortbewegung im Einzelfall für die günstigste halten konnte.

### **3. Der Betriebsrat benötigt Informationen**

Nach 80 Abs. 2 BetrVG muss der Arbeitgeber den Betriebsrat »rechtzeitig und umfassend« über alles unterrichten, was für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendig ist. Ihm sind daher auf Verlangen »jederzeit« auch Unterlagen zur Verfügung zu stellen: Dies bedeutet, dass ihm – im Rahmen des Möglichen – das Original, eine Durchschrift oder eine Fotokopie zu überlassen ist.

Zu welchen Angelegenheiten kann der Betriebsrat Auskunft vom Arbeitgeber verlangen? Man ist sich einig, dass es nicht nur um Probleme der Arbeitsorganisation und der Arbeitsbedingungen geht. Die Beteiligung des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten gibt ihm vielmehr auch das Recht, sich bei Bedarf **jede Form von Bilanz** vorlegen zu lassen. Dies gilt für die Steuerbilanz nicht weniger als für die Darstellung der wirtschaftlichen Lage, die einer Bank gegenüber erfolgt: Dasselbe Maß an »Ehrlichkeit«, das die Kreditgeber erwarten können (und in aller Regel auch durchsetzen), kann auch der Betriebsrat verlangen. Eine Berufung auf Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse scheidet aus: § 80 Abs. 2 BetrVG enthält im Gegensatz zu der verwandten Vorschrift des § 106 Abs. 2 BetrVG keinen entsprechenden Vorbehalt. Notwendig ist lediglich, dass ein Bezug zu konkreten Aufgaben des Betriebsrats besteht. Durch die Neufassung des § 80 Abs. 2 BetrVG wurde ausdrücklich auch die Beschäftigung unbekannter Personen einbezogen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, aber gleichwohl im Betrieb auftauchen oder im Außendienst eingesetzt werden.

Der Betriebsrat ist befugt, **Informationen auch aus anderen Quellen** zu gewinnen. Zu diesem Zweck muss ihm grundsätzlich ein **Internet-Zugang** eröffnet werden, sofern dieses Medium im Betrieb benutzt wird.

#### **4. Der Betriebsrat benötigt Sachkunde**

Informationen allein sind oft nicht viel wert; man muss auch etwas mit ihnen anfangen können. Wer keine Bilanz lesen kann, ist im Grunde nicht besser, sondern schlechter gestellt, wenn er das Dokument in Händen hält: Im Konfliktsfalle kann ihm der Arbeitgeber jederzeit entgegenhalten, er hätte ja genau wissen müssen, was auf die Firma zukomme.

Nicht anders ist es mit der **Einführung neuer Techniken**: Wird dem Betriebsrat eine »Systembeschreibung« und ein »Benutzerhandbuch« für die neue Telefon-Anlage ausgehändigt, so wird er in der Regel fast nichts verstehen, es sei denn, ein Betriebsratskollege sei selbst Informatiker.

Um hier Abhilfe zu schaffen, gibt es verschiedene Wege.

◆ Der Betriebsrat kann nach § 37 Abs. 6 und nach § 37 Abs. 7 BetrVG **Schulungs- und Bildungsveranstaltungen** besuchen. Sie werden von den Gewerkschaften und verstärkt auch von privaten Instituten in großer Zahl angeboten.

**§ 37 Abs. 6 BetrVG** enthält die »privilegierte« Form von Bildungsveranstaltungen. Privilegiert deshalb, weil der Arbeitgeber nicht nur das Entgelt fortbezahlen, sondern auch Reisekosten, Kursgebühren einschließlich der Referentenhonorare und Aufenthaltskosten übernehmen muss. Voraussetzung ist allerdings, dass die vermittelten Kenntnisse für die Betriebsratsarbeit »erforderlich« sind. Ohne Anhaltspunkt im Gesetz verlangt die Rechtsprechung weiter, dass ein konkreter betriebsbezogener Anlass bestehen müsse.

**Beispiel:** Schulung in EDV nur dann, wenn im Betrieb mit Computern gearbeitet wird oder ihre Einführung bevorsteht.

Betriebsverfassungsrechtliche Grundkenntnisse sind allerdings immer »erforderlich«; das BAG hat insoweit auch Lehrgänge von zwei Wochen Dauer anerkannt. Eine generelle **zeitliche Obergrenze** gibt es **nicht**; wenn es die betrieblichen Verhältnisse erfordern, können im Laufe der vierjährigen Wahlperiode durchaus zwölf Wochen Schulung anfallen.

**§ 37 Abs. 7 BetrVG** verlangt lediglich, dass die vermittelten Inhalte für die Betriebsratsarbeit »geeignet« oder »nützlich« sind; dies muss durch die oberste Arbeitsbehörde des zuständigen Landes anerkannt sein. Gleichzeitig ergibt sich jedoch eine Obergrenze von **drei Wochen** pro Wahlperiode. Bei erstmals gewählten Betriebsratsmitgliedern erhöht sich diese Zeit auf vier Wochen.

Im Rahmen des § 37 Abs. 7 BetrVG muss der Arbeitgeber **lediglich die Vergütung** fortbezahlen; Reise, Aufenthalt und Kursgebühren gehen zu Lasten des Betriebsratsmitglieds und werden meist vom (gewerkschaftlichen) Veranstalter übernommen.

◆ Fortbildung wirkt nicht von heute auf morgen. Bleibt eine Auskunft unverständlich oder ist sie lückenhaft, so kann der Betriebsrat **nachfragen**. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, ihm jeden Punkt eingehend zu erläutern.

◆ Nach § 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG kann der Betriebsrat verlangen, dass ihm der Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Aufgaben **»sachkundige Arbeitnehmer als Auskunftspersonen«** zur Verfügung stellt. Diese können innerbetriebliche Experten, aber auch Arbeitnehmer sein, die aufgrund ihrer Erfahrungen am Arbeitsplatz bestimmte Probleme besonders gut kennen.

Innerbetriebliche Experten zu befragen, ist meist nur bei wenig kontroversen Themen sinnvoll. Wollte sich der Betriebsrat beim stellvertretenden Leiter der Rechtsabteilung erkundigen, wie er denn am besten ein Beschlussverfahren gegen den Arbeitgeber einleiten könne, so wäre dies ein wenig aussichtsreiches Unterfangen. Würde der stellvertretende Leiter dem Betriebsrat entgegen aller Erfahrung einen »Tipp« geben, würde er zumindest einen »Rüffel« bekommen ...

◆ Der Betriebsrat kann schließlich außerbetriebliche Sachverständige heranziehen. Nach § 80 Abs. 3 BetrVG benötigt er hierfür jedoch die Zustimmung des Arbeitgebers. Wird sie verweigert, kann der Betriebsrat ein arbeitsgerichtliches Verfahren einleiten; dort wird die Zustimmung des Arbeitgebers allerdings nur dann ersetzt, wenn der Betriebsrat zuvor alle innerbetrieblichen Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft hatte.

**Beispiel:** Der Betriebsrat will sich von einer Wirtschaftsprüferfirma beraten lassen, da es um die Umstrukturierung des Unternehmens geht. Dies ist eine sinnvolle Forderung, die jedoch nur durchsetzbar ist, wenn trotz eingehender Gespräche mit dem Arbeitgeber und den von ihm benannten Personen noch immer eine Reihe von Fragen offen bleibt.

Ohne Zustimmung des Arbeitgebers kann der Betriebsrat nach dem seit 2001

geltenden **§ 111 Satz 2 BetrVG** einen »Berater« hinzuziehen, wenn eine Betriebsänderung wie z. B. eine Massenentlassung geplant ist.

Die **Kosten des Externen** trägt in allen Fällen der Arbeitgeber.

◆ Oft kann der Betriebsrat auch **gewerkschaftliche Beratung** in Anspruch nehmen. In den Hauptvorständen und z. T. auch in den Bezirksverwaltungen sind zahlreiche Betriebswirte, Juristen, Ökonomen usw. beschäftigt, die ggf. als Betreuer zur Verfügung stehen. Auch können sich Betriebsratsmitglieder, die einer DGB-Gewerkschaft angehören, an die Hans-Böckler-Stiftung und das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut des DGB in Düsseldorf wenden.

## **5. Der Betriebsrat benötigt Unabhängigkeit**

Als Betriebsrat kann man leicht in eine Konfrontation mit dem Arbeitgeber geraten. § 78 Satz 2 BetrVG verbietet deshalb jede Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern. Bedeutsamer ist der sehr weit reichende **Kündigungsschutz**. Nach § 103 BetrVG und § 15 KSchG (= Kündigungsschutzgesetz) kann ein Betriebsratsmitglied nur aus wichtigem Grund und nur dann gekündigt werden, wenn die Betriebsratsmehrheit der Kündigung zustimmt. Tut sie dies nicht, kann der Arbeitgeber die verweigerte Zustimmung vom Arbeitsgericht ersetzen lassen, das zugleich prüft, ob wirklich ein »wichtiger Grund« vorliegt. Das gerichtliche Verfahren kann bis zu zwei Jahre dauern; während dieser Zeit ist das betroffene Betriebsratsmitglied weiter zur Ausübung seiner Funktionen befugt.

Der Kündigungsschutz des Betriebsrats versagt nur im Falle der **Betriebsstilllegung**. Nach § 15 Abs. 4 KSchG ist eine ordentliche Kündigung möglich, doch sind bei verschiedenen »Entlassungswellen« Betriebsräte als letzte zu kündigen. Wird nur eine Abteilung stillgelegt, so ist das Betriebsratsmitglied nach näherer Maßgabe des § 15 Abs. 5 KSchG in eine andere Abteilung zu übernehmen.

## **IV. Das Verhältnis von Betriebsrat und Belegschaft**

Das Stück Demokratie, das die Betriebsverfassung bringt, erschöpft sich nicht darin, dass man alle vier Jahre einen neuen Betriebsrat wählt. Die Belegschaft kann zwar dem Betriebsrat keine Weisungen erteilen, aber ihre Haltung ist von ganz

entscheidender Bedeutung für seine Forderungen und Beschlüsse. Ohne Rückhalt in der Belegschaft steht er auf verlorenem Posten – Paragraphen allein helfen nicht weiter.

Wie ist die »Kommunikation« zwischen Belegschaft und Betriebsrat beschaffen?  
Welche Regeln gelten für die Meinungsbildung im Betrieb?

## 1. Initiativen aus der Belegschaft

Einzelne Arbeitnehmer, aber auch kleinere oder größere Gruppen von Beschäftigten können bestimmte Probleme an den Betriebsrat herantragen. Sie können dies innerhalb, aber auch außerhalb der **Sprechstunde** tun.

**Beispiel:** Für die Verkäuferinnen im Kaufhaus K besteht keine Sitzgelegenheit. Selbst wenn keine Kunden zu bedienen sind, müssen sie stehen. Sechs Verkäuferinnen gehen deshalb in die Sprechstunde des Betriebsrats, die vom Vorsitzenden durchgeführt wird. Sie können sich aber auch an ein beliebiges anderes Betriebsratsmitglied wenden.

Die betriebliche **Telefonanlage** ist so zu schalten, dass die **Betriebsratsmitglieder** von den einzelnen Beschäftigten **angerufen** werden können. Der Betriebsrat hat auch ein Recht auf Präsenz im **Intranet**, so dass er jederzeit per E-Mail kontaktiert werden kann.

**Die versäumte Arbeitszeit wird dem einzelnen Arbeitnehmerin allen Fällen nach § 39 Abs. 3 BetrVG voll fortbezahlt.**

Die Rechte der Arbeitnehmer werden durchaus ernst genommen, wie eine Entscheidung des ArbG Hamburg zeigt: Acht Arbeitnehmer suchten wegen Problemen an ihrem Arbeitsplatz eineinhalb Stunden lang den Betriebsrat auf; während dieser Zeit stand die von ihnen bediente Anlage still. Das ArbG Hamburg bejahte die Pflicht des Arbeitgebers zur Entgeltfortzahlung nach § 39 Abs. 3 BetrVG.

Einzelne Arbeitnehmer können sich auch förmlich beim Betriebsrat **beschweren** (§§ 84, 85 BetrVG). Hält dieser die Beschwerde für begründet, muss er mit dem Arbeitgeber über eine Beseitigung des Missstands verhandeln. Erfolgt keine Einigung, entscheidet gemäß § 85 Abs. 2 BetrVG die Einigungsstelle verbindlich darüber, ob die Beschwerde berechtigt war. Kommt sie zu einem positiven Ergebnis, so ist der Arbeitgeber zur Abhilfe verpflichtet. Ausgenommen sind allerdings Rechtsansprüche, doch wird sich der Arbeitgeber selten auf diesen Gesichtspunkt berufen.

**Beispiel:** Der Betriebsrat verhandelt mit dem Arbeitgeber über die Fließbandgeschwindigkeit, da sich ein Arbeitnehmer beschwert hat. Es ist denkbar unwahrscheinlich, dass die Arbeitgebervertreter in der Einigungsstelle die Auffassung vertreten werden, der Arbeitnehmer habe nach § 75 Abs. 2 BetrVG oder aus der im Lichte des Gesundheitsschutzes interpretierten Fürsorgepflicht heraus einen gerichtlich

durchsetzbaren Anspruch auf ein langsames Fließband. Nur dann wäre aber die Einigungsstelle an einer verbindlichen Entscheidung gehindert.

Der seit 2001 geltende **§ 86a BetrVG** gibt jedem Arbeitnehmer das Recht, seinem Betriebsrat **Themen zur Beratung vorzuschlagen**. Wird die Idee von mindestens fünf Prozent der Belegschaft unterstützt, muss der Betriebsrat den Vorschlag innerhalb von zwei Monaten auf die Tagesordnung setzen. Das Werben um Unterstützung (z.B. das Sammeln von Unterschriften) ist **während der Arbeitszeit** möglich.

## **2. Initiativen des Betriebsrats**

Der Betriebsrat kann auch seinerseits aktiv werden, um von den in der Belegschaft vorhandenen Problemen Kenntnis zu erhalten: Nach der Rechtsprechung des BAG hat er das Recht, schriftliche oder mündliche **Befragungen der Belegschaft** vorzunehmen. Voraussetzung ist lediglich, dass sich die gestellten Fragen im Rahmen seiner Zuständigkeit bewegen und dass der Betriebsfrieden nicht gestört wird.

Weiter haben Betriebsratsmitglieder das Recht, einzelne Arbeitnehmer an ihrem Arbeitsplatz aufzusuchen, sie dort anzurufen oder eine **Betriebsbegehung** durchzuführen. Schließlich können sie ihren Informationsstand im Bereich des Arbeitsschutzes richtiger Auffassung nach dadurch verbessern, dass sie selbst Messungen vornehmen; die dafür erforderlichen Geräte sind ihnen vom Arbeitgeber nach § 40 BetrVG zur Verfügung zu stellen (strittig). Dies rechtfertigt sich mit der Erwägung, dass die in § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG dem Betriebsrat übertragene Überwachungsaufgabe nur dann effektiv wahrgenommen werden kann, wenn gleichzeitig auch alle relevanten Informationen beschafft werden können: Die Anfrage an den Arbeitgeber ist gerade in solchen Fällen nicht immer das geeignete Mittel.

## **3. Betriebsversammlungen**

Wichtigste Form der Willensbildung durch die Belegschaft ist die Betriebsversammlung. Ihre Möglichkeiten werden nur selten voll ausgeschöpft.

### **a) Der rechtliche Rahmen**

Nach § 43 Abs. 1 BetrVG muss der Betriebsrat in jedem Kalendervierteljahr eine Betriebsversammlung einberufen und auf dieser einen Tätigkeitsbericht erstatten. **Vier Versammlungen pro Jahr sind also vorgeschrieben.** Der Betriebsrat hat außerdem das Recht, in jedem Halbjahr eine zusätzliche Betriebsversammlung durchzuführen, wenn dies aus besonderem Grund zweckmäßig erscheint. Obergrenze also: sechs pro Jahr.

**Beispiel:** Nachdem Ende April die zweite ordentliche Betriebsversammlung des Jahres 2008 stattgefunden hat, wird Anfang Mai bekannt, dass die Geschäftsleitung eine Abteilung stilllegen und eine andere an einen Interessenten als »selbständigen Betriebsteil« veräußern will. Der Betriebsrat kann daraufhin eine weitere Betriebsversammlung einberufen.

Die **Betriebsversammlungen** finden **während der Arbeitszeit** statt. Dies bedeutet, dass die Beschäftigten nicht weniger verdienen dürfen, als wenn sie während dieser Zeit gearbeitet hätten. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn das Kontingent von sechs Betriebsversammlungen pro Jahr überschritten wird.

Zwei der vier »ordentlichen« Betriebsversammlungen sind als sog. **Abteilungsversammlungen** durchzuführen, wenn dies erforderlich ist, um die besonderen Belange der Arbeitnehmer relativ selbständiger Betriebsteile zu erörtern (§ 42 Abs. 2 BetrVG).

## **b) Themen und Ablauf**

Was auf der Betriebsversammlung erörtert wird, ist grundsätzlich den Beteiligten überlassen. Es empfiehlt sich deshalb, in die Tagesordnung den Punkt »Verschiedenes« aufzunehmen. Über den – immer notwendigen – **Tätigkeitsbericht des Betriebsrats** kann (und sollte) diskutiert werden.

**Parteipolitik** hat nach § 45 BetrVG auf der Betriebsversammlung nichts zu suchen. Politiker können allerdings zu Referaten eingeladen werden, sofern dies nicht nur in Wahlkampfzeiten geschieht; das Thema muss allerdings einen unmittelbaren Bezug zum Betrieb haben.

**Beispiel:** Der Betriebsrat lädt in einer Krisensituation Vertreter der CDU, F.D.P., SPD, Linkspartei und von Bündnis 90/DIE GRÜNEN ein, um zum Thema »Die Vorstellung meiner Partei zur Rettung des Betriebes« zu sprechen.

Jede im Betrieb vertretene **Gewerkschaft** kann auch ohne ausdrückliche Einladung einen oder mehrere **Beauftragte in die Betriebsversammlung entsenden**. Diese haben dort Rederecht. Es darf über die gewerkschaftliche Tarifpolitik informiert werden, jedoch ist die

Vorbereitung eines Streiks nicht zulässig.

Eine **Aufzeichnung auf Tonband** sollte unterbleiben, da dies die Unbefangenheit der Diskussion stören kann. Sieht die Mehrheit dies anders, so kann jeder Redner gleichwohl verlangen, dass bei seinem Beitrag das Tonband abgestellt wird. Unzulässig ist auch ein stenographisches Protokoll; wird es gleichwohl angefertigt, darf es nicht als Grundlage für irgendwelche Maßnahmen wie Abmahnung, Versetzung und Kündigung herangezogen werden.

Eine zeitliche Grenze für die Betriebsversammlung gibt es nicht; sie kann so lange fortgesetzt werden, bis die Tagesordnung erschöpft ist. Das ArbG Hamburg hat deshalb sogar eine Gesamtdauer von vier Tagen unbeanstandet gelassen, da es um drohende Massenentlassungen ging. Geht die Betriebsversammlung über das normale Arbeitsende hinaus, muss der Arbeitgeber lediglich das entsprechende Entgelt, nicht aber eine Überstundenvergütung bezahlen.

### c) Praxis

In vielen Betrieben finden weniger als die vier im Gesetz vorgeschriebenen Betriebsversammlungen pro Jahr statt. Bisweilen wird berichtet, Betriebsräte hätten ein oder zwei Betriebsversammlungen (die ja ein Kostenfaktor für den Arbeitgeber sind!) gegen ein billigeres Kantinenessen »eingetauscht«. Abmachungen dieser Art sind unwirksam. Im Ernstfall kann der Betriebsrat sämtliche im Gesetz vorgesehenen sechs Betriebsversammlungen durchführen, auch wenn der Arbeitgeber »enttäuscht« sein wird.

## V. Das Verhältnis von Betriebsrat und Gewerkschaft

Der Betriebsrat vertritt die gesamte Belegschaft, auch diejenigen, die keiner Gewerkschaft angehören. § 75 Abs. 1 BetrVG untersagt ihm, irgendjemanden wegen seiner Gewerkschaftszugehörigkeit zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

Wie schon unter I. angesprochen, ist der **Betriebsrat** dennoch **in die gewerkschaftliche Interessenvertretung** mehr oder weniger stark **eingebunden**. Seine Autonomie ist eine relative, wenn und solange er auf gewerkschaftliche

Unterstützung angewiesen ist.

Das BetrVG geht von einer Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft aus (§ 2 Abs. 1). Es gibt darüber hinaus jeder im Betrieb vertretenen **Gewerkschaft bestimmte Einflussmöglichkeiten**:

◆ Die Gewerkschaft kann einen oder mehrere Vertreter in die Betriebsversammlung entsenden.

◆ Ein **Gewerkschaftsvertreter** kann auch an **Betriebsratssitzungen** teilnehmen, sofern wenigstens ein Betriebsratsmitglied dieser Gewerkschaft angehört und mindestens ein Viertel der Mitglieder eine Teilnahme wünscht.

◆ Die Gewerkschaft kann **gegen Rechtsverstöße** im Betrieb **vorgehen**. Nach § 19 BetrVG kann sie die Betriebsratswahlen anfechten, nach § 23 Abs. 1 BetrVG beim Arbeitsgericht den Antrag stellen, ein Betriebsratsmitglied (oder den ganzen Betriebsrat) wegen schwerer Pflichtverletzung seines Amtes zu entheben.

◆ Die Gewerkschaft hat das Recht, nach § 23 Abs. 3 BetrVG auch **gegen den Arbeitgeber vorzugehen**, wenn dieser seine Verpflichtungen aus der Betriebsverfassung erheblich verletzt. Nach § 121 BetrVG kann sie außerdem unter bestimmten Voraussetzungen die Verhängung eines Bußgelds, nach § 119 BetrVG die Bestrafung des Arbeitgebers (z. B. wegen bewusster Behinderung der Betriebsratsarbeit) verlangen.

◆ Über die Tarifpolitik können die **Handlungsspielräume der Betriebsräte erweitert oder eingengt** werden. Durch umfassende tarifliche Regelung bestimmter Sachgebiete kann nur noch sehr wenig übrig bleiben, was der Mitbestimmung der Betriebsräte unterliegt. Auf der anderen Seite ist auch eine Öffnung der Tarifverträge zugunsten betrieblicher Abmachungen sowie eine tarifliche Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse zulässig.

◆ Die Gewerkschaft erfüllt gegenüber Betriebsräten eine Art **Servicefunktion**. Dies zeigt sich im Angebot von Schulungs- und Bildungsveranstaltungen, aber insbesondere auch in der Beratung im Einzelfall.

Innerhalb einzelner Gewerkschaften sind oft bestimmte hauptamtliche Mitarbeiter

»Betreuer« einzelner Betriebsräte.

Muss der Betriebsrat einen Prozess führen, stellt ihm die Gewerkschaft einen Rechtsvertreter zur Verfügung.

◆ In größeren Betrieben gibt es **gewerkschaftliche Vertrauensleute**. Sie werden von den im Betrieb tätigen Gewerkschaftsmitgliedern gewählt und stellen in der Praxis häufig eine Art »Unterbau« des Betriebsrats dar. Würde seine Politik der Auffassung der Vertrauensleute zuwiderlaufen, hätte er einen schweren Stand.

Die **Existenz** gewerkschaftlicher Vertrauensleute im Betrieb ist **durch Art. 9 Abs. 3 GG garantiert**. Soweit sie nicht allgemeine Arbeitnehmerrechte wie das Aufsuchen des Betriebsrats während der Arbeitszeit wahrnehmen, können sie in der Regel nur während der Pausen und außerhalb ihrer Arbeitszeit aktiv werden. Einzelne Tarifverträge sehen jedoch vor, dass Vertrauensleute während der Arbeitszeit ihre Funktion erfüllen dürfen und auch einen verstärkten Kündigungsschutz genießen.

◆ Nach § 2 Abs. 2 BetrVG steht der Gewerkschaft ein **Zugangsrecht** zum Betrieb zu. Sie kann also einzelne hauptamtliche Mitarbeiter auch gegen den Willen des Arbeitgebers in den Betrieb entsenden, wenn dies zur Wahrnehmung ihrer im Gesetz vorgesehenen Aufgaben erforderlich ist.

◆ Der Zusammenhalt von Betriebsräten und Gewerkschaften wird nicht zuletzt daran deutlich, dass mehr als 70 Prozent aller **Betriebsratsmitglieder** gewerkschaftlich organisiert sind. Diese sind – was in der Praxis sehr wichtig ist – nach § 74 Abs. 3 BetrVG **als Einzelpersonen in ihrer gewerkschaftlichen Betätigung völlig frei**.

## **VI. Das Verhältnis von Betriebsrat und Arbeitgeber**

### **1. Kooperation statt Konfrontation**

Das Gesetz legt den Betriebsrat auf ein **kooperatives Verhältnis gegenüber dem Arbeitgeber** fest. Insbesondere darf der Betriebsrat nicht mit einem Arbeitskampf drohen oder diesen gar effektiv organisieren. Durch diese **»Wirtschaftsfriedlichkeit«** unterscheidet er sich von betrieblichen

Interessenvertretungen in anderen EU-Staaten wie Großbritannien, Frankreich und Italien.

Gewissermaßen als »**Gegenleistung**« erhält er Beteiligungsrechte, insbesondere Mitbestimmungsbefugnisse. Insoweit ist seine Position stärker als die der shop stewards, des comité d'entreprise oder des consiglio di fabbrica.

## 2. Die Grundsätze im Einzelnen

Wie sehen die Kooperationsgrundsätze aus? § 2 Abs. 1 BetrVG verpflichtet Arbeitgeber und Betriebsrat, »vertrauensvoll ... zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs« zusammenzuarbeiten. § 74 Abs. 1 und 2 BetrVG konkretisiert dies:

◆ Arbeitgeber und Betriebsrat sollen **mindestens einmal im Monat** zu einer **Besprechung** zusammentreten. Sie haben dabei über strittige Fragen »mit dem ernststen Willen zur Einigung« zu verhandeln. Dies ist allerdings nur ein moralischer Appell: Die »Ernstlichkeit« lässt sich gerichtlich nicht überprüfen.

◆ Arbeitgeber und Betriebsrat haben nach § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG alles zu **unterlassen, was den Arbeitsablauf oder den Frieden des Betriebs beeinträchtigt**. Auch heftige Kritik am Arbeitgeber ist dadurch allerdings nicht ausgeschlossen: Der Betriebsrat ist nicht verpflichtet, für arbeitgeberfreundliche Stimmung im Betrieb zu sorgen.

◆ **Parteilpolitische Betätigung** ist dem Arbeitgeber wie dem Betriebsrat **untersagt**. Eine Ausnahme gilt für Angelegenheiten tarifpolitischer, sozialpolitischer, umweltpolitischer und wirtschaftlicher Art, »die den Betrieb oder seine Arbeitnehmer unmittelbar betreffen« (§ 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG). Der Betriebsrat darf also keine Resolution zu den anstehenden Landtagswahlen fassen; auch darf der Arbeitgeber kein Werbematerial »seiner« Partei im Betrieb verteilen. Andererseits sind wirtschaftspolitische Aussagen durchaus erlaubt, sofern ein Bezug zum eigenen Betrieb vorhanden ist.

**Beispiel:** Der Betriebsrat kritisiert die Gemeindeverwaltung und meint, die Privatisierung sei kein Allheilmittel. Zulässig, wenn auch der eigene Betrieb zur Privatisierung ansteht oder erste Erfahrungen mit einem privaten Investor gemacht wurden.

◆ Betriebsrat und Arbeitgeber dürfen **keine Arbeitskämpfe** gegeneinander führen. Dem einzelnen Betriebsratsmitglied ist es jedoch unbenommen, bei der Organisation eines gewerkschaftlichen Streiks mitzuwirken: § 74 Abs. 3 BetrVG lässt dies jederzeit zu. Auch gegen eine Tätigkeit in der Streikleitung oder in einer betrieblichen Tarifkommission ist nichts einzuwenden.

◆ Erfährt der Betriebsrat **Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse**, so muss er diese nach § 79 Abs. 1 BetrVG für sich behalten. Zusätzliche Voraussetzung ist allerdings, dass der Arbeitgeber ihn ausdrücklich auf die Geheimhaltungsbedürftigkeit hingewiesen hat.

Kann der Arbeitgeber den Standpunkt vertreten, der Verkauf eines Betriebsteils an den Interessenten X sei »in den nächsten sechs Wochen« noch ein Betriebsgeheimnis? Wenn es die Spatzen bereits von den Dächern pfeifen (die Lokalpresse berichtete), liegt kein »Geheimnis« mehr vor. § 79 BetrVG scheidet schon deshalb aus. Doch unterstellt, es seien wirklich nur wenige Personen eingeweiht: Eine Pflicht zur Geheimhaltung besteht nur dann, wenn das Arbeitgeberinteresse gegenüber dem Informationsinteresse der Belegschaft überwiegt. Ist kein Arbeitsplatzabbau zu befürchten, könnte man dies annehmen, wenn die Tatsache als solche für Konkurrenten wichtig ist. Anders dann, wenn dem Arbeitgeber kein greifbarer Nachteil droht, gleichzeitig jedoch mit Personalabbau zu rechnen ist: Hier überwiegt das Interesse der Betroffenen, sich auf die neue Situation einstellen zu können.

## VII. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

### 1. Unterschiedliche Intensität

◆ Schwächstes Recht des Betriebsrats ist die in § 80 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gewährte Befugnis, »**Anregungen**« von Arbeitnehmern entgegenzunehmen und durch Verhandlungen mit dem Arbeitgeber »auf eine Erledigung hinzuwirken«. Lässt sich der Arbeitgeber nicht überzeugen, ist die Angelegenheit erledigt.

◆ Schon etwas stärker ist die in § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG niedergelegte Befugnis, **über die Einhaltung von Gesetzen**, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträgen usw. **zu wachen**. Zwar kann der Betriebsrat nach herrschender Rechtsprechung den Arbeitgeber nicht verklagen, z.B. Gesetze und Tarifverträge korrekt einzuhalten, doch kann er ggf. die Gewerbeaufsicht oder die Gewerkschaft alarmieren. Diese können dann ihrerseits Maßnahmen ergreifen.

◆ Vor manchen Entscheidungen ist der Betriebsrat **anzuhören**. Wichtigster Fall ist die beabsichtigte Kündigung eines Arbeitnehmers (§ 102 Abs. 1 BetrVG). Dem

Betriebsrat sind alle Informationen zu geben, die er für seine Willensbildung benötigt. Seine Stellungnahme ist für den Arbeitgeber allerdings nicht bindend.

◆ Von »**Beratung**« spricht man dann, wenn ein längerer Meinungs austausch erfolgen soll. Sind etwa neue Arbeitsverfahren geplant, so ist der Betriebsrat nach § 90 Abs. 2 BetrVG so frühzeitig zu beteiligen, dass seine Meinung noch bei den jeweils anstehenden Entscheidungen berücksichtigt werden kann. Auch hier liegt die Entscheidung als solche beim Arbeitgeber.

◆ Von »**Mitwirkung**« des Betriebsrats ist dann die Rede, wenn sein Votum zwar die Entscheidung nicht verhindern, wohl aber hinauszögern oder die Folgen beeinflussen kann.

**Beispiel:** Der Betriebsrat kann nach § 102 Abs. 3 BetrVG einer ordentlichen Kündigung unter bestimmten Voraussetzungen widersprechen. Der Arbeitgeber kann trotzdem kündigen; erhebt jedoch der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage, ist er unter bestimmten Voraussetzungen bis zum Abschluss des gerichtlichen Verfahrens im Betrieb weiterzubeschäftigen.

◆ Der Schwerpunkt der Betriebsratstätigkeit liegt auf der Ausübung von **Mitbestimmungsrechten**. Sie bestehen allerdings nur auf den Sachgebieten, die ausdrücklich im Gesetz genannt sind.

## 2. Was bedeutet »Mitbestimmung«?

Der Begriff »Mitbestimmung« hat einen präzisen Inhalt. Auf den Gebieten, die der Mitbestimmung unterliegen, müssen Betriebsrat und Arbeitgeber gemeinsam handeln; man kann von »geteilter Handlungskompetenz« sprechen. Dies bedeutet:

- **Handelt der Arbeitgeber allein, ist seine Entscheidung unwirksam.** Dies gilt sogar dann, wenn die Angelegenheit besonders eilbedürftig ist.

- Der Betriebsrat hat das Recht, auf den der Mitbestimmung unterliegenden Gebieten selbst Vorschläge zu machen, über die der Arbeitgeber verhandeln muss (**sog. Initiativrecht**).

Der Arbeitgeber will eine Abteilung schließen und allen Beschäftigten betriebsbedingt

kündigen. Der Betriebsrat entdeckt im BetrVG den § 87 Abs. 1 Nr. 3, wonach er ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung von Kurzarbeit hat. Er verlangt deshalb, die Kündigungen aufzuschieben und stattdessen zunächst einmal Kurzarbeit einzuführen.

- Werden sich Arbeitgeber und Betriebsrat einig, können sie eine sog. **Betriebsvereinbarung** schließen. Sie wirkt ähnlich wie ein Tarifvertrag. Sie können sich aber auch mit einer bloßen Absprache begnügen (sog. **Betriebsabsprache** oder **betriebliche Einigung**). In beiden Fällen ist es dann Sache des Arbeitgebers, den gefundenen Kompromiss umzusetzen.

Man vereinbart Kurzarbeit für ein halbes Jahr. Dies den Arbeitnehmern mitzuteilen und die nötigen Anträge beim Arbeitsamt zu stellen, ist grundsätzlich Sache des Arbeitgebers.

- Was geschieht, wenn sich Betriebsrat und Arbeitgeber nicht einig werden? Der Arbeitgeber denkt ausschließlich an die Rentabilität, der Betriebsrat ausschließlich an die Arbeitsplätze. In solchen Fällen wird eine sog. Einigungsstelle eingeschaltet.

Die **Einigungsstelle** ist ein paritätisch besetztes Gremium: Sie besteht aus einer gleichen Anzahl von Vertretern des Arbeitgebers und von Vertretern des Betriebsrats. Ihre Zahl variiert in der Praxis zwischen zwei und vier pro Seite. Hinzu kommt ein sog. neutraler **Vorsitzender**, dessen Stimme letztlich den Ausschlag gibt. Über die Zahl der Beisitzer und über die Person des Vorsitzenden müssen sich Betriebsrat und Arbeitgeber verständigen.

Es kann naheliegen, dass jede Seite eine ihr geneigte Person zum Vorsitzenden machen möchte und man sich deshalb auf keine Person verständigen kann. In einem solchen Fall setzt das **Arbeitsgericht** den Vorsitzenden ein (und bestimmt die Zahl der Beisitzer, wenn auch hierüber Meinungsverschiedenheiten bestehen). Die Entscheidung wird ohne die ehrenamtlichen Richter getroffen, unterliegt jedoch der Beschwerde zum Landesarbeitsgericht.

Das unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindende Einigungsstellenverfahren hat viel **Ähnlichkeit mit Tarifverhandlungen**; auch Nachtsitzungen sind keine Ausnahme. In der Mehrzahl der Fälle kommt unter dem mehr oder weniger sanften Druck des Vorsitzenden eine Einigung zustande.

Kluge Vorsitzende pflegen – wenn alle Argumente ausgetauscht sind – mit beiden Seiten getrennt zu verhandeln. Dies schafft die Möglichkeit, den tatsächlich vorhandenen Kompromisspielraum

auszuloten. Außerdem kann man jede Seite auf die Nachteile hinweisen, die drohen, wenn man als Vorsitzender mit der Gegenseite stimmt.

Lässt sich kein Kompromiss finden, ergeht eine Mehrheitsentscheidung. Nach § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG ist dabei »nach billigem Ermessen« unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der betreffenden Arbeitnehmer zu entscheiden. Dieser sog. **Spruch der Einigungsstelle** kann von der unterlegenen Seite beim Arbeitsgericht angefochten werden. Neben Rechtsverstößen kann dabei insbesondere auch gerügt werden, dass das Ermessen in einseitiger Weise ausgeübt wurde.

**Beispiel:** Die Einigungsstelle lehnt die vom Betriebsrat gewollte Kurzarbeit ab und stützt sich dabei ausschließlich auf die Erwägung, nach einem erfolgreichen Personalabbau würde sich leichter ein Käufer für den Betrieb finden. Die Arbeitsplatzinteressen der Beschäftigten werden überhaupt nicht berücksichtigt.

Die **Kosten der Einigungsstelle** trägt der Arbeitgeber. Der Vorsitzende vereinbart üblicherweise ein Pauschalhonorar (z.B. 5000 Euro) oder rechnet auf der Basis von Stundensätzen ab, die sich zwischen 50 und 400 Euro bewegen. Beisitzer, die keine Arbeitnehmer des Betriebes sind, können ein Honorar in Höhe von  $\frac{7}{10}$  der dem Vorsitzenden bezahlten Vergütung verlangen.

### 3. Verletzung der Beteiligungsrechte durch den Arbeitgeber

Was geschieht, wenn der Arbeitgeber die Betriebsratsbefugnisse nicht zur Kenntnis nimmt und selbstherrlich Entscheidungen trifft, wie wenn es kein BetrVG gäbe?

**Beispiele:** Eine Zweigstelle wird ohne jede Vorankündigung geschlossen und das Mobiliar am Wochenende abtransportiert. Der Belegschaft wird samt dem dort bestehenden Betriebsrat Hausverbot erteilt. Oder: Der Arbeitgeber ordnet für eine bestimmte Abteilung Überstunden an, obwohl der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht besitzt.

In Extremfällen kann das Strafrecht helfen. Die bewusste Missachtung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats ist nach § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG **strafbar**. Der Strafantrag kann sowohl vom Betriebsrat als auch von jeder im Betrieb vertretenen Gewerkschaft gestellt werden. Eine Verurteilung scheidet allerdings meist daran, dass das »bewusste« Beiseiteschieben des Betriebsrats nicht bewiesen werden kann.

Bei der handstreichartigen Schließung der Filiale würden die Gerichte allerdings voraussichtlich den Vorsatz bejahen.

Auch besteht die Schwierigkeit, dass man dabei oft nicht den Arbeitgeber oder den Geschäftsführer persönlich, sondern eine nachgeordnete Person trifft.

Als der Arbeitgeber merkt, dass die Staatsanwaltschaft Ernst machen will, gibt ein leitender Angestellter zu, die Filiale ohne Rücksprache mit dem Arbeitgeber geschlossen zu haben. Der eigentlich Verantwortliche ist aus dem Schneider und wird sich vermutlich erkenntlich zeigen ...

Wichtiger ist deshalb, dass man **den Arbeitgeber selbst durch einstweilige Verfügung verpflichtet kann, das mitbestimmungswidrige Verhalten wieder rückgängig zu machen.**

Die Zweigniederlassung muss fortgeführt werden, bis ausreichend über einen Interessenausgleich verhandelt wurde (dazu unten X 2). Überstunden dürfen erst geleistet werden, wenn der Betriebsrat (oder die Einigungsstelle) zugestimmt hat.

Ob eine solche einstweilige Verfügung zulässig ist, war lange Zeit kontrovers. Die Diskussion konzentriert sich auf den sog. **Unterlassungsanspruch**: Kann der Betriebsrat vom Arbeitgeber verlangen, keine einseitigen Handlungen in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten vorzunehmen? Der Erste Senat des BAG verneinte dies im Jahre 1983, revidierte jedoch seine Position im Jahre 1994. Seither kann der Arbeitgeber durch einstweilige Verfügung des Arbeitsgerichts gezwungen werden, die mitbestimmungswidrige Maßnahme zurückzunehmen und ein entsprechendes Verhalten in Zukunft zu unterlassen.

## **VIII. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten**

Das »**Herzstück der Betriebsverfassung**« ist die in den 13 Ziffern des § 87 BetrVG zusammengefasste Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten. Sie bildet in der Praxis den Schwerpunkt der Betriebsratstätigkeit. Skizzieren wir die einzelnen Fallgruppen.

### **1. Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb (Nr. 1)**

Nach dieser Vorschrift benötigt der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats, wenn er etwa Stechuhren oder eine Torkontrolle einführen, ein **Rauchverbot** erlassen, jeden Alkoholkonsum im Betrieb ausschließen oder das Abstellen von

Arbeitnehmer-Fahrzeugen einer »Parkplatzordnung« unterwerfen will. Außerdem erstreckt sich Nr. 1 auch auf die systematische Durchführung von Mitarbeitergesprächen, bei denen über **Zielvereinbarungen**, also darüber verhandelt wird, welche Ziele der einzelne Beschäftigte im Laufe eines Jahres erreichen soll und welchen Bonus er dafür erhält. Das Arbeitsverhalten selbst (»Wann ist welche Aufgabe zu erledigen?«) ist nicht erfasst, doch gehört das **Tragen von Namensschildern** nicht notwendigerweise zur Arbeit und ist deshalb mitbestimmungspflichtig. Dasselbe gilt, wenn aus Gründen der Geheimhaltung das Mitbringen von **Fotohandys** untersagt wird.

Die Mitbestimmung des Betriebsrats ist nicht davon abhängig, auf welchen rechtlichen Wegen der Arbeitgeber die angesprochenen Fragen regeln will. Ob er eine förmliche Betriebsordnung erlässt, ob er sämtlichen Arbeitnehmern einheitliche Anweisungen erteilt oder ob er in alle Arbeitsverträge entsprechende Klauseln aufnimmt, ist im Rahmen der Mitbestimmung nach § 87 völlig gleichgültig. Keine Rolle spielt es auch, wenn **nicht alle** Arbeitnehmer, sondern **nur eine bestimmte Gruppe** wie die in einer Werkshalle oder an einem bestimmten Fließband Tätigen erfasst sind.

Nur: Betrifft die Weisung einen einzelnen Arbeitnehmer, wird ihm verboten zu rauchen oder seinen Wagen auf dem Betriebsgelände abzustellen, so kann der Betriebsrat nicht mitreden. Diese **Ausklammerung des Einzelfalls** führt dazu, dass man nicht von wirklicher Gleichberechtigung sprechen kann: Die Möglichkeit, über die Anwendung einer »paritätisch ausgehandelten« Arbeitsordnung im Einzelfall allein entscheiden zu können, gibt dem Arbeitgeber ein Übergewicht; er behält gewissermaßen trotz demokratischer Gesetzgebung die Exekutivgewalt und drängt den Arbeitnehmer damit in die unangenehme Rolle dessen, der einen Verstoß beweisen muss. Sinnvollstes **Gegenmittel** des Betroffenen ist eine **Beschwerde**, über deren Berechtigung nach § 85 Abs. 2 BetrVG in letzter Instanz die Einigungsstelle zu entscheiden hat. Gleichzeitig kann der Betriebsrat von seinem (im Mitbestimmungsrecht immer enthaltenen) Initiativrecht Gebrauch machen und eine Änderung der bisherigen Regelung verlangen, um in Zukunft Meinungsverschiedenheiten zu vermeiden.

## 2. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit

## **einschließlich der Pausen sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage (Nr. 2)**

Der Mitbestimmung unterliegt nach Nr. 2 der Übergang von der Sechs- zur Fünf- und von der Fünf- zur Vier-Tage-Woche. Erfasst wird unbestrittenermaßen auch die Einführung und der Abbau von **Schichtarbeit**.

Wichtig ist die Mitbestimmung bei **flexibler Arbeitszeit**. Sie erstreckt sich u. a. auf die Einführung, Ausgestaltung und Abschaffung von **Gleitzeit** (bei der der Arbeitnehmer frei bestimmen kann, wann er mit der Arbeit beginnt und aufhört, sofern er nur die „Kernzeiten“ z. B. zwischen 10 und 14 Uhr einhält). Auch die Einführung von Rufbereitschaft ist nicht ohne Zustimmung des Betriebsrats bzw. Spruch der Einigungsstelle möglich. Dasselbe gilt für die Vereinbarung von **»Arbeit nach Arbeitsanfall«**; die Mitbestimmung erstreckt sich insoweit u. a. auf die Mindestdauer des Arbeitseinsatzes pro Tag, auf die Anzahl der Arbeitstage und auf die Zeiten der Rufbereitschaft. Soll also eine Verkäuferin im Supermarkt nur eingesetzt werden, wenn besonders viele Kunden da sind, so wäre es für sie unzumutbar, zu bestimmten Zeiten des Tages immer auf einen Telefonanruf zu warten, der dann möglicherweise gar nicht kommt. Hier kann der Betriebsrat dafür sorgen, dass die Wartezeit nicht wesentlich länger als die bezahlte Arbeitszeit sein darf.

§ 87 Abs. 1 Nr. 2 bezieht auch die (unbezahlten) **Pausen** ein; mitbestimmungspflichtig ist nicht nur ihre Lage, sondern auch ihre Dauer. Nach dem Gesetz betragen sie bei Arbeitszeiten zwischen 6 und 9 Stunden 30 Minuten, bei längerer Arbeitszeit 45 Minuten.

Beginn und Ende der Arbeitszeit müssen nicht mit den gesetzlich zugelassenen Ladenöffnungs- oder allgemeiner: **Betriebsnutzungszeiten** übereinstimmen. Der Betriebsrat kann also beispielsweise durchsetzen, dass die Buchhandlung um 19 Uhr geschlossen wird, obwohl sie bis 22 Uhr geöffnet sein könnte. Die unternehmerische Betätigungsfreiheit ist insoweit eingeschränkt, was das BVerfG gebilligt hat.

Die Rechtsprechung schützt das Mitbestimmungsrecht auch gegen Umgehungen.

**Beispiel:** Betriebsrat und Arbeitgeber einigen sich nicht über die Durchführung von Reinigungs- und Wartungsarbeiten an einer Maschine außerhalb der betrieblichen

Arbeitszeit. Der Arbeitgeber vergibt daraufhin einen »Reinigungs- und Wartungsauftrag« an eine Fremdfirma, die mit den mit der Maschine vertrauten Arbeitnehmern zusätzliche Arbeitsverträge abschließt. Landesarbeitsgericht Frankfurt: Unzulässig, der Betriebsrat kann Unterlassung verlangen.

### **3. Vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit (Nr. 3)**

Auch die Anordnung von **Überstunden** und **Kurzarbeit** ist mitbestimmungspflichtig. Die Bezugnahme auf die »betriebsübliche« Arbeitszeit macht freilich deutlich, dass auch hier ein **»kollektiver Bezug«** vorhanden sein muss. Dieser wird vom BAG allerdings sehr schnell bejaht; so greift das Mitbestimmungsrecht ein, wenn zwar nur ein einzelner Arbeitnehmer Überstunden leisten muss, der Anlass jedoch ein betrieblicher (und nicht ein Wunsch des Betroffenen) ist.

**Beispiel:** Durch Krankheit eines Mitarbeiters bleibt Arbeit liegen. Auch wenn nur Überstunden eines einzelnen Arbeitskollegen in Frage stehen: Mitbestimmung zu bejahen. Der kollektive Bezug wird nicht zuletzt daran deutlich, dass auch die Einstellung einer Ersatzkraft in Betracht kommen könnte.

Das Mitbestimmungsrecht wird im Übrigen nicht dadurch berührt, dass der betreffende Arbeitnehmer freiwillig Mehrarbeit leisten will.

Auch das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist gegen **Umgehungen** geschützt; versucht der Arbeitgeber, eine Verleihfirma einzuschalten, die das für die Überstunden vorgesehene Arbeitsquantum übernimmt, so kann ihm der Betriebsrat dies im Wege der einstweiligen Verfügung verbieten lassen.

### **4. Zeit, Ort und Art der Auszahlung der Arbeitsentgelte (Nr. 4)**

Der Mitbestimmung und damit auch dem Initiativrecht des Betriebsrats unterliegt der Übergang vom Wochen- zum Monatslohn sowie die **Einführung der bargeldlosen Zahlung des Entgelts**. Für diesen Fall kann er des engen Sachzusammenhangs wegen die Erstattung von **Kontoführungsgebühren** verlangen.

### **5. Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans sowie die Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer, wenn zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird (Nr. 5)**

Der Betriebsrat hat hier Koordinierungsfunktion (wer darf wann in Urlaub?) und darf mitentscheiden, wenn verschiedene Arbeitnehmer im selben Zeitraum in Urlaub gehen wollen, dies jedoch mit den betrieblichen Erfordernissen nicht in Einklang steht.

## **6. Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen (Nr. 6)**

Mit diesem 1972 eingeführten Mitbestimmungsrecht hat der Gesetzgeber die BAG-Rechtsprechung zum früheren Recht korrigiert, die die Installierung eines **Produktographen** für mitbestimmungsfrei erklärt hatte. Mit Hilfe eines solchen Geräts konnte der Arbeitgeber den an einer Maschine beschäftigten Arbeitnehmer zwingen, durch Druck auf eine von insgesamt fünf Tasten in jedem Moment den Grund für den Stillstand der Maschine anzugeben. Obwohl dies zu einem Wegfall jeder (inoffiziellen) Verschnaufpause und zu einem totalen Überwachungssystem führt, hatte das BAG auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken, da derjenige, der sich in ein Arbeitsverhältnis begeben, sich insoweit eben auch der Kontrolle durch den Arbeitgeber unterwerfe; das Ganze dürfe lediglich nicht in ein (nicht näher beschriebenes) **Antreibersystem** ausarten.

Erscheinungen dieser Art soll es nur noch mit Zustimmung des Betriebsrats oder der Einigungsstelle, d.h. nur in Ausnahmefällen geben. Mit Recht hat das BAG neben Produktographen auch Multimoment-Filmkameras, die in regelmäßigen Abständen Aufnahmen von Arbeitsplätzen machen, unter § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG eingeordnet, und erst recht wird eine dauernde Kontrolle durch **Videokameras** erfasst, die jedoch aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes nur ganz ausnahmsweise (etwa bei schwerem Verdacht strafbarer Handlungen) zulässig ist.

Durch die zunehmende Einführung von Informationstechnologien sind neben diesen »groben« Formen von Kontrolle zahlreiche andere Mechanismen getreten, die den Personalabteilungen zusätzliche Daten über Leistung und Verhalten von Arbeitnehmern verschaffen: Aus- und Einschalten eines Geräts werden gespeichert, ebenso das verbrauchte Material, aber auch die von einem bestimmten Apparat aus geführten Telefongespräche – Vorgänge, aus denen je nach den konkreten Umständen des Falles Rückschlüsse auf das Verhalten einzelner Beschäftigter möglich sind.

**EDV-gestützte Personalinformationssysteme** enthalten zahlreiche personenbezogene Daten, die beliebig miteinander verknüpft werden können, so dass ein umfassendes Persönlichkeitsbild praktisch jedes Arbeitnehmers in Sekundenschnelle abrufbar ist. Selbst medizinische Befunde werden in großem Umfang festgehalten (obwohl dies ohne Einwilligung des Betroffenen nicht erlaubt ist). Besonderes Interesse haben die mit **Bildschirmarbeitsplätzen** verbundenen Kontrollmöglichkeiten gefunden. Der potentielle Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat sich dadurch enorm ausgeweitet – eine zunächst relativ unproblematisch erscheinende Vorschrift geriet so in den Mittelpunkt arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen.

Die Anwendung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auf diese neuartigen Tatbestände trägt dem **Grundgedanken** der Vorschrift Rechnung, die den allgemeinen (individualrechtlichen) **Persönlichkeitsschutz** ergänzen soll, um unzulässige Eingriffe zu verhindern und zulässige auf das unbedingt Notwendige zu beschränken. Im Zweifel ist derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, die dieses Ziel am ehesten realisiert.

Die Rechtsprechung des BAG hat sich im Wesentlichen an diesen Grundsatz gehalten. Schon die **objektive Möglichkeit zur Kontrolle reicht** für die Anwendbarkeit des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG aus. Eine (schwer beweisbare) Überwachungsabsicht muss nicht vorliegen. Mitbestimmungsfrei sind allein Einrichtungen, die wie etwa Warnlampen, Drehzahlmesser u. Ä. ausschließlich das Funktionieren von Maschinen überwachen (können).

Mitbestimmungspflichtig ist nicht nur die Erhebung von personenbezogenen Daten durch technische Einrichtungen,

**Beispiel:** Beim Betreten und Verlassen des Betriebsgeländes muss ein maschinenlesbarer Ausweis benutzt werden, der persönliche Daten enthält: die erfassten Zeiten werden auf Datenträger genommen und bleiben dort zwei Jahre lang gespeichert.

sondern auch die **Auswertung manuell erhobener Daten** mit Hilfe der EDV.

**Beispiel:** Die Arbeitnehmer füllen jeden Tag einen Berichtsbogen aus, der mit Hilfe eines Computers ausgewertet wird.

Maßgebend hierfür ist die Erwägung, dass die für die Persönlichkeit des

Arbeitnehmers entstehenden Gefahren vergleichbar groß wie bei der maschinellen Erfassung sind: Die fast unbegrenzten Speicherkapazitäten, die jederzeitige Verknüpfbarkeit der Informationen mit anderen betriebsinternen Datensammlungen, die beliebige Abrufbarkeit aller Informationen, ihre Isolierung vom ursprünglichen sozialen Kontext – dies alles gilt genauso, wenn nicht schon bei der Erfassung, sondern erst bei der Verarbeitung das Medium EDV benutzt wird.

Verhalten und Leistung von Arbeitnehmern werden auch dann erfasst, wenn nur **mittels zusätzlicher Hilfsmittel** wie einer Anwesenheitsliste **rückgeschlossen** werden kann, welche Person im konkreten Fall für die aufgezeichneten Vorgänge verantwortlich war.

**Beispiel:** Zu einem Telefonapparat haben drei Personen Zugang. Lässt sich aufgrund von Krankmeldungen, Beurlaubungen usw. feststellen, dass in einem bestimmten Zeitraum nur eine Person im Büro sein konnte, so hat die Telefondatenerfassung (Dauer des Gesprächs, angerufene Nummer usw.) Kontrollcharakter und unterliegt daher der Mitbestimmung.

Ist dies nicht der Fall, weil eine größere Anzahl von Arbeitnehmern freien Zugang zu dem Gerät hat, scheidet auch § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG aus.

Technisierte Kontrolle wird immer häufiger auch dadurch ausgeübt, dass Arbeitnehmer mit Hilfe bestimmter körperlicher Merkmale, z.B. eines **Fingerabdrucks** identifiziert werden. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats greift auch dann ein, wenn der Arbeitgeber von einzelnen Beschäftigten verlangt, sich entsprechenden Kontrollen in einem Kundenbetrieb zu unterziehen. Beim Außendienst besteht überdies die Gefahr, dass über GPS und Handy-Ortung ein **Bewegungsprofil** erstellt wird.

## **7. Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften (Nr. 7)**

Der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz ist durch zahlreiche Vorschriften sichergestellt, die einen weiten Beurteilungsspielraum lassen. Beispielsweise ist der Arbeitgeber verpflichtet, an jedem Arbeitsplatz eine Gefährdungsanalyse durchzuführen, doch ist nicht festgelegt, nach welchen konkreten Gefahren geforscht und welche Situation zugrunde gelegt werden soll. Hier kann der Betriebsrat mitbestimmen und ggf. auch eigene Vorstellungen durchsetzen.

## **8. Form, Ausgestaltung und Verwaltung von Sozialeinrichtungen, deren Wirkungsbereich auf den Betrieb, das Unternehmen oder den Konzern beschränkt ist (Nr. 8)**

Seinem Gegenstand nach bezieht sich dieses Mitbestimmungsrecht auf »Einrichtungen«, d.h. mehr oder weniger verselbständigte Vermögensgegenstände und Organisationen, die wie z.B. **Pensionskassen**, Kantinen, **Kindergärten**, Sportplätze, Bibliotheken und Erholungsheime den Interessen der Arbeitnehmer dienen. Betriebsräte kümmern sich in der Regel stark um diesen Bereich, zumal sie grundsätzlich auch bei **Einzelentscheidungen** der Verwaltung **mitbestimmen** dürfen. Auf freiwilliger Basis kann dem Betriebsrat sogar die alleinige Verwaltung überlassen werden.

Auf der anderen Seite werden gerade hier die Grenzen seines Handelns besonders deutlich: Dem **Arbeitgeber** steht es frei, nicht nur keine Kantine oder keinen Werkskindergarten einzurichten, sondern auch eine schon bestehende Einrichtung dieser Art **nach eigenem Ermessen wieder zu schließen**; der Betriebsrat hat dabei nicht einmal ein Mitwirkungsrecht. Zum zweiten hat er keine rechtliche Möglichkeit, die finanziellen Zuwendungen des Arbeitgebers zu vergrößern; die »Dotierung« einer Einrichtung zählt nicht zur Verwaltung. So können zwar die Essenspreise in der Kantine herabgesetzt werden, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die Getränkepreise entsprechend steigen oder die Qualität des Essens sinkt. Dass in der Praxis auf »freiwilliger« Basis meist mehr erreicht wird und die Abschaffung von Sozialeinrichtungen eine absolute Ausnahmeerscheinung darstellt, hat seinen »außerjuristischen« Grund z. T. in der Kampfkraft der Belegschaft, z. T. in dem Bestreben vieler Arbeitgeber, durch soziale Zugeständnisse das Betriebsklima und damit auch die Arbeitsproduktivität zu verbessern und außerdem in der Öffentlichkeit als sozial zu gelten. Dies schließt jedoch nicht aus, dass im Konfliktfall dem Betriebsrat mit aller Deutlichkeit vor Augen geführt wird, wer in diesem Bereich der Stärkere ist.

## **9. Zuweisung und Kündigung von Wohnräumen, die den Arbeitnehmern mit Rücksicht auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses vermietet werden, sowie die allgemeine Festlegung der Nutzungsbedingungen (Nr. 9)**

Der hier vorliegende Sonderfall der Nr. 8 trägt u. a. der Tatsache Rechnung, dass der Inhaber einer Werksmietwohnung einerseits oft privilegiert, andererseits jedoch

doppelt vom Arbeitgeber abhängig ist. Das auch auf den Einzelfall bezogene Mitbestimmungsrecht unterliegt denselben Grenzen wie nach Nr. 8; einer sofortigen Entziehung der bisher gewährten Leistung durch den Arbeitgeber steht allerdings das Mieterschutzrecht entgegen. Wird ohne Zustimmung des Betriebsrats gekündigt, so ist die Kündigung schon deshalb unwirksam.

#### **10. Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und die Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung (Nr. 10)**

Soweit die bestehenden Tarifverträge einen Spielraum gelassen und nicht etwa das Verfahren der Lohnfindung abschließend geregelt haben, sollen Arbeitgeber und Betriebsrat gemeinsam über Grundsätze und Methoden der Lohnbestimmung entscheiden. Unter »**Grundsätzen**« versteht man dabei die fundamentalen Unterscheidungen zwischen Zeitlohn, Akkordlohn und Prämienlohn, unter »**Methoden**« die im Einzelnen angewandten Verfahren wie MTM. Die Lohnfestsetzung gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer fällt nach allgemeiner Auffassung jedoch nicht unter Nr. 10, so dass genau wie bei Nr. 1 die »Exekutivgewalt« beim Arbeitgeber liegt.

Auch soweit kein Tarifvertrag eingreift, ermächtigt Nr. 10 den Betriebsrat nicht zu einer eigenständigen Lohnpolitik. Anders als im Fall der Nr. 11 kann er nicht über die Höhe der dem Arbeitnehmer zustehenden Vergütung mitbestimmen oder gar ein Initiativrecht zugunsten einer bisher nicht gezahlten Zulage für sich in Anspruch nehmen. Dies würde Nicht mehr unter „Entlohnungsmethoden“ oder „Entlohnungsgrundsätze“ fallen.

Der Begriff »Lohn« ist in einem weiten Sinne als Gesamtheit der vom Arbeitgeber gewährten Vergütung zu verstehen und ergreift deshalb auch **Zusatzleistungen** wie die Gewährung verbilligter Flugscheine oder von Mietzuschüssen, die nicht oder nur ausnahmsweise tariflich geregelt sind. Hauptanwendungsgebiet des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG sind deshalb **Ertragsbeteiligungen, Zulagen und andere betriebliche Sozialleistungen**, insbesondere die betriebliche Altersversorgung. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erstreckt sich dabei nicht auf die Gesamthöhe, sondern lediglich auf die **Art und Weise der Verteilung**. Will etwa der

Arbeitgeber eine Zulage nur teilweise abbauen und das restliche Volumen nach anderen als den bisherigen Kriterien aufteilen, benötigt er die Zustimmung des Betriebsrats. Solange diese nicht vorliegt oder ersetzt ist, wirkt die bisherige Regelung nach.

#### **11. Festsetzung der Akkord- und Prämiensätze und vergleichbarer leistungsbezogener Entgelte, einschließlich der Geldfaktoren (Nr. 11)**

Mit Nr. 11 wird ein besonders wichtiger Fall aus dem Gesamtbereich der Nr. 10 herausgehoben. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist insofern stärker arbeitsplatzbezogen, als auch Akkordsätze, die sich nur auf ein einzelnes Vorhaben oder einen einzelnen Arbeitsplatz beziehen, erfasst sind, doch bleibt die **individuelle Lohnberechnung** weiterhin **mitbestimmungsfrei**. Bei **Zielvereinbarungen**, deren Erfüllung Auswirkungen auf die Vergütung hat, besitzt der Betriebsrat nach der Rechtsprechung des BAG ein auch die Einzelfälle umfassendes **Informationsrecht** und ein Mitbestimmungsrecht nach Nr. 11.

#### **12. Grundsätze über das betriebliche Vorschlagswesen (Nr. 12)**

Das seit 1972 bestehende Mitbestimmungsrecht bezieht sich auf Verbesserungsvorschläge auf technischem, organisatorischem, kaufmännischem und sozialem Gebiet. Erfindungen unterliegen allerdings den Sonderregeln des Arbeitnehmererfindungsgesetzes. Nr. 12 erstreckt sich gleichfalls **nicht** auf die **finanzielle Gegenleistung** des Arbeitgebers, doch schließt dies nicht aus, dass auch über sie verhandelt wird. Die Entscheidung über die Frage, ob ein Vorschlag wirtschaftlich verwertbar ist, kann einer **paritätischen Kommission** überlassen werden. Viele Unternehmen sehen für Verbesserungsvorschläge freiwillig die Zahlung von (zum Teil sehr hohen) Prämien vor.

#### **13. Grundsätze über die Durchführung von Gruppenarbeit (Nr. 13)**

Das 2001 neu eingeführte Mitbestimmungsrecht betrifft nur die sog. **teilautonome Gruppenarbeit**, die in der Bestimmung definiert ist. Ihre Einführung bleibt dem Arbeitgeber überlassen; lediglich bei den »Grundsätzen der Durchführung« kann der Betriebsrat mitbestimmen. Die praktische Bedeutung der Vorschrift ist gering.

#### **14. Gesetzes- und Tarifvorbehalt**

Die hier skizzierten Mitbestimmungsrechte gelten nach der Eingangsformulierung des § 87 BetrVG nur, »soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht«. Ist daher eine bestimmte Materie einer sehr detaillierten Regelung unterworfen worden, besitzt der Betriebsrat nur noch wenig oder keinen Spielraum mehr.

**Beispiel:** Soweit § 57a StVZO (=Straßenverkehrszulassungsordnung) zur Installierung eines Fahrtenschreibers (der die gefahrene Zeit festhält) verpflichtet, versagt das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Anders, wenn diese Vorschrift nicht eingreift und der Arbeitgeber das Gerät aus eigenem Entschluss anbringen will.

Zu beachten ist, dass dieser Vorrang nur bei abweichender inhaltlicher Regelung gilt; ein **Tarifvertrag**, der lediglich andere Entscheidungszuständigkeiten setzt, z.B. **den Arbeitgeber zur einseitigen Anordnung** von Kurzarbeit **ermächtigt**, geht dem Mitbestimmungsrecht nicht vor.

## **IX. Beteiligung in personellen Angelegenheiten**

Während bei sozialen Angelegenheiten die Mitbestimmungsrechte dominieren, geht es bei personellen Angelegenheiten vorwiegend um Anhörung und Mitwirkung. Im Einzelnen muss man unterscheiden zwischen der allgemeinen Personalplanung, der Vornahme konkreter Planungsmaßnahmen und Einzelakten wie Einstellung, Versetzung und Kündigung.

### **1. Die Einschaltung des Betriebsrats in die Personalplanung**

Anders als bis 1972 ist die Planung des Personalbedarfs, der Personalbeschaffung und des Personalabbaus keine ausschließliche Unternehmerangelegenheit mehr. § 92 Abs. 1 BetrVG sieht eine rechtzeitige und umfassende Unterrichtung des Betriebsrats und eine **gemeinsame Beratung** darüber vor, von welcher Art und welchem Umfang die erforderlichen Maßnahmen sind und wie Härten vermieden werden können. Nach § 92 Abs. 2 BetrVG kann der Betriebsrat auch von sich aus die Einführung einer Personalplanung vorschlagen. Ziel aller dieser Regelungen ist es, die Arbeitnehmerinteressen möglichst frühzeitig einzubringen und so einer Verabsolutierung des Gewinnmaximierungsprinzips und den daraus folgenden betrieblichen Konflikten vorzubeugen. »Einbringen« bedeutet allerdings auch nicht ansatzweise »Durchsetzen«; der Arbeitgeber kann das Votum des Betriebsrats im

Papierkorb verschwinden lassen. Dies gilt auch für die in § 92 Abs. 3 BetrVG erwähnten Maßnahmen zur Förderung der **Gleichstellung von Frauen und Männern**.

## 2. Mitbestimmung bei konkreten Planungsmaßnahmen

### a) Die innerbetriebliche Ausschreibung

Nach § 93 BetrVG kann der Betriebsrat verlangen, dass freie Arbeitsplätze vor ihrer Besetzung innerbetrieblich ausgeschrieben werden. Macht er von diesem Recht Gebrauch, erleichtert er nicht nur betriebsinterne Karrieren (Motto: **Aufstieg vor Einstieg**), sondern trägt auch dem berechtigten Bedürfnis einzelner Arbeitnehmer Rechnung, eine ungünstigere, belastende Arbeitsumgebung mit einer ihren persönlichen Bedürfnissen stärker entsprechenden zu vertauschen.

### b) Die Verwendung von Personalfragebögen

Manche Arbeitgeber entwickeln ein enormes Maß an Informationsbedürfnis, wenn es um die Neueinstellung von Arbeitnehmern geht. So wird von formularmäßigen Fragen nach Vorstrafen, nach Geschlechtskrankheiten, nach der Religionszugehörigkeit des Ehegatten und nach Freizeitbeschäftigungen berichtet. Um Erscheinungen dieser Art auszuschließen und eine auf objektiven Unterlagen aufbauende Personalplanung zu erleichtern, hat der Gesetzgeber daher dem Betriebsrat ein **Mitbestimmungsrecht** bei der Einführung von Personalfragebögen gewährt (§ 94 Abs. 1 BetrVG). Zur Vermeidung von Umgehungen bezieht § 94 Abs. 2 BetrVG auch die persönlichen Angaben in vorgedruckten (oder sonstwie vervielfältigten) Arbeitsverträgen mit ein. Sinnvollerweise muss das Mitbestimmungsrecht auf solche Fragebögen erstreckt werden, die nicht vom Bewerber ausgefüllt werden, sondern nur der Personalabteilung als **Unterlage für das Einstellungsgespräch** dienen. Mit erfasst sind **medizinische Checklisten** für Einstellungsuntersuchungen, zumal die ärztliche Schweigepflicht dann keinen Schutz bietet, wenn der Bewerber »freiwillig« auf sie verzichtet.

Das reale oder vorgetäuschte Informationsbedürfnis des Arbeitgebers kann sich auch auf **die schon beschäftigten Arbeitnehmer** beziehen; § 94 BetrVG erfasst diesen Fall ebenso. Mitbestimmungspflichtig war daher der folgende Brief, den ein

Bremer Betrieb an mehrere Mitarbeiter geschickt hatte:

»Bei Durchsicht Ihrer Fehlkarten für die Zeit ab 1. 1. ... ist uns aufgefallen, dass Sie an ... Tagen aus Krankheits- oder anderen Gründen nicht anwesend waren.

Bitte lassen Sie unsere Personalabteilung bis spätestens ... wissen, worauf diese Fehlzeiten zurückzuführen sind, und ob wir davon ausgehen können, dass Sie künftig Ihren Aufgaben und Arbeiten – soweit man das voraussehen kann – beständiger nachgehen können«

Gleichgültig ist, dass es sich nur um eine **Einzelfrage** handelte, da der dem § 94 BetrVG zugrunde liegende Gedanke des Arbeitnehmerschutzes auch hier zutrifft.

### c) Die Mitbestimmung bei Auswahlrichtlinien

Ein relativ bedeutsames Mitbestimmungsrecht gewährt § 95 BetrVG, der den Betriebsrat an der Erstellung von Richtlinien über die personelle Auswahl bei **Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen** beteiligt. Ausnahmsweise wird dabei zwischen einem bloßen Zustimmungsrecht und einer vollen Mitbestimmung einschließlich Initiativrecht unterschieden: Bei Betrieben bis zu 500 Arbeitnehmern bedarf der Arbeitgeber zum Erlass von Richtlinien der Einwilligung des Betriebsrats, kann jedoch frei entscheiden, ob er überhaupt solche Richtlinien aufstellen will. In **Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern** kann der Betriebsrat dagegen von sich aus aktiv werden und den Erlass von Richtlinien auch gegen den Willen des Arbeitgebers notfalls mit Hilfe der Einigungsstelle erzwingen.

Was den möglichen **Inhalt** der **Richtlinien** betrifft, so können die fachlichen, persönlichen und sozialen Gesichtspunkte für Einstellungen und Versetzungen einschließlich Beförderungen festgelegt werden. Zum fachlichen Bereich zählt etwa die für den betreffenden Arbeitsplatz gewünschte Qualifikation, zum persönlichen Bereich die Betriebszugehörigkeit, zum sozialen Bereich die Bevorzugung besonders benachteiligter Arbeitnehmergruppen.

**Beispiel:** Bei gleicher Eignung haben Betriebsangehörige grundsätzlich den Vorzug vor fremden Bewerbern. Bei mehreren gleich qualifizierten innerbetrieblichen Bewerbern entscheidet die Dauer der Betriebszugehörigkeit.

**Oder:** Bei gleicher Eignung ist einem schwerbehinderten Bewerber der Vorrang zu geben.

**Oder:** Bestehen nach Auffassung des Landesamts für Verfassungsschutz Sicherheitsbedenken gegen einen Bewerber, scheidet er automatisch aus

Selbstredend ist es auch möglich, einem dieser Gesichtspunkte den Vorrang vor den anderen einzuräumen.

**Beispiel:** Es sind bevorzugt Frauen einzustellen, es sei denn, ein sich um denselben Arbeitsplatz bewerbender Mann sei offensichtlich besser qualifiziert.

**Kündigungsrichtlinien** haben in den vergangenen Jahren erhebliche Bedeutung gewonnen. Wird aus betrieblichen Gründen gekündigt, so muss zwischen vergleichbaren Arbeitnehmern eine Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten stattfinden. Dabei sind Lebensalter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und die Eigenschaft als Schwerbehinderter zu berücksichtigen. Wie man diese Kriterien zu gewichten hat, ist unsicher und kann in Richtlinien festgelegt werden, die z. B. ein Punkteschema vorschreiben. Weiter können unter bestimmten Voraussetzungen die zu entlassenden Arbeitnehmer in einer sog. **Namensliste** festgehalten werden. In beiden Fällen ist die arbeitsgerichtliche Kontrolle weniger intensiv als im Normalfall: Nur bei „grober Fehlerhaftigkeit“ der Auswahlkriterien oder der Einbeziehung einer bestimmten Person in die Namensliste ist auf Initiative des Betroffenen noch eine nachträgliche Korrektur möglich.

### 3. **Beteiligung an so genannten personellen Einzelmaßnahmen**

#### a) **Das Vetorecht des § 99 BetrVG**

Der Betriebsrat besitzt **kein volles Mitbestimmungsrecht** bei Einstellungen, Eingruppierungen, Umgruppierungen und Versetzungen. Vielmehr ist er darauf beschränkt, einzelnen vom Arbeitgeber beabsichtigten Maßnahmen aus bestimmten Gründe widersprechen zu können. Von sich aus kann er keine Einstellung oder Versetzung zu erzwingen.

#### (1) Die **erfassten Maßnahmen** sind:

◆ **Einstellungen.** Darunter ist die Zuweisung eines bestimmten Arbeitsbereichs durch den Arbeitgeber zu verstehen. Der Abschluss eines **Arbeitsvertrags** ist als solcher **nicht mitbestimmungspflichtig**. Auch die meist vorübergehende Aufnahme von Leiharbeitnehmern in den Betrieb ist erfasst.

◆ **Eingruppierung**, sei es in die Lohn- oder Gehaltsgruppe eines Tarifvertrags, sei es in die betriebliche Gehaltsordnung z.B. für außertarifliche (=AT-)Angestellte. Änderungen der Arbeitsbedingungen, aber auch Abschluss neuer Tarifverträge können **Umgruppierungen** notwendig machen. Dasselbe gilt dann, wenn einzelne

Arbeitnehmer zu hoch oder zu niedrig eingruppiert waren.

◆ **Versetzung.** Das Recht ist wesentlich insbesondere (aber nicht nur), wenn es um die Zuweisung eines schlechteren Arbeitsplatzes geht. § 95 Abs. 3 BetrVG definiert den **Versetzungsbegriff** unabhängig von arbeitsvertraglichen Abmachungen und versteht darunter jede »**Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs**, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet **oder** die mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist«. Diese Voraussetzung liegt nicht nur dann vor, wenn sich wie im Regelfall der Ort der Arbeit, die zu verrichtende Tätigkeit und die Umgebung ändern.

**Beispiel:** Eine Schreibkraft wird zur Direktionssekretärin befördert; ein Werkzeugmacher wird in eine automatisierte Abteilung versetzt, wo er nur noch ein paar Knöpfe bedienen muss.

Erfasst ist vielmehr auch der Fall, dass der Arbeitnehmer am selben Ort weiterarbeitet, aber einige **zusätzliche Aufgaben** erhält.

**Beispiel:** Ein Angestellter wird vom Arbeitgeber zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten gemacht; die neue Tätigkeit ist zusätzlich zu verrichten und nimmt etwa 20 Prozent seiner Arbeitskraft in Anspruch.

## (2) Rechtsfolgen

Greift § 99 BetrVG aufgrund eines dieser Tatbestände ein, so ist der Betriebsrat über die geplante Maßnahme (d.h. Einstellung usw.) so **erschöpfend zu informieren**, dass er sich über sie eine eigene Meinung bilden kann. Nach der Rechtsprechung sind ihm auch die Unterlagen abgelehnter Bewerber vorzulegen, doch hat er keinen Anspruch darauf, bei einem eventuellen **Einstellungsgespräch** anwesend zu sein.

Der Betriebsrat kann binnen einer Woche nach Erteilung der vollständigen Information der personellen Maßnahme seine Zustimmung zu verweigern. Anders ist im Rahmen des § 87 BetrVG kann er dies allerdings nur tun, wenn einer der folgenden sechs Gründe vorliegt:

- Die Maßnahme **verstößt gegen ein Gesetz** oder einen Tarifvertrag.

**Beispiel:** Einstellung eines Jugendlichen zu verbotener Akkordarbeit (§ 23 JArbSchG); Einstellung als betrieblicher Datenschutzbeauftragter ohne die von § 4f BDSG geforderte Qualifikation.

- Die Maßnahme **verstößt gegen eine Richtlinie** nach § 95 BetrVG.

- Es besteht die »durch Tatsachen begründete **Besorgnis**, dass infolge der personellen Maßnahme **im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer** gekündigt werden oder sonstige **Nachteile erleiden**, ohne dass dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt

ist«. Ist der Auftragseingang rückläufig und bestehen keine konkreten Anhaltspunkte für einen Aufschwung in der allernächsten Zeit, so gefährdet jede Neueinstellung die Arbeitsplätze der schon Beschäftigten; der Betriebsrat kann deshalb seine Zustimmung verweigern.

- Der **betroffene Arbeitnehmer** wird durch die personelle Maßnahme **benachteiligt**, ohne dass dies aus betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen gerechtfertigt ist.

Der Betriebsrat kann so insbesondere sachlich nicht gebotene Versetzungen verhindern, die oftmals als Disziplinierungsmittel eingesetzt werden, aber auch dafür sorgen, dass neueingestellte Arbeitnehmer (z.B. Ausländer) die betriebsüblichen Arbeitsbedingungen erhalten.

- Entgegen § 93 BetrVG ist die **innerbetriebliche Ausschreibung unterblieben** – das Widerspruchsrecht des Betriebsrats macht auch insoweit das Ausschreibungsgebot erst effektiv. - Es besteht die »durch Tatsachen begründete **Besorgnis**, dass der für die personelle Maßnahme in Aussicht genommene Arbeitnehmer den **Betriebsfrieden** durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 Abs. 1 BetrVG enthaltenen Grundsätze **stören** werde«. Mit Recht wird diese Bestimmung eng interpretiert und betont, die »Besorgnis« könne nur auf Tatsachen gestützt werden, die sich auf die Persönlichkeit beziehen, und nicht darauf, dass der Betreffende einer bestimmten Gruppe (wie z. B. einer wenig angesehenen Partei) angehört.

### **(3) Das einzuhaltende Verfahren**

Liegt einer dieser Gründe vor, kann der Betriebsrat binnen einer Woche seine Zustimmung verweigern; bleibt er untätig, gilt dies als Einverständnis. Die Verweigerungserklärung (**»Veto«**) muss **schriftlich** und mit Gründen erfolgen.

Liegt eine ordnungsgemäße Verweigerung der Zustimmung vor, so macht dies die **Maßnahme des Arbeitgebers schwebend**, d.h. bis zur Entscheidung des Arbeitsgerichts **unwirksam**. Der Arbeitgeber muss das Arbeitsgericht anrufen und seinerseits darlegen, weshalb nach seiner Auffassung die vom Betriebsrat vorgetragene Gründe nicht zutreffen. Verzichtet der Arbeitgeber auf die Anrufung des Arbeitsgerichts oder weist dieses seinen Antrag zurück, so wird die Maßnahme endgültig unwirksam; hat der Antrag Erfolg, kann die Maßnahme durchgeführt werden.

Da gerichtliche Entscheidungen bisweilen sehr lange auf sich warten lassen, hat § 100 BetrVG für **Eilfälle** vorläufige personelle Maßnahmen ausdrücklich

zugelassen, dabei jedoch den Betriebsrat ebenfalls eingeschaltet. Übergeht der Arbeitgeber den Betriebsrat oder hält er eine Maßnahme entgegen den im § 100 BetrVG ausdrücklich genannten Beendigungsgründen aufrecht, so kann nach § 101 BetrVG ein **Zwangsgeld** gegen ihn verhängt werden.

## **b) Das Anhörungs- und Widerspruchsrecht bei Kündigungen**

### **(1) Die Anhörung**

**Vor jeder Kündigung** ist der Betriebsrat anzuhören. Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat über alle Umstände informieren, die für die Entscheidung über die Kündigung maßgebend sein können. Dazu gehören die **»Sozialdaten« des betroffenen Arbeitnehmers** wie Alter, Familienstand, Dauer der Betriebszugehörigkeit, da sie bei jeder Kündigung im Rahmen der Abwägung der beiderseitigen Interessen von Bedeutung sein können. Am wichtigsten ist die Angabe der Kündigungsgründe. Da der Betriebsrat in der Lage sein muss, ihre Stichhaltigkeit zu überprüfen, genügen pauschale Formulierungen wie »Auftragsmangel«, »Fehlzeiten« oder »Pflichtverletzung« nicht. Dem Betriebsrat muss vielmehr mitgeteilt werden, warum z.B. gerade der Arbeitsplatz des betroffenen Arbeitnehmers durch die rückläufige Geschäftsentwicklung wegfiel, wie hoch die Fehlzeiten waren, welche Störungen im Betrieb auftraten und ob mit weiteren Erkrankungen zu rechnen ist. Geht es um Pflichtverletzungen, sind die konkreten Vorfälle zu bezeichnen. Bei der sozialen Auswahl sind die Daten aller vergleichbaren Arbeitnehmer anzugeben, also auch solcher, die zunächst gar nicht zur Kündigung vorgesehen sind.

Der Betriebsrat kann innerhalb bestimmter Fristen **reagieren**. Bei der ordentlichen Kündigung steht ihm **eine Woche**, bei der außerordentlichen stehen ihm **drei Tage** zur Verfügung. Bei Massenkündigungen kann die Frist einvernehmlich verlängert werden; weigert sich der Arbeitgeber, kann dies einen Rechtsmissbrauch darstellen. In der Tat verstieße es gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit, hätte der Betriebsrat nicht die Möglichkeit, sich mit jeder konkreten Kündigung eingehend auseinanderzusetzen.

Bleibt der Betriebsrat untätig, gilt dies als Zustimmung.

Nach § 102 Abs. 2 Satz 4 BetrVG »soll« der Betriebsrat **den betroffenen Arbeitnehmer anhören**, doch ist dies in der Praxis häufig nicht der Fall. Dies ist zu

bedauern, da – von Extremfällen einmal abgesehen – eine Verständigung mit dem Betroffenen zu den Mindestanforderungen gehört, die an eine korrekte Interessenvertretung zu stellen sind.

Von Interesse ist die Anhörung des Betriebsrats wegen der **Rechtsfolgen**. Die unterbliebene oder nicht ordnungsgemäß vorgenommene Anhörung **macht die Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam**. Eine nachträgliche Heilung des Mangels ist ausgeschlossen. Auch ist der betroffene Arbeitnehmer insoweit »privilegiert«, als er nach der BAG-Rechtsprechung Weiterbeschäftigung wegen offensichtlich unwirksamer Kündigung verlangen kann und im arbeitsgerichtlichen Verfahren eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 KSchG auf Antrag des Arbeitgebers ausgeschlossen ist.

## **(2) Widerspruchsrecht**

Der Betriebsrat hat das Recht, **ordentlichen, nicht aber außerordentlichen Kündigungen** förmlich zu widersprechen. Voraussetzung ist, dass bestimmte, im Einzelnen durch § 102 Abs. 3 BetrVG festgelegte Gründe vorliegen. Der Widerspruch macht die Kündigung zwar nicht unwirksam, gibt aber dem betroffenen Arbeitnehmer ein Recht auf Weiterbeschäftigung im Betrieb, bis über die von ihm erhobene Kündigungsschutzklage rechtskräftig entschieden ist. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift ist gering, da die Gründe nur sehr selten vorliegen; auf eine nähere Erläuterung wird daher verzichtet.

## **4. Mitwirkung und Mitbestimmung im betrieblichen Bildungswesen**

Als ein wesentlich von der Personalplanung her bestimmtes Sachgebiet wird die Berufsbildung den personellen Angelegenheiten zugerechnet. § 96 Abs. 1 BetrVG verpflichtet Arbeitgeber und Betriebsrat zur **Förderung der Berufsbildung**, insbesondere der Weiterbildung der Arbeitnehmer; auf Verlangen des Betriebsrats hat der Arbeitgeber mit ihm über die damit zusammenhängenden Fragen zu beraten. Dasselbe gilt nach § 97 BetrVG in Bezug auf die »Errichtung und Ausstattung betrieblicher Einrichtungen zur Berufsbildung, die Einführung betrieblicher

Berufsbildungsmaßnahmen und die Teilnahme an außerbetrieblichen Berufsbildungsmaßnahmen«.

Ein **volles Mitbestimmungsrecht** bringt demgegenüber § 97 Abs. 2 BetrVG. Ändert sich die Tätigkeit von Arbeitnehmern aufgrund von Maßnahmen des Arbeitgebers und reichen ihre beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Erfüllung ihrer Aufgaben deshalb nicht mehr aus, so hat der Betriebsrat »bei der Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung« mitzubestimmen. Insbesondere kann er **verlangen** (und notfalls über die Einigungsstelle durchsetzen), **dass** den betroffenen Beschäftigten **Weiterbildungsangebote gemacht** werden, die sie während der Arbeitszeit nutzen können.

**Beispiel:** Der Arbeitgeber führt das System SAP R/3 ein und drückt jedem Arbeitnehmer eine Funktionsbeschreibung in die Hand. Der Betriebsrat kann verlangen, dass die von der Firma SAP empfohlenen (oder gleichwertige) Kurse angeboten werden.

Weiter gewährt § 98 Abs. 1 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht in Bezug auf die »Durchführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung«. Dazu zählen etwa Lehrgänge aller Art, insbesondere solche, die notwendige Kenntnisse für die tägliche Arbeit vermitteln, sowie solche, die eine Zusatzqualifikation verschaffen wollen.

**Beispiel:** Der Arbeitgeber bietet allen AT-Angestellten eine vierzehntägige Fortbildungsveranstaltung »Führungstechnik« an. Mitbestimmungspflichtig.

Die Mitbestimmung erstreckt sich auf die Durchführung von **Abschlussprüfungen**, doch gehen gesetzliche Regelungen vor. Für die zwei wichtigsten Entscheidungstypen besteht eine Sonderregelung:

§ 98 Abs. 2 BetrVG räumt dem Betriebsrat das Recht ein, der **Bestellung einzelner Ausbilder** zu widersprechen oder ihre Abberufung zu verlangen, wenn sie die persönliche oder fachliche Eignung i. S. des BBiG (= Berufsbildungsgesetz) nicht besitzen oder ihre Aufgabe vernachlässigen. Dies könnte Anlass zu vielfältigen Streitigkeiten sein.

§ 98 Abs. 3 BetrVG gibt dem Betriebsrat ein **Vorschlagsrecht bei der Auswahl der Arbeitnehmer**, die an einer vom Arbeitgeber unmittelbar oder mittelbar (z.B. durch Freistellung) geförderten Bildungsmaßnahme teilnehmen, und sieht im Falle unüberbrückbarer Meinungsverschiedenheiten eine Entscheidung durch die

Einigungsstelle vor.

## 5. Vorschläge zur Beschäftigungssicherung

Der 2001 eingefügte § 92a BetrVG gibt dem Betriebsrat das Recht, Vorschläge zur **Sicherung und Förderung** der Beschäftigung zu machen. Diese können sehr vielfältig sein. Das Gesetz nennt als Beispiele u. a. die Förderung von Teilzeitarbeit, die Qualifizierung der Arbeitnehmer sowie Alternativen zur Ausgliederung und Fremdvergabe bestimmter Funktionsbereiche.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, mit dem Betriebsrat über die entsprechenden Vorschläge zu beraten. Dabei kann jede Seite, also auch der Betriebsrat einen Vertreter der Arbeitsverwaltung hinzuziehen. Will der Arbeitgeber den Vorschlägen des Betriebsrats trotz intensiven Meinungsaustausches nicht folgen, so hat er seine **Ablehnung zu begründen**. In Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern muss er dies schriftlich tun.

Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift ist nicht ganz unerheblich. Inhaltlich bestehen weit reichende Parallelen zu den Verhandlungen über einen Interessenausgleich (dazu im Anschluss unter X 2). Dies legt es nahe, auch hier den Arbeitgeber für verpflichtet zu halten, die Beratungen nicht durch Schaffung vollendeter Tatsachen gegenstandslos zu machen. Meines Erachtens könnten ihm **durch einstweilige Verfügungen** insbesondere **betriebsbedingte Kündigungen** vorübergehend **verboten** werden. Weiter kommt in Betracht, dass die Beratungen zu einem Alternativkonzept führen, das Entlassungen vermeidbar macht; gleichwohl ausgesprochene Kündigungen wären dann rechtswidrig.

## X. Beteiligung in wirtschaftlichen Angelegenheiten - Interessenausgleich und Sozialplan

Wird ein Betrieb ganz oder teilweise stillgelegt oder liegt ein anderer Fall einer »**Betriebsänderung**« vor, so hat der Betriebsrat neben einem Anspruch auf umfassende Information zwei Rechte:

◆ Zum einen kann er über die unternehmerische Maßnahme als solche mit dem Arbeitgeber verhandeln. Dabei geht es um einen „**Interessenausgleich**“.

Muss die Abteilung wirklich stillgelegt werden? Wenn ja, zu welchem Zeitpunkt?

◆ Zum zweiten kann der Betriebsrat den Abschluss eines **Sozialplans** verlangen. Dieser soll die wirtschaftlichen Nachteile »ausgleichen oder mildern«, die den Arbeitnehmern aufgrund der Betriebsänderung entstehen. Dabei geht es insbesondere (aber nicht nur) um Abfindungen. Der Sozialplan ist im Gegensatz zum Interessenausgleich **erzwingbar**; notfalls muss die Einigungsstelle mit Mehrheit entscheiden.

Im Folgenden wird zunächst der Begriff »Betriebsänderung« näher aufgeschlüsselt; es folgen Ausführungen zu Interessenausgleich und Sozialplan. Ein weiterer Abschnitt ist dem Konzept eines »Beschäftigungsplans« gewidmet. Von aktueller Bedeutung ist der sog. Tarifsozialplan.

## 1. Die so genannte Betriebsänderung

Nach § 111 Satz 1 BetrVG hat der Arbeitgeber in Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern den Betriebsrat über »geplante Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und die geplanten Betriebsänderungen mit dem Betriebsrat zu beraten«. § 111 Satz 3 BetrVG zählt als Anwendungsfälle dieser Betriebsänderungen auf:

Nr. 1: **Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs** oder von wesentlichen Betriebsteilen,

Nr. 2: **Verlegung** des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen,

Nr. 3: **Zusammenschluss** mit anderen Betrieben oder die **Spaltung** von Betrieben,

Nr. 4: grundlegende **Änderungen der Betriebsorganisation**, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen,

Nr. 5: **Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden** und Fertigungsverfahren.

Die Betriebsgröße ist für das Eingreifen des Mitbestimmungsrechts nicht mehr ausschlaggebend, entscheidend ist allein das Unternehmen.

Zu allen fünf Ziffern des § 111 Satz 3 BetrVG gibt es eine reichhaltige Rechtsprechung, die hier aus Raumgründen nicht wiedergegeben werden kann. Wichtig ist die Aussage der Rechtsprechung, dass eine „Betriebseinschränkung“ nach Nr. 1 auch dann vorliegt, wenn eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern

entlassen wird, ohne dass deshalb der „output“ des Betriebes geringer würde. Weiter werden die qualitativen Begriffe „wesentlicher“ Betriebsteil (Nr. 1), „grundlegende“ Änderung (Nr. 4) und „grundlegend“ neue Arbeitsmethoden (Nr. 5) „quantifiziert“, indem man in unklaren Situationen danach fragt, ob eine größere Anzahl von Arbeitnehmern betroffen ist. Was eine „größere Anzahl“ ist, bestimmt sich wiederum nach der Definition der Massenentlassung im Kündigungsschutzgesetz.

## 2. Der so genannte Interessenausgleich

Die in § 111 Satz 1 BetrVG vorgeschriebene »Beratung« zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat kann zu einer Einigung über die geplante Betriebsänderung führen: Der Betriebsrat erklärt beispielsweise sein Einverständnis mit der Stilllegung, weil von ihr weniger Arbeitnehmer als befürchtet betroffen werden. Oder der Betriebsrat stimmt der Einführung völlig neuer Computer zu, weil durch konkret bezeichnete Maßnahmen des Arbeitgebers eine Erhöhung der Arbeitsanforderungen vermieden wird.

Ob dieser sog. Interessenausgleich, der die **unternehmerische Entscheidung als solche** betrifft, **einklagbar** ist, wird unterschiedlich beurteilt. Allerdings ist in § 113 Abs. 1 BetrVG festgelegt, dass der Arbeitgeber eine Abfindung bezahlen muss, wenn er **ohne zwingenden Grund** von der getroffenen Abmachung **abweicht** und deshalb Arbeitnehmer entlassen werden. Dies bedeutet aber nicht, dass es im Normalfall, d. h. ohne zwingenden Grund für die Abweichung keinen Anspruch auf Durchführung des Vereinbarten geben kann.

Kommt in den Verhandlungen kein Interessenausgleich zustande, so können sowohl der Betriebsrat wie auch der Unternehmer den Vorstand der Bundesagentur für Arbeit um Vermittlung ersuchen. Geschieht dies nicht oder bleibt der Vermittlungsversuch ergebnislos, so kann jede Seite die **Einigungsstelle** anrufen (§ 112 Abs. 2 BetrVG); dort soll weiter verhandelt und eine Einigung versucht werden (§ 112 Abs. 3 BetrVG). Kommt sie nicht zustande, so bleibt der Unternehmer frei, die ihm richtig erscheinende Entscheidung zu treffen; er ist weder an die Vorstellungen des Betriebsrats noch an eigene frühere Angebote noch an irgendwelche Vermittlungsvorschläge gebunden.

Trotz dieser sehr einseitigen Verteilung der Gewichte besteht kein Anlass, die Verhandlungen über den Interessenausgleich gering zu schätzen. **Schöpft der Arbeitgeber nicht alle Möglichkeiten** einschließlich des Einigungsstellenverfahrens **aus**, so muss er ggf. **Abfindungen** nach § 113 BetrVG bezahlen. Wichtiger ist allerdings, dass zahlreiche Landesarbeitsgerichte dem Betriebsrat das Recht einräumen, dem Arbeitgeber im Wege der **einstweiligen Verfügung betriebsbedingte Kündigungen untersagen** zu lassen, bis das Verfahren über den Interessenausgleich mit oder ohne Einigung beendet ist. Der Arbeitgeber darf keine vollendeten Tatsachen schaffen, weil dies den Verhandlungsanspruch des Betriebsrats völlig entwerten würde.

### 3. Der Sozialplan

Von diesem die unternehmerische Maßnahme als solche betreffenden Interessenausgleich ist der Sozialplan zu unterscheiden. § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG definiert ihn als »Einigung über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen«. Er betrifft lediglich **die sozialen und personellen Konsequenzen**, die sich aus der als solcher nicht mehr in Frage gestellten Unternehmerentscheidung ergeben.

Über den Sozialplan wird im gleichen Verfahren wie über den Interessenausgleich verhandelt, doch besteht ein ganz entscheidender Unterschied: Stimmen Arbeitgeber und Betriebsrat auch vor der Einigungsstelle nicht überein, so ist mit Hilfe des Einigungsstellenvorsitzenden eine verbindliche Mehrheitsentscheidung möglich. Insoweit, aber auch nur insoweit besteht daher ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten. Anders als der Interessenausgleich **gewährt** der Sozialplan dem **einzelnen Arbeitnehmer einklagbare Ansprüche** gegen den Arbeitgeber, da er nach § 112 Abs. 1 Satz 3 BetrVG die Wirkung einer Betriebsvereinbarung hat. Eine nachträgliche »Abweichung« ist daher auch aus zwingenden Gründen nicht möglich, eine Kündigung kommt allenfalls bei Dauerleistungen in Betracht.

Vom Inhalt des Sozialplans hängt es weitgehend ab, ob der Arbeitnehmer aufgrund

der Betriebsänderung schwere, nicht wiedergutzumachende Einbußen an Lebensqualität erleidet oder ob er – so das andere Extrem – die Krisensituation völlig unbeschadet übersteht. Ausgangspunkt für die Bemessung der Leistungen sind die **Nachteile**, die den betroffenen Arbeitnehmern durch die Betriebsänderung entstehen. Ziel des Sozialplans ist die volle Kompensation (**»Ausgleich«**), sofern nicht die wirtschaftliche Situation des Unternehmens lediglich eine **»Milderung«** zulässt. Das BAG gibt den Betriebsparteien die freie Wahl, ob sie sich mehr am Ausgleich oder mehr an der **Milderung** orientieren wollen, doch muss Letztere auf alle Fälle **»spürbar«** sein. Andernfalls hätte der Sozialplan seine Aufgabe verfehlt und wäre rechtswidrig.

Kommt es zu Kündigungen oder zu anderen Formen des Arbeitsplatzverlustes, so ist in der Regel eine **Abfindung** festzusetzen. Ihre Höhe lässt sich quantitativ nur sehr schwer bestimmen, da die Betroffenheit sehr unterschiedlich sein kann: Der gesuchte Spezialist wird vielleicht sogar den »Tapetenwechsel« begrüßen, der ältere oder leistungsgeminderte Arbeitnehmer hat möglicherweise nie mehr eine reale Chance auf einen neuen Arbeitsplatz. Die Praxis hilft sich mit **Pauschalierungen**, die auf das Lebensalter und die Dauer der Betriebszugehörigkeit abstellen; meist nimmt man dabei als Bezugsgröße die Monatsvergütung. Verbreitet war lange Zeit eine **Formel**, wonach Lebensalter und Jahre der Betriebszugehörigkeit zu multiplizieren und dann durch einen zwischen 30 und 120 liegenden Divisor zu teilen waren. Je niedriger der Divisor, um so besser der Sozialplan. Dies lässt sich allerdings nur noch aufrechterhalten, wenn sich das Alter negativ auf die Chancen auf dem Arbeitsmarkt auswirkt, was etwa ab 40 Jahren der Fall ist; andernfalls läge eine unzulässige Benachteiligung wegen (jüngeren) Alters vor.

**Beispiel:** Arbeitnehmer X ist 45 Jahre alt und seit 15 Jahren im Betrieb. Die Multiplikation ergibt die Zahl 675. Bei einem »mäßigen« Sozialplan (Divisor 110) erhält der Betroffene 6,1 Monatsgehälter als Abfindung, bei einem »guten« Sozialplan (Divisor 60) erhält er 11,25 Monatsgehälter.

Außerdem wird häufig für jeden Beschäftigten, der mindestens ein Jahr im Unternehmen tätig war, ein **Sockelbetrag** von z.B. 2000 Euro festgelegt. Behinderte müssen wegen ihrer schlechteren Position auf dem Arbeitsmarkt eine Zusatzleistung bekommen. Auch wäre es eine Diskriminierung wegen des Geschlechts, würde man der Tatsache keine Bedeutung beimessen, dass jemand allein ein kleines Kind erzieht – dieser Personenkreis, der zu 90 % aus Frauen besteht, hat besonders

schlechte Chancen auf einen neuen Arbeitsplatz.

Nach »oben« hin muss der Sozialplan zwei Schranken beachten. Er darf nicht mehr als einen vollen Ausgleich der Nachteile gewähren und er muss – zweitens – für das Unternehmen „wirtschaftlich vertretbar“ sein. Was dies bedeutet, entscheidet notfalls die Einigungsstelle; dabei ist u. a. zu berücksichtigen, welche Belastungen sich das Unternehmen in anderen Zusammenhängen selbst zumutet.

Neben der Abfindung enthalten Sozialpläne häufig Zahlungen, die die Differenz zwischen Nettoeinkommen und Arbeitslosengeld ausgleichen oder verringern. Bei Versetzungen werden oft Reise- und Umzugskosten übernommen.

Die aufgezählten Leistungen erscheinen beeindruckend, doch darf man nicht vergessen, dass das deutsche Recht anders als das chinesische für den Normalfall einer Kündigung keine Abfindung vorsieht.

#### **4. Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften**

Seit dem Abschluss eines »Beschäftigungsplans« bei der Firma **Grundig** im Jahre 1985 hat sich mehr und mehr die Erkenntnis durchgesetzt, dass die in Sozialplänen vorgesehenen Abfindungen und Ausgleichsleistungen in Zeiten der Massenarbeitslosigkeit nicht genügen: Viel wichtiger wird die **Chance**, wenigstens nach einiger Zeit wieder einen **angemessenen Arbeitsplatz** zu erhalten. Hier setzen die Beschäftigungspläne an, von denen es allein im Metallsektor schon Anfang 1989 knapp 30 gab. Sie sehen **Qualifizierungsmaßnahmen** für die Betroffenen vor. Ursprünglich wurden die Unternehmen auch zur Entwicklung neuer Produkte und zur Erschließung neuer Märkte verpflichtet, doch erwies sich dies in der Praxis als schwer durchführbar.

In der Gegenwart können Weiterbildungs- und Umschulungsmaßnahmen dadurch erleichtert werden, dass die Arbeitsverwaltung sog. **Transfer-Kurzarbeitergeld** nach § 216b SGB III gewährt oder dass sie nach § 216a SGB III Zuschüsse zu solchen Sozialplanmaßnahmen bewilligt, die der »Eingliederung« der Betroffenen dienen. Häufig werden derartige Maßnahmen in speziellen Beschäftigungs- und

Qualifizierungsgesellschaften (=BQG) durchgeführt, die zum Teil vom Arbeitgeber finanziert werden. Die Abfindungen fallen in diesen Fällen sehr viel geringer aus.

## 5. Tarifsozialplan

Bei Betriebsänderungen wie bei anderen Umstrukturierungen können Tarifverträge abgeschlossen werden, die weitergehende Ziele als ein Sozialplan verfolgen. Wie sich mittelbar aus § 112 Abs.1 Satz 4 BetrVG ergibt, stehen Tarifverhandlungen und Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan nebeneinander. Nach der neuesten Rechtsprechung des BAG kann um einen Firmentarif auch gestreikt werden. Dabei hängt die Zulässigkeit des Streiks nicht von der Höhe der Forderungen ab. Es war daher rechtlich unproblematisch, dass die Gewerkschaften bei drohender Verlagerung des Betriebs ins Ausland volle Entgeltfortzahlung für die Dauer von drei Jahren und die Übernahme der Kosten für eine Umschulung verlangten.

## XI. Weitere Interessenvertretungen im Rahmen der Betriebsverfassung

Der Betriebsrat ist das zentrale, aber nicht das einzige Organ der Interessenvertretung. Vier andere bedürfen der kurzen Erwähnung.

- Hat ein Unternehmen mehrere Betriebe, in denen jeweils ein Betriebsrat besteht, so muss ein sog. **Gesamtbetriebsrat** gebildet werden. Er besteht aus je zwei Vertretern der einzelnen Betriebsräte und ist für alle Angelegenheiten zuständig, die notwendigerweise auf Unternehmensebene einheitlich geregelt werden müssen. Geht es beispielsweise um eine unternehmenseinheitliche Telefonanlage, so ist allein der Gesamtbetriebsrat nach § 87 Abs.1 Nr. 6 BetrVG zur Mitbestimmung berechtigt.
- Hat ein Unternehmen mehr als 100 Beschäftigte, so muss ein **Wirtschaftsausschuss** gebildet werden, der zwischen 3 und 7 Mitglieder hat. Er wird vom Gesamtbetriebsrat gewählt (wenn es im Unternehmen nur einen Betrieb gibt vom Betriebsrat) und muss vom Unternehmer mit umfassenden

Informationen über die wirtschaftliche Lage und die Perspektiven des Unternehmens informiert werden. Er hat keine eigenen Mitbestimmungsrechte, ist aber ein wichtiges „Hilfsorgan“ des Betriebsrats.

- Gehören mehrere Unternehmen zu einem Konzern, so kann ein **Konzernbetriebsrat** errichtet werden, der aus Delegierten der einzelnen Gesamtbetriebsräte besteht. Eine Pflicht zur Errichtung besteht nicht. Der Konzernbetriebsrat ist für alle Angelegenheiten zuständig, die nur konzerneinheitlich geregelt werden können. Will die Konzernspitze beispielsweise für alle im Konzern tätigen Arbeitnehmer eine betriebliche Altersversorgung einführen, so wäre darüber mit dem Konzernbetriebsrat zu beraten.
- Jugendliche Arbeitnehmer bis 18 Jahren und Auszubildende bis 25 Jahren wählen eine „**Jugend- und Auszubildendenvertretung**“ (=JAV), wenn im Betrieb mindestens fünf Jugendliche bzw. Auszubildende beschäftigt sind. Auf Unternehmensebene gibt es dann eine Gesamt-JAV, auf Konzernebene eine Konzern-JAV. Sie hat keine direkten Rechte gegenüber dem Arbeitgeber, kann aber im Betriebsrat mit abstimmen, wenn besondere Probleme der Jugendlichen oder Auszubildenden zu entscheiden sind.

## **XII. Tendenzunternehmen**

Die Interessenvertretung erfährt eine Abschwächung in all den Unternehmen, die unmittelbar und überwiegend (bestimmten) **geistig-ideellen Zielsetzungen** dienen. Bei ihnen, den sog. Tendenzbetrieben, soll das BetrVG nach seinem § 118 Abs. 1 keine Anwendung finden, »soweit die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs dem entgegensteht«.

### **1. Was ist ein Tendenzbetrieb?**

Nach dem Wortlaut seiner Nr. 1 erfasst § 118 Abs. 1 BetrVG Unternehmen und Betriebe mit folgender Zielsetzung:

◆ **politisch**; das betrifft Parteien, nach allerdings umstrittener Auffassung auch Wirtschaftsverbände wie den Bundesverband der Deutschen Industrie.

◆ **koalitionspolitisch**; damit sind neben den Gewerkschaften auch die Arbeitgeberverbände gemeint.

◆ **konfessionell**; z.B. Bildungs- oder Missionsvereine, u. U. auch ein konfessionelles Krankenhaus.

◆ **karitativ**; darunter fällt etwa das Deutsche Rote Kreuz.

◆ **erzieherisch**; dies betrifft insbesondere Privatschulen und Fernlehrinstitute, während öffentliche Schulen von vornherein nicht unter die Betriebsverfassung, sondern unter die Personalvertretung fallen.

◆ **wissenschaftlich**; darunter fällt die hochschulfreie staatliche Forschung einschließlich der Max-Planck-Institute. Dies gilt dann nicht, wenn die Kooperation mit Wirtschaftsunternehmen so eng ist, dass deren gewinnorientierte Interessen auch auf die Mehrzahl der Forschungsvorhaben durchschlagen. Nicht erfasst ist nach allgemeiner Auffassung die industrieeigene Forschung etwa von Chemieunternehmen.

◆ **künstlerisch**; gemeint sind damit etwa Theater einschließlich Kabarett, Musikverlage, Orchestervereinigungen, nicht aber Kinos oder Zirkusunternehmen.

Diesem stattlichen Katalog fügt § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 diejenigen Unternehmen und Betriebe hinzu, die »Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung« im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG dienen. Damit werden **Presseunternehmen**, aber im Regelfall auch **Buch- und Zeitschriftenverlage** sowie private Rundfunk- und Fernsehsender erfasst. Ohne Bedeutung ist, ob sie politisch gebunden sind oder ob das Verlagsprogramm eine breite Streuung aufweist.

**Beispiel:** Der Verlag X bringt Bücher konservativer und liberaler Autoren heraus, vertreibt jedoch seit Ende der 60er Jahre auch eine »Rote Reihe«, in der ausschließlich antikapitalistisch orientierte Autoren schreiben.

Eindeutig **nicht erfasst** sind dagegen reine **Anzeigenblätter** und sog. **Lohndruckereien**, die als selbständige Betriebe Aufträge von Tendenzunternehmen durchführen.

**Beispiel:** Das Druckhaus X druckt Plakate für die CDU, eine Broschüre für den DGB, Gebetbücher für die Kirchen und Asterix-Hefte für einen Zeitschriftenverlag. Kein Tendenzbetrieb.

## 2. Einschränkung der Mitbestimmungsrechte

Liegt ein Tendenzbetrieb vor, so stellt sich das Problem, ob die spezifische Zielsetzung („Tendenz“) eine Alleinentscheidung durch den Arbeitgeber gebietet.

Dabei wird in Literatur und Rechtsprechung darauf abgestellt, ob ein **Tendenzträger** (z.B. in Presseunternehmen ein Redakteur) betroffen ist und ob die gegen ihn ergriffene **Maßnahme tendenzbedingt** war (z.B. Versetzung eines Redakteurs wegen Abweichung von der Generallinie der Zeitung): Nur wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind, soll das Mitbestimmungsrecht entfallen. An seine Stelle tritt ein Beratungsrecht; soweit schon das Gesetz den Betriebsrat auf ein solches bescheideneres Beteiligungsniveau festlegt, bleibt es bei dieser Lösung.

In **sozialen Angelegenheiten** ergeben sich damit – abgesehen von der bisweilen tendenzbedingten Arbeitszeit (Theater!) – **kaum Einschränkungen**.

Sehr viel weitergehende Veränderungen erfahren die Betriebsratsbefugnisse in **personellen Angelegenheiten**, wo insbesondere das Widerspruchsrecht nach § 99 Abs. 2 BetrVG (Einstellungen, Versetzungen) und nach § 102 Abs. 3 BetrVG (Kündigung) entfallen soll, sofern ein »Tendenzträger« betroffen ist und eine tendenzbedingte Maßnahme vorliegt.

In **wirtschaftlichen Angelegenheiten** hat der Gesetzgeber schließlich eine ausdrückliche Regelung getroffen: Nach § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG wird in Tendenzunternehmen **kein Wirtschaftsausschuss** gebildet. Bei Betriebsänderungen ist nicht über einen Interessenausgleich, sondern **nur** über einen **Sozialplan** zu verhandeln.

### **XIII. Weiterführende Literatur**

Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006, Kapitel 6

Weiss-Schmidt: Labour Law and Industrial Relations in Germany, 3rd edition, The Hague 2000

Däubler-Kittner-Klebe (Hrsg.), Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl., Frankfurt/Main 2008

Fitting, Handkommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 24. Aufl., München 2008

**§ 4: Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen im  
Aufsichtsrat und in der Unternehmenspolitik**

## I. Grundstruktur

Die Vertretung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten größerer Unternehmen war bis Mitte der 70er Jahre ein »großes Thema«. Verfassung und Privateigentum schienen für manche in Gefahr – inzwischen haben sich die Gemüter beruhigt. Im Vergleich zur Betriebsverfassung ist die Unternehmensmitbestimmung weniger bedeutsam. Gleichwohl ist sie eine nützliche Ergänzung der Interessenvertretung durch gewerkschaftliche Tarifpolitik und durch Betriebsräte. Wie ist sie im Einzelnen beschaffen?

Die Unternehmensmitbestimmung beschränkt sich von vorne herein auf sog. **Kapitalgesellschaften**, d.h. AG, GmbH und Genossenschaft. Personengesellschaften (OHG, KG) sowie erst recht Einzelkaufleute werden nicht erfasst. Auch **ausländische Gesellschaften**, die nach der Rechtsprechung des EuGH ihren Verwaltungssitz und ihre Hauptaktivitäten in Deutschland haben dürfen, unterliegen **nicht** der Unternehmensmitbestimmung.

### 1. Unternehmensorgane

Eine der Mitbestimmung unterliegende AG, GmbH oder Genossenschaft muss **drei Organe** besitzen:

◆ Ein »**Grundorgan**«, d.h. die Versammlung der Aktionäre (»**Hauptversammlung**«), die, »**Gesellschafterversammlung**« bei der GmbH und die „**Generalversammlung**“ bei der Genossenschaft

Gehört die GmbH nur einer einzigen Person, versammelt sich diese gewissermaßen mit sich selbst. Der Unterschied zwischen »Geistesblitzen« und förmlichen Beschlüssen wird in der Weise festgehalten, dass Letztere notariell beurkundet werden müssen.

◆ einen **Aufsichtsrat**, der vom Grundorgan gewählt wird und der die Geschäftsführung überwachen soll;

◆ eine **Unternehmensleitung** (gewissermaßen die »Regierung«), bei der AG und der Genossenschaft »**Vorstand**«, bei der GmbH »**Geschäftsführung**« genannt. Die einzelnen Vorstandsmitglieder und die einzelnen Geschäftsführer werden in der Regel vom Aufsichtsrat gewählt. Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder haben sich

am »Unternehmenswohl« zu orientieren und die »**Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters**« zu beachten.

## 2. Beteiligung der Arbeitnehmer

Am »Grundorgan« sind die Arbeitnehmer von vornherein nicht beteiligt. Vorstellungen über eine »**Unternehmensversammlung**« gab es in den sechziger Jahren; sie sind aber **nicht weiter verfolgt** worden. Dies ist durchaus bedeutsam: Die Aktionäre bzw. Gesellschafter (kurz: Anteilseigner oder Eigentümer genannt) können so nach eigenem Gutdünken über **Satzungsänderungen**, Erhöhungen und Herabsetzungen des Kapitals sowie auch über die **Rechtsform des Unternehmens** entscheiden: Theoretisch könnten sie die GmbH in eine KG verwandeln und so der ganzen »Mitbestimmung« die Grundlage entziehen. In der Praxis passiert dies allerdings so gut wie nie, da mit der anderen Rechtsform wirtschaftliche Nachteile verbunden wären.

Die stärkste Arbeitnehmerbeteiligung findet man im **Aufsichtsrat**. Hier sind **drei Modelle** zu unterscheiden:

(1) Nach dem **Mitbestimmungsgesetz von 1976**, das auf Kapitalgesellschaften mit mehr als 2000 Arbeitnehmern Anwendung findet, besteht der Aufsichtsrat zur Hälfte aus Arbeitnehmervertretern. Dies erscheint freilich nur auf den ersten Blick als eine Art Gleichgewicht von Arbeit und Kapital: Zu den Arbeitnehmervertretern muss auch ein Repräsentant der **leitenden Angestellten** gehören, der in aller Regel der Unternehmensleitung nahe steht. Endet eine Abstimmung trotzdem mit einem Unentschieden, findet ein zweiter Wahlgang statt, bei dem der **Aufsichtsratsvorsitzende zwei Stimmen** besitzt. Er ist aber grundsätzlich ein Vertreter der Anteilseigner, während sein Stellvertreter von der Arbeitnehmerseite gestellt wird.

**Beispiel:** In der AG X besteht der Aufsichtsrat aus zehn Vertretern der Arbeitnehmer und zehn Vertretern der Anteilseigner. Vorsitzender ist Bankdirektor A, der gemäß § 27 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz von der Anteilseignerseite gewählt wurde. Die Arbeitnehmerseite beantragt, die Dividende von 16 auf 14 Prozent herabzusetzen und das auf diese Weise frei werdende Geld der »Hungerhilfe« zu geben. Der Vertreter der leitenden Angestellten stimmt mit für diesen Antrag, die Anteilseigner fürchten eine Enttäuschung des Anlegerpublikums und stimmen einheitlich dagegen. Nach dem 10 : 10-Ergebnis findet ein zweiter Wahlgang statt; unterstellt, der Vorsitzende bleibt bei seiner Meinung, wird der Antrag mit 11 : 10 Stimmen abgelehnt.

(2) Das zweite Modell findet sich ausschließlich in der sog. **Montanindustrie**, d.h. im Bergbau und in der Eisen und Stahl erzeugenden (nicht: verarbeitenden!) Industrie. Es beruht auf einem Gesetz von 1951, das den Gedanken der Gleichberechtigung von Arbeit und Kapital (**»paritätische Mitbestimmung«**) ernster genommen hat. Danach besteht der Aufsichtsrat grundsätzlich aus fünf Vertretern der Arbeitnehmer und fünf Vertretern der Anteilseigner. Sie müssen einen sog. **elften Mann** hinzuwählen, der möglichst neutral sein soll. Einigt man sich nicht auf eine bestimmte Person, findet ein langes und aufwendiges Schlichtungsverfahren statt. Kommt auch dabei keine Übereinstimmung zustande, entscheidet in letzter Instanz die Versammlung der Anteilseigner.

In 55 Jahren Montanindustrie ist diese »Letztentscheidung« nie praktiziert worden. Dennoch steht sie natürlich im Hintergrund; die Arbeitnehmerseite wird einen Kandidaten mit »leichter Schlagseite« zum Kapital hin leichter akzeptieren, wenn sie weiß, dass die Hauptversammlung auch eine Person mit »schwerer Schlagseite« aussuchen könnte.

(3) Schließlich existiert noch die »Drittel-Beteiligung« nach dem sog. **Drittelbeteiligungsgesetz** vom 18. Mai 2004, das die §§ 76, 77 BetrVG 1952 abgelöst hat. Sie erfasst Kapitalgesellschaften, die zwischen 500 und 2000 Arbeitnehmer beschäftigen. Die Arbeitnehmerseite bestimmt dabei ein Drittel der Aufsichtsratssitze; die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder muss durch drei teilbar sein.

In der **Unternehmensleitung** sind die Arbeitnehmer in Modell (1) und (3) nicht unmittelbar beteiligt. Da sie vom Aufsichtsrat zu wählen ist, wird die Anteilseignerseite Personen ihres Vertrauens aussuchen und durchsetzen. In der Praxis bemüht man sich gleichwohl um Konsens; eine Konfrontation mit der Arbeitnehmerseite wäre kein guter Beginn für eine Tätigkeit als Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer.

Eine **Ausnahme** gilt nur für die **Montanindustrie**: Das für soziale und personelle Angelegenheiten zuständige Vorstandsmitglied kann nicht gegen das Votum der Mehrheit der Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat bestellt werden.

Bei einem aus elf Personen bestehenden Aufsichtsrat benötigt dieses

Vorstandsmitglied daher mindestens drei der fünf Arbeitnehmerstimmen.

Dieser sog. **Arbeitsdirektor** ist deshalb in aller Regel ein Gewährsmann der Arbeitnehmerseite.

Wer als Vertreter der Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat (oder als Arbeitsdirektor in den Vorstand) gewählt wurde, hat **dieselben Rechte und Pflichten wie ein Vertreter der Anteilseigner**. Dies bedeutet zugleich eine Bindung an das Unternehmenswohl und die Verpflichtung, die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters anzuwenden.

## II. Praktische Bedeutung

Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat können nur ausnahmsweise mit Hilfe ihres Stimmrechts »Politik machen«. Außerhalb der Montanindustrie gibt es im Grunde nur den theoretischen Fall, dass die Anteilseignerseite bei einer bestimmten Frage unterschiedlich abstimmt.

Der Wert der Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat liegt deshalb sehr viel mehr in den Informationen, die man dort erhält. Nach § 90 Abs. 3 Satz 1 AktG (= Aktiengesetz) kann der Aufsichtsrat, aber auch ein einzelnes Mitglied **Informationen** über alle »Angelegenheiten der Gesellschaft« verlangen. Einbezogen sind dabei die **Beziehungen** zu sog. verbundenen Unternehmen, also **zu Konzernmüttern und Konzerntöchtern**.

**Beispiel:** Der Vorstand muss dem Aufsichtsrat darüber berichten, ob und welche Weisungen die Muttergesellschaft erteilt hat und wie man damit umzugehen gedenkt. Stellt sich die Unternehmensleitung quer, kann die Auskunftserteilung gerichtlich erzwungen werden. Nach § 407 AktG können gegen Vorstandsmitglieder Zwangsgelder verhängt werden.

Der Vorstand bzw. die Geschäftsführung muss u. a. auch berichten, welche Anstrengungen unternommen wurden, um beispielsweise Kredite für dringend notwendige Investitionen zu erhalten. Auch muss der Vorstand ggf. einen umfassenden Bericht über die **Arbeitsergebnisse einer Unternehmensberatungsfirma** geben.

Aufgrund ihrer Bindung an das Unternehmenswohl dürfen die Arbeitnehmervertreter **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse** nicht an Dritte gelangen lassen. Wirtschaftsausschuss- und Betriebsratsmitglieder dürfen allerdings eingeweiht werden, da sie ihrerseits einer Schweigepflicht nach § 79 BetrVG unterliegen.

**Beispiel:** Die Unternehmensleitung hat festgestellt, dass die vorhandenen Mittel nur noch ausreichen, um Löhne und Gehälter für zwei Monate zu bezahlen. Banken haben bisher keine weiteren Kredite gewährt, der (Groß-)Eigentümer prüft, wie man verfahren soll. Wird dies öffentlich bekannt, schadet es dem Unternehmen, da Geschäftspartner nur noch gegen Barzahlung liefern werden. Ein Aufsichtsratsmitglied darf daher diese Umstände in der Betriebsversammlung nicht mitteilen. Möglich ist allenfalls, auf allgemeine wirtschaftliche Schwierigkeiten hinzuweisen und zu betonen, »in dieser Zeit« könne niemand wissen, wie lange ihm das Gehalt noch überwiesen werde.

### III. Die Verantwortung der Unternehmen

#### 1. Die Problematik

Ein Unternehmen trifft nicht nur Entscheidungen, die die Anteilseigner und die eigene Belegschaft betreffen. Ob es in einen Standort investiert oder diesen verlagert, ist auch für Zulieferer und andere Geschäftspartner wie die Banken von Bedeutung. Ein großes Unternehmen kann einer ganzen Region das Gepräge geben; fällt es aus, ist auch keine ausreichende Nachfrage im Handel oder auf dem Wohnungsmarkt mehr vorhanden. Die Produktionsweise eines Unternehmens kann wesentlichen Einfluss auf den Schutz der Umwelt haben: Wählt es eine umweltfreundliche (aber teure) Technologie, kommt dies der ganzen Umgebung zugute, wählt es eine billige und die Umwelt verschmutzende Technologie, leiden darunter zahlreiche Menschen.

Bisher hat man in Deutschland und anderen europäischen Ländern wenig darüber nachgedacht, ob es möglich ist, allen am Unternehmen Interessierten und von ihm Betroffenen (den sog. stakeholdern) eine Vertretung in den Unternehmensorganen zu gewähren. Die praktischen Schwierigkeiten wären schon deshalb groß, weil sich die betroffenen Gruppen häufig nicht eindeutig abgrenzen lassen. Denkbar wäre allenfalls, für bestimmte Interessen „Sachwalter“ zu bestimmen, die einen Sitz im Aufsichtsrat hätten und denen in bestimmten Angelegenheiten evtl. Vetorechte eingeräumt wären. Mitte der achtziger Jahre hatte die Partei „DIE GRÜNEN“ ein Konzept entwickelt, das einen Sachwalter für Umweltinteressen in allen Unternehmen vorsah; später ist diese Idee jedoch nicht weiterverfolgt worden.

Der Schwerpunkt liegt heute auf der Vorprogrammierung des

Unternehmensverhaltens, das sich nicht nur an reiner Rentabilität orientieren soll. Maßgebende Leitbegriffe sind „Corporate Governance“ und „Corporate Social Responsibility“, die deshalb einer Erläuterung bedürfen.

## 2. Corporate Governance

Als Reaktion auf Bilanzskandale und betrügerisches Verhalten wurden vor einer Reihe von Jahren in den USA, aber auch in den wichtigsten EU-Staaten „**Grundsätze guter Unternehmensführung**“ entwickelt, die man üblicherweise mit dem englischen Begriff „corporate governance“ bezeichnet. Die Bundesregierung hat eine Kommission eingesetzt, die im Jahre 2003 einen „**Corporate Governance Kodex**“ veröffentlichte, der derzeit in der überarbeiteten Fassung vom 2. Juni 2005 gilt. Zahlreiche andere EG-Länder haben vergleichbare Maßnahmen getroffen; die EG-Kommission hat sich bislang mit einer Empfehlung begnügt.

Seinem eigenen Anspruch nach enthält der Corporate Governance Kodex **keine verbindlichen Anforderungen** an das Unternehmensverhalten und gehört deshalb zum sog. soft law. § 161 AktG verpflichtet jedoch börsennotierte Gesellschaften, jährlich zu erklären, **ob sie den Empfehlungen des Kodex Rechnung getragen** haben und ob dies nicht geschah. Bei Abweichungen wird in der Regel eine Begründung erwartet („**comply or explain**“), doch besteht keine entsprechende Verpflichtung. Auch fehlt eine Instanz, die nach Art eines Gerichts die relativ pauschalen Normen des Kodex konkretisiert. Erwartungen, dass die Nichtbeachtung einzelner oder aller Vorgaben vom Kapitalmarkt (z. B. durch schlechte Börsenkurse) „bestraft“ würde, haben sich bisher nicht erfüllt. Ungleich wichtiger für die Unternehmensbewertung und die Entwicklung des Aktienkurses ist das **Rating**, das im Wesentlichen in den Händen zweier großer amerikanischer Agenturen liegt.

In der Literatur ist die Überzeugung geäußert worden, Corporate Governance **löse die Mitbestimmung als „unternehmensverfassungsrechtliche Leitformel“ ab**. Dies ist als politische Entwicklung denkbar, lässt sich jedoch nicht auf zwingende Sachargumente stützen. Corporate Governance und wirksame Mitbestimmung sind durchaus vereinbar, sofern man die Stellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat an die veränderten Umstände anpasst. Dies wird nicht zuletzt an den

2004 neu gefassten OECD-Grundsätzen der Corporate Governance deutlich, die sich in Grundsatz IV C ausdrücklich zur „Entwicklung von Mechanismen der Arbeitnehmerbeteiligung“ bekennen.

Der deutsche Corporate Governance Kodex (im Folgenden: **Kodex**) nimmt die Existenz von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat an verschiedenen Stellen zur Kenntnis. Er **verzichtet** allerdings darauf, das **Verhältnis von Arbeitnehmerinteressen und Unternehmensführung** explizit **anzusprechen** und fällt damit hinter das bis 1965 geltende Aktiengesetz zurück, das in seinem § 70 Abs.1 der Sache nach (und in moderne Terminologie übersetzt) bestimmte:

Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Betriebs und seiner Belegschaft sowie das Allgemeininteresse es erfordern.

Die in der Präambel gewählte Formulierung:

„Der Kodex will das Vertrauen der internationalen und nationalen Anleger, der Kunden, der Mitarbeiter und der Öffentlichkeit in die Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Aktiengesellschaften fördern“

stellt kein ausreichendes Äquivalent dar; Streben nach Vertrauen ist weniger als eine zwingende Berücksichtigung bei den Entscheidungen. Dasselbe gilt erst recht für die dann folgende Formulierung, die Anteilseignervertreter und die Arbeitnehmervertreter seien gleichermaßen dem Unternehmensinteresse verpflichtet: Dieses wird dabei als autonome und übergeordnete Größe begriffen, in die Arbeitnehmerinteressen nicht notwendig eingehen müssen.

Der Schwerpunkt der Empfehlungen liegt auf mehr Transparenz und **besserer Kontrolle des Vorstands** durch den Aufsichtsrat. Dieser soll darüber hinaus in die Rolle eines Beratungsorgans hineinwachsen, das seine unternehmerischen und sonstigen Erfahrungen in die Entscheidungen einbringt. Für Arbeitnehmervertreter bedeutet dies, dass auch sie über kompetente Zuarbeiter verfügen müssen. Weiter ist ihre Unabhängigkeit vom Management aufrecht zu erhalten; zunächst bestehende Bedenken der amerikanischen Börsenaufsicht sind inzwischen ausgeräumt werden.

**Für die heutige Praxis wichtig** ist Ziff. 3.4 des Kodex, wonach der Wirtschaftsprüferbericht den Aufsichtsratsmitgliedern möglichst rechtzeitig vor der Sitzung zugeleitet wird. In mitbestimmten Aufsichtsräten „sollten“ (=Anregung) nach Ziff. 3.8 die Vertreter der Aktionäre und der Arbeitnehmer die Sitzungen des

Aufsichtsrats jeweils gesondert, ggf. mit Mitgliedern des Vorstands vorbereiten. Schließt die Gesellschaft für die Aufsichtsratsmitglieder eine Haftpflichtversicherung ab, so „soll“ nach Ziff. 3.8 ein angemessener Selbstbehalt vereinbart werden. Dieser müsste der geringeren wirtschaftlichen Belastbarkeit von Arbeitnehmervertretern Rechnung tragen. Ziff. 5.3 lässt eine weitgehende **Delegierung** von Aufgaben **auf Ausschüsse** zu, ohne dass Empfehlungen für deren Zusammensetzung ausgesprochen würden. Fehlt ein Aufsichtsratsmitglied in mehr als der Hälfte der Sitzungen, so „soll“ dies im Bericht des Aufsichtsrats vermerkt werden.

In der Präambel wird auch den nicht börsennotierten Gesellschaften empfohlen, den Kodex zu beachten. Ob dem Rechnung getragen wird, ist der veröffentlichten Literatur nicht zu entnehmen.

### **3. Corporate Social Responsibility**

Eher im Schatten der Debatte um Corporate Governance steht die Diskussion um die soziale Verantwortung von Unternehmen. Inhaltlich geht es dabei in der Regel darum, dass die Unternehmen neben Umweltstandards auch bestimmte **Arbeitnehmerrechte wahren** sollen. Insoweit handelt es sich um ein „Gegenmodell zu einem verkürzten shareholder value Denken“. Dies ist insbesondere (aber nicht nur) für die Niederlassungen in Entwicklungs- und Schwellenländern von Bedeutung. Dabei haben sich eine Reihe wichtiger „Quellen“ herausgebildet, die jedoch normalerweise keinen bindenden Charakter haben, sondern dem **„soft law“** zuzurechnen sind. Gleichwohl kommt ihnen eine gewisse praktische Bedeutung zu.

Den weitesten Verbreitungsgrad dürften die **„OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen“** haben, deren aktuelle Fassung aus dem Jahr 2000 stammt. Sie bezeichnen sich selbst als **„Empfehlungen“** und übernehmen als Basis die sog. Kernarbeitsnormen der ILO, d.h. das Verbot der Kinder- und der Zwangsarbeit, die Achtung von Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie sowie die Diskriminierungsverbote in Beruf und Beschäftigung. Allerdings gehen die Leitsätze erheblich darüber hinaus, wenn sie beispielsweise in Nr. 2b des Kapitels über Beschäftigung und Beziehungen zwischen den Sozialpartnern verlangen, dass den Arbeitnehmervertretern die Informationen zur Verfügung gestellt werden, die als Grundlage für konstruktive Verhandlungen über die Beschäftigungsbedingungen erforderlich sind. In

Deutschland wenig bekannt und für die Praxis bisweilen hilfreich ist die Nr. 7, wonach in Tarifverhandlungen **nicht mit** der vollständigen oder teilweisen **Verlagerung einer Betriebseinheit** aus dem betreffenden Land in ein anderes Land **gedroht** werden darf. Verboten ist auch, Arbeitnehmer aus Unternehmensteilen im Ausland umzusetzen, „um hierdurch die Verhandlungen auf unbillige Weise zu beeinflussen oder die Ausübung des Organisationsrechts der Arbeitnehmer zu behindern“ – gemeint dürfte hier insbesondere der Einsatz von Streikbrechern sein.

Interesse verdient weiter der von der EG 1977 beschlossene **Verhaltenskodex für Unternehmen, die im damaligen Apartheid-Staat Südafrika Niederlassungen besaßen**: Sie sollten auch mit den Gewerkschaften der nicht-weißen Arbeitnehmer verhandeln, den Wanderarbeitnehmern spezielle Hilfen gewähren und bei der Entlohnung jede Diskriminierung aus rassistischen Gründen unterlassen. Seine **Verbindlichkeit** war **zweifelhaft**, da er als „Beschluss“ des Ministerrats erlassen wurde, was ein Rechtsakt ohne klare Bindungswirkung ist. Immerhin hatte es Fälle gegeben, in denen die deutsche Bundesregierung Ausfuhrgarantien davon abhängig machte, dass das Unternehmen die politischen Zielsetzungen des Kodex bejahte. Daneben existieren eine Reihe weiterer „Modellregeln“, die von der UNO, aber auch von privaten Organisationen stammen.

Zahlreiche Unternehmen haben mittlerweile „**Selbstverpflichtungserklärungen**“ abgegeben, in denen sie derartige Muster ganz oder teilweise übernehmen, bisweilen auch eigene Formulierungen entwickeln. Im Vordergrund stehen Großunternehmen. Wichtigster Grund ist dabei die **Imagepflege**; daneben spielt der Gedanke, die Leistungsfähigkeit des Unternehmens zu steigern, eine erhebliche Rolle. An dritter Stelle wurden bei einer Umfrage ethische Motive des Vorstands sowie eine Verbesserung des Ratings genannt. Dem entspricht es, dass insbesondere verbrauchernahe Unternehmen der Textil- und Sportartikelbranche eine gewisse Vorreiterfunktion haben; sie gehen ein besonders hohes Risiko ein, dass sie wegen unsozialer Praktiken von Verbrauchern gemieden werden.

Die weitestgehenden Regeln enthalten solche Kodizes, die auf **Vereinbarungen mit internationalen Gewerkschaftszusammenschlüssen** oder anderen Arbeitnehmervertretungen beruhen. Man spricht insoweit von „globalen Rahmenabkommen“. Ein Beispiel dieser Art stellt die „VW-Sozialcharta“ dar, die auf Arbeitnehmerseite vom Weltkonzernbetriebsrat VW sowie vom Internationalen Metallgewerkschaftsbund

unterschrieben wurde. Inhaltlich ist insbesondere darauf zu achten, inwieweit **auch Zulieferer einbezogen** sind, da in Entwicklungs- und Schwellenländern häufig gerade sie aus Kostengründen wenig Rücksicht auf Arbeitnehmerrechte nehmen.

Die **praktische Umsetzung** liegt meist in der Hand der Unternehmen selbst. Eine im Jahre 2000 durchgeführte Studie der OECD ermittelte, dass von 246 untersuchten Kodizes nur 10 % eine unabhängige Überprüfung von außen her („monitoring“) vorsahen. Auf der Grundlage der OECD-Leitsätze sind in vielen Staaten sog. **Nationale Koordinierungsstellen** errichtet worden, die sich um die Umsetzung kümmern sollen und die auch Beschwerden entgegennehmen. Obwohl sie keinerlei Zwangsmittel anwenden können, ist es für ein Unternehmen bisweilen höchst unangenehm, während längerer Zeit in ein solches Verfahren verwickelt zu sein. Dies kann dazu führen, dass man sich im Vergleichswege einigt. Gleichwohl dominieren in der Gegenwart noch immer die Fälle, in denen den Selbstverpflichtungen nicht ausreichend Rechnung getragen wird. In Einzelfällen kann es unlauteren Wettbewerb darstellen, wenn ein Kodex als Werbe- und Vertriebsargument benutzt, dann aber doch nicht eingehalten wird.

#### **IV. Weiterführende Literatur**

Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006, Kapitel 7

Köstler-Zachert-Müller, Aufsichtsratspraxis – Handbuch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, 8. Aufl., Frankfurt/Main 2006

Thannisch. Die Effizienz der Mitbestimmung in ökonomischer Betrachtung, Arbeit und recht (=AuR) 2006, 81 ff.

## **§ 5: Vertretung von Arbeitnehmerinteressen im arbeitsgerichtlichen Verfahren**

## I. Der Ausgangspunkt

Haben Arbeitnehmerinteressen im geltenden Recht Berücksichtigung gefunden (z. B. beim Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz oder beim Schutz gegen Kündigungen), so können sie nur „auf dem Rechtswege“, d. h. mit Hilfe von Gerichten durchgesetzt werden. Wird das Recht verletzt, darf man nicht etwa streiken oder ein Mitbestimmungsrecht geltend machen; vielmehr sind ausschließlich die Arbeitsgerichte berufen, den Verstoß zu reparieren. Dabei ist kein vorheriges Schlichtungs- oder Einigungsverfahren zu durchlaufen; der Einzelne kann sich vielmehr unmittelbar ans Gericht wenden. Für Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind die Arbeitsgerichte zuständig.

## II. Die Arbeitsgerichte als selbständiger Gerichtszweig

Das Grundgesetz hat sich in Art. 95 für selbständige Arbeitsgerichte entschieden. Sie sind von den Zivilgerichten (»ordentliche Gerichtsbarkeit«) organisatorisch ebenso getrennt wie von den Sozialgerichten (die insbesondere über Ansprüche gegen die Sozialversicherung und die Bundesagentur für Arbeit entscheiden). Dies hat den Vorzug, dass auch das Arbeitsrecht **als Rechtsmaterie ein Stück Eigenständigkeit behält**.

Beim Arbeitsgericht entscheidet eine sog. **Kammer**. Sie besteht aus einem **Berufsrichter** (der ein sog. Volljurist sein muss), einem **ehrenamtlichen Richter** der Arbeitnehmer- und einem ehrenamtlichen Richter der Arbeitgeberseite. Beide sollen betriebliche Erfahrungen einbringen; auch erhöht ihre Beteiligung die Akzeptanz der Entscheidungen. In der Regel bestehen bei einem Arbeitsgericht mehrere Kammern; welche Kammer für welchen Streitfall zuständig ist, wird vom Gericht im Wege der sog. **Geschäftsverteilung** festgelegt. Um Manipulationen auszuschließen, muss diese Festlegung im Voraus erfolgen.

**Beispiel:** In der Geschäftsverteilung ist bestimmt, dass die Kammer 1 mit allen Streitigkeiten befasst ist, bei denen der Name des Beklagten mit den Buchstaben A–F beginnt. Kammer 2 ist für G und H zuständig usw.

Ist eine der beiden Parteien mit der Entscheidung des Arbeitsgerichts nicht einverstanden, kann sie unter bestimmten Voraussetzungen **Berufung zum Landesarbeitsgericht** einlegen. Auch dort gibt es Kammern, die mit einem Berufsrichter und zwei ehrenamtlichen Richtern besetzt sind. In der Berufungsinstanz wird der gesamte Streitfall erneut erörtert, wobei aber ein »neuer Sachvortrag« nicht mehr beliebig möglich ist.

Wer mit der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts (= **LAG**) nicht einverstanden ist, kann Revision beim **Bundesarbeitsgericht** einlegen. Diese ist allerdings nur dann zulässig, wenn sie das Landesarbeitsgericht ausdrücklich zugelassen hat, was es dann tun muss, wenn es von der Rechtsauffassung des BAG, des BVerfG oder eines anderen LAG abweicht oder wenn die Angelegenheit von grundsätzlicher Bedeutung ist.

Was geschieht, wenn das Landesarbeitsgericht von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts abweicht, aber keine Revision zugelassen hat? In einem solchen Fall kann man eine »**Nichtzulassungsbeschwerde**« beim Bundesarbeitsgericht einlegen; in der Praxis ist die Erfolgsquote allerdings ziemlich niedrig, da ein deutlich sichtbarer »Ungehorsam« der unteren Gerichte nur selten vorkommt.

Mit der **Revision** kann nur geltend gemacht werden, dass das bestehende Recht unrichtig angewandt worden sei. Die Tatsachen, die das LAG festgestellt hat, müssen für das weitere Verfahren zugrunde gelegt werden, es sei denn, sie würden ihrerseits auf Rechtsverstößen beruhen.

Beim Bundesarbeitsgericht entscheiden sog. **Senate**. Bei ihnen sind die Juristen in der Mehrheit: Ein Senat besteht aus drei Berufsrichtern, einem ehrenamtlichen Richter der Arbeitgeber- und einem ehrenamtlichen Richter der Arbeitnehmerseite.

### **III. Welches Gericht ist zuständig?**

Zu fragen ist nach drei Formen von Zuständigkeit.

Von der »**sachlichen**« **Zuständigkeit** ist dann die Rede, wenn es um einen »arbeitsrechtlichen« Gegenstand im Sinne der §§ 2, 2a ArbGG (=Arbeitsgerichtsgesetz) geht. Dies sind fast alle Konflikte zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, aber auch zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften.

**Ausnahme:** Über den Gewerkschaftsausschluss entscheiden die ordentlichen Gerichte; er

ist in den §§ 2, 2a ArbGG nicht erwähnt.

Zum zweiten geht es um die »örtliche« **Zuständigkeit**. Welches der in Betracht kommenden Arbeitsgerichte muss angerufen werden?

**Beispiel:** Der Arbeitnehmer hat einen Arbeitsvertrag mit einer GmbH, Sitz Magdeburg, ist jedoch in ihrer Leipziger Zweigniederlassung tätig. Welches Arbeitsgericht ist zuständig?

Das ArbGG verweist insoweit auf die Zivilprozessordnung (=ZPO). Der Arbeitgeber kann daher insbesondere an seinem Wohnsitz bzw. – wenn es sich um eine juristische Person wie eine GmbH handelt – an seinem Sitz verklagt werden (§§ 13, 17 ZPO). Der Kläger kann aber auch das Gericht wählen, in dessen Bezirk sich eine »gewerbliche Niederlassung« wie z.B. eine Zweigstelle befindet (§ 21 ZPO). Außerdem kann am **Betriebssitz** geklagt werden, da dort die Arbeitsleistung erbracht wird und auch andere Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag erfüllt werden müssen (§ 29 ZPO). Der Arbeitnehmer kann an seinem Wohnsitz verklagt werden. Abweichende Vereinbarungen im Arbeitsvertrag (sog. **Gerichtsstandsklauseln**) sind **unwirksam**; lediglich die Tarifvertragsparteien können nach § 48 Abs. 2 ArbGG die Zuständigkeit eines anderen Arbeitsgerichts vorsehen.

Befindet sich der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer im Ausland, so kommen zum dritten die Grundsätze über die **internationale Zuständigkeit** zur Anwendung. Bei ihnen muss man unterscheiden:

◆ Hat der Arbeitgeber seinen Sitz oder zumindest eine Zweigstelle oder sonstige Niederlassung in einem EU-Staat (außer Dänemark), so greift die **Verordnung (EG) Nr. 44/2001** ein, wonach der Arbeitnehmer die Wahl hat, den Arbeitgeber an seinem Sitz, am Ort seiner Niederlassung oder an seinem (des Arbeitnehmers) ständigen Arbeitsort zu verklagen. Letzteres wird für den Beschäftigten in aller Regel die vorzuziehende Alternative sein. Eine Gerichtsstandsvereinbarung ist nur in der Weise möglich, dass dem Arbeitnehmer weitere Wahlmöglichkeiten eingeräumt werden. Soll er selbst verklagt werden, ist dies nur an seinem Wohnsitz möglich.

◆ Hat der Arbeitgeber im EU-Gebiet keine Niederlassung, so wird von deutschen Gerichten die **ZPO entsprechend** angewandt. In der Regel kann der Arbeitnehmer dann auch an seinem ständigen Arbeitsort klagen. § 38 Abs. 2 ZPO lässt an sich eine beliebige **Gerichtsstandsvereinbarung** zu, doch scheidet sie im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherrecht wegen der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers im Regelfall aus.

#### IV. Wer kann vor Gericht auftreten?

Arbeitnehmer und Arbeitgeber können ein arbeitsgerichtliches Verfahren ohne Einschaltung irgendwelcher rechtskundiger Personen durchführen. Anders als bei einem Scheidungsverfahren oder bei einem Prozess vor dem Landgericht besteht **kein »Anwaltszwang«**. Dennoch sollte ein Arbeitnehmer auf juristischen Rat nur dann verzichten, wenn die Sache zu 100 Prozent klar ist oder wenn er selbst sich im geltenden Recht gut auskennt. Liegt ein solcher Ausnahmefall nicht vor, gibt es verschiedene Möglichkeiten:

◆ Am leichtesten hat es ein Gewerkschaftsmitglied. Die Gewerkschaft gibt **unentgeltlich Rechtsschutz**. Dies bedeutet, dass ein Mitarbeiter der gewerkschaftlichen Rechtsschutz-GmbH die Klage aufsetzt und auch in der mündlichen Verhandlung auftritt. In Einzelfällen schaltet die Gewerkschaft auf ihre Kosten auch einen Rechtsanwalt ein.

◆ Wer nicht organisiert ist, sollte sich an einen **Rechtsanwalt** wenden. Er verlangt allerdings Geld. Selbst wenn man das Verfahren gewinnt, muss man die Anwaltskosten der 1. Instanz selbst tragen. Dagegen schützt der Abschluss einer **Rechtsschutzversicherung**. Wer wenig Geld hat, erhält vom Gericht eine sog. **Prozesskostenhilfe**; ihm wird eventuell auch auf Staatskosten ein Rechtsanwalt zur Verfügung gestellt.

#### V. Fragen des Verfahrens

##### 1. Urteilsverfahren

Klagt ein Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber, findet ein sog. Urteilsverfahren statt. Die Bezeichnung rührt daher, dass das Verfahren mit einem Urteil abgeschlossen wird.

Zuerst findet eine Güteverhandlung vor dem Berufsrichter statt. Führt sie zu keiner Erledigung des Rechtsstreits, findet einige Monate später eine sog. streitige Verhandlung statt, bei der dann alle offenen Fragen geklärt werden sollen und an deren Ende ein Urteil steht – wenn sich die Parteien nicht doch noch vergleichen.

Nach § 9 Abs. 1 ArbGG ist das arbeitsgerichtliche Verfahren „in allen Rechtszügen“ zu **beschleunigen**. Kommt es zu einer streitigen Verhandlung, so hat sie der Vorsitzende so vorzubereiten, dass sie möglichst in einem Termin zu Ende geführt werden kann (§ 56 Satz 1 ArbGG). Er darf insbesondere Zeugen und Sachverständige laden, amtliche Äußerungen herbeiführen, schriftliche Unterlagen beiziehen und das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen. Mit diesem **«Konzentrationsprinzip»** ist das arbeitsgerichtliche Verfahren Vorbild für den allgemeinen Zivilprozess gewesen. Die umfassende Vorbereitung darf freilich die Mitwirkung der beiden ehrenamtlichen Richter nicht entwerten; so dürfen insbesondere Beweisbeschlüsse (welcher Zeuge wird zu welchem Thema gehört?) nicht durch den Vorsitzenden allein erlassen werden, da sie oft bereits auf eine inhaltliche Vorentscheidung hinauslaufen. Weiter soll ein zügiger Fortgang dadurch gesichert werden, dass die einzuhaltenden **Fristen relativ kurz** sind. So beträgt die Ladungsfrist u. U. nur drei Tage; das Urteil muss nach § 60 Abs. 1 ArbGG in aller Regel in unmittelbarem Anschluss an die streitige Verhandlung verkündet werden. Für die Parteien ist dies in der Regel zumutbar, da § 9 Abs. 5 Satz 1 ArbGG in allen Fällen eine **Rechtsmittelbelehrung** vorsieht.

Der Beschleunigungsgrundsatz hat durchaus **praktische Konsequenzen**. Im Jahre 2006 wurden insgesamt 476 906 Klagen erledigt, davon 305 851 (=64,13 %) innerhalb von drei Monaten. Dies ist ein sehr viel höherer Prozentsatz als bei den Amts- und Landgerichten, wobei gleichzeitig der einzelne Arbeitsrichter im Durchschnitt höhere Fallzahlen zu bewältigen hat. Dass „schnelle Erledigung“ allerdings nicht immer der Gerechtigkeit dienen mag, steht auf einem anderen Blatt.

Die am Beginn stehende **Güteverhandlung** hat den im Gesetz hervorgehobenen Zweck, eine «gütliche Einigung» der Parteien herbeizuführen; aus diesem Grund sind alle für den Streit maßgebenden Umstände zu erörtern. Selbst wenn dieser erste Versuch fehlschlägt, soll das Gericht auch im weiteren Verfahrens eine **«gütliche Erledigung des Rechtsstreits»** anstreben (§ 57 Abs. 2 ArbGG). In der Praxis wurden im Jahre 2006 **mehr als 52 % aller Verfahren** schon in erster Instanz durch **Vergleich** beendet. Dazu kamen 30,05 % „Erledigungen auf sonstige Weise“, wozu u. a. Klagerücknahmen und Erledigungen in der Hauptsache zählen.

Der Arbeitnehmer klagt 500 € wegen nicht vergüteter Überstunden ein. Da er inzwischen aus dem Betrieb ausgeschieden ist, bezahlt der Arbeitgeber den Betrag, da dies sinnvoller als ein aufwendige Prozess mit ungewissem Ausgang ist. Damit ist das Verfahren in der Hauptsache erledigt (§ 91a ZPO).

**Nur in 7,74 % aller Fälle** erging ein „**streitiges Urteil**“, das im Einzelnen zu begründen ist. Den Rest von 9.99 % machten „sonstige Urteile“ wie Versäumnis- und Anerkenntnisurteile aus (ein Versäumnisurteil ergeht, wenn eine Partei nicht erscheint und auch keinen Vertreter schickt, ein Anerkenntnisurteil beruht darauf, dass der Beklagte die Berechtigung der Klage „anerkennt“)

Ein frühzeitiger **Vergleich** schafft zwar rechtzeitig Klarheit, spart dem Richter Arbeit und wirkt sich positiv auf die in der Statistik auftauchende durchschnittliche Prozessdauer aus – **für den Arbeitnehmer** erweist er sich insbesondere im Kündigungsschutzprozess oft als nachteilig, da der Arbeitsplatz in aller Regel endgültig verloren geht. Auch in andern Fällen dürfte nur ausnahmsweise das Ziel erreicht werden, gestörte Sozialbeziehungen wieder zu «kitten», da typischerweise erst nach Ende des Arbeitsverhältnisses geklagt wird und deshalb das Tisch Tuch bereits zerschnitten ist.

Wie man sich im Verfahren als Arbeitnehmer im Einzelnen verhält, welche Urkunden man vorlegt und welche Zeugen man benennt – dies alles muss man sinnvollerweise mit seinem Prozessvertreter besprechen.

## **2. Beschlussverfahren**

Streiten sich Betriebsrat und Arbeitgeber, so findet ein sog. **Beschlussverfahren** statt. Dafür gelten die Sonderregeln der §§ 80ff. ArbGG. Ein Gütetermin ist seit der Gesetzesänderung vom 1. 5. 2000 möglich, jedoch nicht obligatorisch vorgeschrieben. Das Verfahren wird mit einem »Beschluss« abgeschlossen.

Auch der Betriebsrat kann das Verfahren selbst führen oder sich von einem gewerkschaftlichen Rechtssekretär oder einem Rechtsanwalt vertreten lassen.

## **3. Vorlagebeschlüsse**

Kommt das Arbeitsgericht zu dem Ergebnis, ein bestehendes Gesetz verstoße

gegen das Grundgesetz, so muss es die Angelegenheit nach Art. 100 GG dem **Bundesverfassungsgericht** vorlegen.

**Beispiel:** Das Arbeitsgericht vertritt den Standpunkt, die Anwendung des Einigungsvertrags auf Wissenschaftler verstoße gegen das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG, da er dem Arbeitgeber weitreichende Kündigungsmöglichkeiten gibt.

Eine derartige Vorlage kann auch von einer Prozesspartei beantragt werden. Die Einzelheiten sind in § 80 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht (= BVerfGG) geregelt. Der Vorlagebeschluss muss insbesondere angeben, inwieweit die Entscheidung des Rechtsstreits von der Gültigkeit einer bestimmten Vorschrift abhängt und welche Grundgesetznorm im Einzelnen verletzt ist.

Ähnlich wird verfahren, wenn es um die Auslegung von EG-Recht geht: Bestehen irgendwelche Zweifel über die Gültigkeit oder den Inhalt einer EG-rechtlichen Norm, so kann der **Europäische Gerichtshof** in Luxemburg eingeschaltet werden.

Das Arbeitsgericht meint, der Ausschluss von Teilzeitkräften von der Weihnachtsgeldzahlung sei eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts und verstoße deshalb gegen Art. 141 EG-Vertrag. So in der Tat das ArbG München mit der Folge, dass der EuGH sich diesem Standpunkt anschloss.

Rechtsgrundlage für ein solches Verfahren ist die Vorschrift des Art. 234 EG-Vertrag.

#### 4. Effizienz des Rechtsschutzes

Der **Zugang** zum Arbeitsgericht wird durch eine Reihe **faktischer Hindernisse** erschwert.

- ◆ Der einzelne Arbeitnehmer erkennt überhaupt nicht, dass es sich um ein Rechtsproblem handelt.
- ◆ Der Arbeitnehmer hat zwar das Gefühl, ihm sei Unrecht widerfahren, doch weiß er nicht, was er konkret unternehmen soll. Er kennt niemanden, der ihn beraten könnte. Die Lektüre des Gesetzestextes bringt schon aus sprachlichen Gründen keine genügenden Aufschlüsse.
- ◆ Der Arbeitnehmer erkennt zwar das Rechtsproblem, hält jedoch ein gerichtliches Vorgehen für aussichtslos, weil er die Rechtsauffassung des Arbeitgebers akzeptiert.
- ◆ Der Arbeitnehmer ist der Ansicht, ein gerichtliches Verfahren sei zu teuer.
- ◆ Wichtigste Zugangsbarriere dürfte jedoch die Erwägung sein, dass eine Klageerhebung vom Arbeitgeber häufig als Illoyalität gewertet wird. Damit würden betriebliche Aufstiegschancen, u. U. auch der Arbeitsplatz selbst gefährdet. Deshalb

wird typischerweise erst nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses geklagt.

Auch im gerichtlichen Verfahren selbst können sich Schwierigkeiten ergeben, die sich am ehesten mit Hilfe eines Prozessvertreters überwinden lassen.

Trotz aller Probleme: Die Arbeitsgerichtsbarkeit genießt ein hohes Maß an Zustimmung auf Arbeitgeber- wie auf Arbeitnehmerseite.

## **VI. Weiterführende Literatur**

Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, 6. Aufl., München 2007

Däubler, Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts, 2. Aufl., Frankfurt/Main-Köln 1975

## § 6: Staatliche Aktivitäten zur Verbesserung der Situation auf dem Arbeitsmarkt

### I. Die Ausgangssituation

Seit etwa 1975 gibt es in der Bundesrepublik das Phänomen der Massenarbeitslosigkeit, während in den 50er und 60er Jahren nach gewissen Anfangsschwierigkeiten Arbeitskräfte knapp waren.

Arbeitslos waren im Durchschnitt während des Jahres 2005 4,8 Millionen Personen, was bei einer Erwerbstätigenzahl von 38,8 Millionen einer Arbeitslosenquote von 12,37 % entsprach. In der Zwischenzeit haben sich die Verhältnisse um einiges verbessert. Im Juni 2008 waren 3,8 Millionen Personen als arbeitslos gemeldet, denen 40,26 Millionen Erwerbstätige gegenüberstanden; die Arbeitslosenquote hatte sich also auf knapp 8 % reduziert. Dies ergibt sich aus dem Statistischen Wochenbericht des Statistischen Bundesamtes für die 28. Kalenderwoche 2008.

Verbreitete Arbeitslosigkeit schafft bei vielen Arbeitnehmern die Befürchtung, in dieselbe Situation geraten zu können. Zunächst erhält der Betroffene Arbeitslosengeld, das je nach Beschäftigungsdauer für einen Zeitraum zwischen 6 und 12 Monaten gewährt wird. Bei Älteren, die viele Jahre als Arbeitnehmer gearbeitet haben, ist eine Erhöhung auf bis zu 24 Monate möglich (§ 127 SGB III). Das Arbeitslosengeld beträgt nach § 129 SGB III 60 Prozent des bisherigen Nettoentgelts; ist ein Kind zu versorgen, erhöht es sich auf 67 %. In die Bezugsgröße „bisheriges Nettoentgelt“ gehen allerdings nicht alle Einkünfte ein, da z. B. Überstunden nicht berücksichtigt werden. In der Praxis beläuft sich die tatsächliche Leistungshöhe daher auf etwas über 50 %.

Findet der Betroffene während der Laufzeit des Arbeitslosengelds keine neue Stelle, **droht ein wirtschaftlicher Absturz**: Bis auf ein vergleichsweise bescheidenes „Schonvermögen“ müssen zunächst alle Ersparnisse aufgebraucht werden, bevor die Grundsicherung nach dem SGB II (nach dem Vorsitzenden der Kommission, die die

Arbeitsmarktreformen beriet, „Hartz IV“ genannt) eingreift. Sie ermöglicht nur ein sehr bescheidenes Leben, das deutlich hinter dem normalen Konsumverhalten anderer Mitbürger zurückbleibt.

Wer eine solche Eventualität nicht auszuschließen vermag, wird alles tun, um den bisherigen Arbeitsplatz zu behalten. Nach Auffassung vieler Mitmenschen sind hierfür **„Anpassung“ und „Nicht-Auffallen“** die besten Mittel. Auch gemeinsam mit andern wird man nur noch ausnahmsweise zur Wahrung eigener Interessen bereit sein, also beispielsweise in der Tarifrunde Flugblätter verteilen oder gar während dreier Stunden die Arbeit niederlegen. Eine Beschwerde beim Betriebsrat wird man gleichfalls kaum erheben und erst recht eine Kandidatur bei der nächsten Betriebsratswahl nicht in Erwägung ziehen. Dies hat ersichtlich **Folgen für das Funktionieren der Tarifautonomie wie der Betriebsverfassung**; hier liegt eine der Ursachen dafür, dass nur noch rund 60 % aller Arbeitnehmer von Tarifverträgen erfasst und nur 50 % durch einen Betriebsrat vertreten werden.

**Geringqualifizierte** sind **stärker** als andere **von Arbeitslosigkeit bedroht**. Von den Erwerbspersonen ohne Berufsschulabschluss waren im Durchschnitt des Jahres 2005 26,0 % ohne Arbeit, von den Absolventen einer Lehre oder einer Fachschule 11,8 % und von Personen mit abgeschlossenem Hoch- und Fachhochschulstudium nur 4,1 %. Bei dem zuletzt genannten Segment bestanden bisweilen sogar „Engpässe“ in dem Sinne, dass Stellen erst später als geplant besetzt werden konnten. Dies legt es nahe, der **Weiterqualifizierung** der Beschäftigten auch im Arbeitsrecht eine **hohe Bedeutung** beizumessen.

Die **Erwerbstätigkeit älterer Personen** ist in Deutschland **geringer** als in vielen anderen Ländern. Von den 55 bis 60-Jährigen waren 2006 noch 67 % erwerbstätig, von der 60 bis 65-Jährigen nur noch 31 %. Dies kann Folge von frühzeitigem Gesundheitsverschleiß aufgrund schwerer körperlicher Belastung oder Stress sein, dürfte in der Mehrzahl der Fälle aber mit attraktiv erscheinenden „Vorruhestandsprogrammen“ und einem eher distanzierten Verhältnis zur bisherigen Tätigkeit zusammen hängen. Niedrige Geburtenrate und steigende Lebenserwartung führen nun dazu, dass der Altersdurchschnitt der

Gesamtbevölkerung steigt und deshalb in Zukunft auch **Personen zwischen 55 und 65 verstärkt erwerbstätig** sein müssen. Dazu kommt die allmähliche Erhöhung des Rentenalters auf 67 Jahre sowie die teilweise Zurücknahme von „Ausstiegsprogrammen“, so dass auch deshalb mit einer sehr viel höheren Erwerbsquote dieser Jahrgänge zu rechnen ist. Arbeitsrechtliche Konsequenzen können sich dabei insoweit ergeben, als Weiterbildungsbemühungen entgegen dem bisher Üblichen auch noch nach dem 50. Lebensjahr erforderlich sind und überdies die **Arbeitsbedingungen** so gestaltet sein sollten, dass eine „**Flucht in den Ruhestand**“ **faktisch auf Ausnahmefälle beschränkt** bleibt. Hier liegt der wichtigste Ansatzpunkt für die **Vorstellung von „guter Arbeit“**, die von der IG Metall entwickelt wurde und die auch auf Arbeitgeberseite mehr Aufmerksamkeit verdient hätte.

## **II. Abbau von arbeitsrechtlichen Schutznormen als Therapie?**

Insbesondere Anhänger des Neoliberalismus vertreten die Auffassung, nur wenn der Markt voll zur Entfaltung komme, sei ein Ausgleich von Angebot und Nachfrage und damit eine Beseitigung der Arbeitslosigkeit möglich. Zentrale Forderung ist deshalb der Abbau von arbeitsrechtlichen Schutznormen, die als „marktfremd“ denunziert werden.

Der Gesetzgeber hat seit Mitte der 80er Jahre einzelne Normen abgebaut, etwa die Befristung von Arbeitsverhältnissen erleichtert und den Kündigungsschutz dadurch reduziert, dass „Kleinbetriebe“, die aus dem Kündigungsschutzgesetz ausgenommen sind, alle Einheiten bis zu 10 (und nicht wie früher bis zu 5) Beschäftigten erfassen. Auch nahm der Druck auf die Gewerkschaften zu, im Interesse der Wettbewerbsfähigkeit einzelner Unternehmen „Bündnisse für Arbeit“ abzuschließen und auf einen Teil der tariflich gesicherten Rechte zu verzichten. Gleichwohl sind die „Erträge“ dieser Politik höchst bescheiden geblieben. Die aktuelle Verbesserung der Situation ist nicht auf irgendwelche arbeitsrechtlichen Veränderungen zurückzuführen, da es diese seit 2005 nicht gegeben hat. Auf eine Reihe weiterer Gesichtspunkte sprechen gegen eine „Deregulierung“:

- Es gibt bislang **keine empirischen Beweise**, dass ein hohes Maß an Arbeitnehmerschutz den Abbau von Arbeitslosigkeit hindert oder diese gar vergrößert. Eine vergleichende Studie der OECD war insoweit unergiebig. Auch die relativ niedrige Arbeitslosigkeit in den USA besagt insoweit wenig, weil Personen, die man in Deutschland mitzählt, dort nicht in die Statistik eingehen, und weil Kündigungen entgegen verbreiteter Annahme wegen des Diskriminierungsschutzes und anderer rechtlicher Restriktionen keineswegs beliebig zulässig sind. Weiter existieren **Länder** wie etwa Slowenien, **die die Beschäftigten stärker als das deutsche Recht schützen**, ohne deshalb in beschäftigungspolitische Schwierigkeiten geraten zu sein. Die deutliche Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes in der Volksrepublik China, der nunmehr – abgesehen von der schwachen Stellung der Teilzeitkräfte – über das in Deutschland vorhandene Niveau hinausgeht, ändert nichts an der Attraktivität des Standorts, wie eine aus der Praxis kommende und in Deutschland veröffentlichte Stellungnahme mit Recht betont.

- Soweit in der Vergangenheit arbeitsrechtlicher **Schutz im Wege der Gesetzgebung abgebaut** wurde, ergaben sich **keinerlei positive Beschäftigungseffekte**. Durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25. September 1996 wurde etwa die Möglichkeit geschaffen, mit Arbeitnehmern ab dem 60. Lebensjahr beliebig befristete Verträge zu schließen, um so ihre Einstellung zu erleichtern. Bis zur Neuregelung im Jahr 1998 nahmen die befristeten Verträge bei dieser Altersgruppe jedoch nicht zu sondern ab. Ein weiterer Erfahrungsbericht hatte die Frage zum Gegenstand, ob sich das **Einstellungsverhalten** der Unternehmen geändert hatte, die 1996 vom Kündigungsschutz freigestellt bzw. ab 1.1.1999 wieder in diesen einbezogen worden waren. Der Vergleich mit Unternehmen, für die sich nichts geändert hatte, ergab die völlige Wirkungslosigkeit der Gesetzgebung: Nach 1996 wurde von allen Unternehmen gleichermaßen Beschäftigung abgebaut, nach 1998 erfolgten genauso einheitlich zahlreiche Neueinstellungen.

- **Arbeitsrechtlicher Schutz** bringt für den Arbeitgeber nicht nur eine mögliche Kostenbelastung. Vielmehr stellt er einen zentralen **Beitrag für** die Erhaltung und Verbesserung der **Produktivität** dar und ist Voraussetzung für die Entwicklung von Innovationen.

- Unternehmen, aber auch ganze Länder werden traditionellerweise von zwei amerikanischen Agenturen einem **Rating** unterzogen, das die wirtschaftliche Stärke und die daraus folgende Fähigkeit zur künftigen Erfüllung von Verbindlichkeiten zum Gegenstand hat. Die Arbeitsbeziehungen innerhalb des Unternehmens bzw. die **Arbeitsrechtsordnung** spielen dabei anders als die Steuerbelastung **keinerlei Rolle**. Die „Bestnote“ AAA, die der Standort Bundesrepublik erhält, steht in seltsamem Gegensatz zu manchen Klagen über die „Sklerotisierung“ des deutschen Arbeitsmarkts.

Von der Frage nach der generellen Wirkung des Arbeitsrechts ist das ganz andere Problem zu unterscheiden, ob der **selektive Schutz einer bestimmten Gruppe** zu einer faktischen Benachteiligung der Geschützten führen kann, weil der Arbeitgeber bei der Einstellung einen „Normalarbeitnehmer“ bevorzugt. Dies hat das BVerfG für den Fall des Mutterschutzes angenommen, weil die damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteile die Arbeitgeberseite von der Einstellung von Frauen abhalten könnten. Das Gericht hat eine benachteiligungsfreie Regelung eingefordert, die inzwischen auch geschaffen wurde.

### **III. Aufbau staatlich subventionierter Beschäftigung**

Die Arbeitsverwaltung hat versucht, aus eigener Kraft Beschäftigungsmöglichkeiten zu schaffen. Das Gesetz (konkret: das Sozialgesetzbuch Teil III) gibt hierfür insbesondere die folgenden Möglichkeiten:

- Nach den §§ 260 ff. SGB III können sog. **Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen**, auch „ABM“ genannt, aus öffentlichen Mitteln finanziert werden. Dabei geht es insbesondere um „zusätzliche und im öffentlichen Interesse liegende Arbeiten“ – „zusätzlich“ bedeutet, dass sie ohne den Einsatz des Arbeitslosen nicht erledigt worden wären, „im öffentlichen Interesse liegend“ besagt, dass es sich nicht um eine gewinnorientierte Tätigkeit handeln darf. Typischerweise werden deshalb ABM-Kräfte in der öffentlichen Verwaltung eingesetzt. Erfasst werden solche Arbeitslose, die auf andere Weise keine Beschäftigung finden; dies setzt im Regelfall voraus, dass die Arbeitslosigkeit bereits einige Zeit gedauert

hat. Die Arbeitsverwaltung bezahlt nach § 264 SGB III einen „Zuschuss“, dessen Höhe von der Vorqualifizierung der fraglichen Person abhängt. Für Hochschulabsolventen werden beispielsweise 1300,00 Euro, für Arbeitnehmer ohne Ausbildung 900,00 Euro bezahlt. Die einzelnen Personen werden in einem Arbeitsverhältnis zur Verwaltung (oder einem gemeinnützigen Träger wie einem Verein) beschäftigt; die Vergütung kann im Einzelfall über den Zuschuss hinausgehen. Die Förderung dauert im Regelfall ein bis zwei Jahre; bei Arbeitnehmern, die bereits das 55. Lebensjahr vollendet haben (und die deshalb nur noch schwer auf dem Arbeitsmarkt vermittelbar sind), kann eine Verlängerung auf drei Jahre erfolgen. Schon die Verlängerung auf zwei Jahre ist davon abhängig, dass der Arbeitgeber seine Absicht erklärt, die fragliche Person in ein Dauerarbeitsverhältnis übernehmen zu wollen; tut er dies dann gleichwohl nicht, muss er einen Teil der Zuschüsse zurückbezahlen (§§ 267a, 268 SGB III).

- Ein weiteres und finanziell weniger aufwendiges Mittel sind sog. **Eingliederungszuschüsse** nach den §§ 218 ff. SGB III. Sie werden dann gewährt, wenn der Arbeitgeber einen schwer vermittelbaren Arbeitslosen einstellt. Der Zuschuss beträgt höchstens 50 % des Arbeitsentgelts und wird für längstens 12 Monate bezahlt. Erfasst sind dadurch Arbeitnehmer ohne Qualifikation, Ältere und Schwerbehinderte; bei Letzteren können die Zuschüsse noch erheblich aufgestockt werden. Ausgeschlossen ist eine Förderung, wenn der fragliche Arbeitnehmer schon früher beim selben Arbeitgeber beschäftigt war – es wäre nicht auszuschließen, dass das Arbeitsverhältnis nur deshalb beendet wurde, um bei seiner Wiederbegründung einen Zuschuss zu erhalten. Wird das Arbeitsverhältnis nach Auslaufen der Förderung nicht wenigstens so lange fortgesetzt, wie die Förderung gedauert hat, muss der Arbeitgeber einen Teil der Zuschüsse zurückzahlen.
- In den ersten zwei Jahren nach Neugründung eines Unternehmens kann nach den §§ 225 ff. SGB III ein sog. **Einstellungszuschuss** gewährt werden, wenn der Arbeitgeber einen arbeitslosen und förderungsbedürftigen Arbeitnehmer einstellt. Der Zuschuss kann allerdings höchstens für zwei Arbeitnehmer

gleichzeitig bezahlt werden; seine Höhe entspricht dem Eingliederungszuschuss nach § 218 SGB III. Auch gelten dieselben Grundsätze im Hinblick auf die Rückzahlung, wenn keine ausreichende Weiterbeschäftigung erfolgt.

- Will sich ein Arbeitsloser selbstständig machen, beispielsweise einen kleinen Laden oder ein Taxiunternehmen eröffnen, so kann er einen sog. **Gründungszuschuss** nach den §§ 57 ff. SGB III erhalten. Dabei muss er der Arbeitsverwaltung gegenüber nachweisen, dass er über die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung der selbstständigen Tätigkeit verfügt und dass seine Existenzgründung auch wirtschaftlich tragfähig ist. Letzteres muss durch eine fachkundige Stelle wie die Industrie- und Handelskammer oder eine Bank nachgewiesen werden, die ihm ein Darlehen gewährt hat. Der Gründungszuschuss tritt an die Stelle des vorher bezogenen Arbeitslosengeldes. Es wird höchstens für neun Monate gewährt. Der Betrag liegt 300,00 Euro über dem Arbeitslosengeld, was damit zusammenhängt, dass der Betroffene als Empfänger von Arbeitslosengeld automatisch sozialversichert ist, während er bei selbstständiger Tätigkeit selbst für eine Versicherung sorgen muss.
- Aus dem dänischen Recht ist die sog. **Job-Rotation** nach §§ 229 ff. SGB III übernommen worden. Will sich ein Arbeitnehmer fortbilden und wird er deshalb vom Arbeitgeber für einige Wochen oder Monate auf eine Weiterbildungseinrichtung geschickt, so kann für die Lohnkosten des Vertreters ein staatlicher Zuschuss gewährt werden. Voraussetzung ist, dass die Ersatzkraft zuvor arbeitslos war. Die Förderung liegt zwischen 50 und 100 % der Vergütung, wobei sowohl die Weiterbildungskosten für den Stammbeschäftigten wie auch ggf. geringere Leistungen des Vertreters berücksichtigt werden. Praktisch wird von dieser Möglichkeit nur relativ selten Gebrauch gemacht.
- Die zahlenmäßig wichtigste Bedeutung kommt heute den sog. **Ein-Euro-Jobs** zu. Wer Grundsicherung („Hartz IV“ – s. oben I) bezieht, kann nach § 16 Abs.3 Satz 2 SGB II in eine **„Arbeitsgelegenheit mit**

**Mehraufwandsentschädigung**“ vermittelt werden. Bei dieser muss es sich um eine „**im öffentlichen Interesse liegende, zusätzliche**“ **Arbeit** handeln, was den Voraussetzungen einer ABM-Beschäftigung entspricht. Diese wird bei einem Dritten, dem Träger der Maßnahme, durchgeführt, der sich darüber mit der Bundesagentur für Arbeit (d. h. der Arbeitsverwaltung – übliche Abkürzung „BA“) verständigt hat. Der Arbeitslose schließt nach § 15 Abs.1 Satz 1 SGB II eine sog. **Eingliederungsvereinbarung** mit der BA, in der sein Einsatz und die näheren Bedingungen festgelegt werden. Verweigert er seine Zustimmung, kann nach § 15 Abs.1 Satz 6 SGB II ein Verwaltungsakt mit demselben Inhalt erlassen werden. Außerdem kann die Grundsicherung nach § 31 Abs.1 Satz 1 und Abs.6 Satz 2 SGB II für die folgenden drei Monate um 30 % gekürzt werden. Dies bedeutet, dass die „**Freiwilligkeit**“ im Einzelfall **eine erzwungene** sein wird. Die Praxis wird im Wesentlichen durch die „Arbeitshilfe der Bundesagentur für Arbeit zur Umsetzung von Arbeitsgelegenheiten“ bestimmt. Danach beschränkt sich die Tätigkeit auf **höchstens 30 Stunden wöchentlich**, da eine vollschichtige Arbeit angesichts geringer Vergütung nicht zumutbar wäre. Erfasst kann jede zumutbare Arbeit im Sinne des § 10 SGB II sein. Der Arbeitslose erhält einen „Aufwendersatz“ von mindestens 1 Euro pro Stunde, was dieser Arbeitsform den Namen gegeben hat; meist liegt er etwas darüber. Der **Träger der Maßnahme erhält** von der BA eine **monatliche Pauschale**, die seine Kosten für Personal, Versicherung, Betreuung und Qualifizierung abdecken soll und die sich zwischen 600 und 800 € beläuft. Dies kann im Einzelfall darauf hinauslaufen, dass ihn die fragliche Person nicht nur nichts kostet, sondern dass sie außer der Arbeitsleistung auch noch zusätzlichen finanziellen Überschuss bringt. Im wirtschaftlichen Ergebnis ist der „Ein-Euro-Jobber“ (wie man in der Umgangssprache sagt) **eine vom Staat zu 110 % subventionierte Arbeitskraft**. Die **Gefahr eines Verdrängungswettbewerbs** gegenüber regulären Beschäftigten soll dadurch gebannt werden, dass die Tätigkeit im öffentlichen Interesse liegen und eine „zusätzliche“ sein muss. Schon die erste Voraussetzung macht Probleme, da auch Privatunternehmen, die einen öffentlichen Auftrag ausführen, z. B. eine Straße bauen, ihre **Tätigkeit** als **im öffentlichen Interesse liegend** qualifizieren könnten. Noch schwieriger ist die „**Zusätzlichkeit**“ zu

bestimmen, da sie voraussetzt, dass ohne den Einsatz der Ein-Euro-Kraft die **fragliche Aufgabe unerledigt** geblieben wäre. So wurde in der Rechtsprechung sogar der Fall bekannt, dass eine Ein-Euro-Kraft als Putzfrau in einer öffentlichen Schule eingesetzt wurde. Es verwundert daher nicht, dass nach einem Bericht des Bundesrechnungshofs für das Jahr 2005 von **insgesamt 540 000 Ein-Euro-Jobbern** ein Viertel ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen beschäftigt war und **in weiteren 50 % der Fälle unklar** blieb, ob den Voraussetzungen des § 16 Abs.3 Satz 2 SGB II Rechnung getragen war.

Ein-Euro-Jobber sind **keine Arbeitnehmer**. Ihr Rechtsverhältnis zur BA und zum Träger unterliegt dem öffentlichen Recht, doch sind einige arbeitsrechtliche Normen entsprechend anwendbar.

Alle diese Maßnahmen des sog. zweiten Arbeitsmarkts sind relativ kostspielig und führen nur relativ selten zu einer dauerhaften Beschäftigung.

#### **IV. Abwehr von sozialem Dumping**

Werden Arbeitskräfte von einem Arbeitgeber aus einem anderen Mitgliedstaat der EU vorübergehend nach Deutschland entsandt, gilt auch während dieses Zeitraums weiter das Arbeitsrecht des Herkunftsstaates. Dies bedeutet, dass die sehr niedrigen Löhne aus Polen oder Rumänien nach Deutschland „mitgebracht“ werden. Insbesondere im Bausektor können deshalb ausländische Unternehmer Leistungen preisgünstiger anbieten. Der deutsche Gesetzgeber hat darauf in der Weise reagiert, dass er 1996 das sog. Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) geschaffen hat. Später wurde eine EG-Richtlinie erlassen, die zu einer Weiterentwicklung des Gesetzes führte. Sein Grundgedanke besteht in Folgendem:

- Tarifliche Bestimmungen über „Mindestentgeltsätze“ einschließlich der Überstundenvergütung sowie über die Dauer des Erholungsurlaubs, das Urlaubsentgelt und ein zusätzliches Urlaubsgeld werden auf die hierher entsandten Arbeitskräfte erstreckt, sofern die fraglichen Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt sind. Diese gewinnen dadurch die Eigenschaft von «zwingendem Recht», das

nach deutschem Kollisionsrecht also auch dann Anwendung findet, wenn Arbeitnehmer nach ausländischem Recht tätig sind. Die **Allgemeinverbindlicherklärung** kann nicht nur in dem üblichen Verfahren nach § 5 TVG erfolgen (wo die Arbeitgeberseite aufgrund ihrer paritätischen Vertretung im Tarifausschuss ein Vetorecht hat). Vielmehr ist auch der **Weg über eine Rechtsverordnung** des Bundesministers für Arbeit und Soziales möglich. Dies ist – wie das BVerfG entschieden hat - mit dem Grundgesetz vereinbar.

- Erfasst sind neben **Beschäftigten ausländischer (Sub-)Unternehmer** auch Leiharbeitskräfte sowie Scheinselbständige, die in der Regel aus Großbritannien eine sog. E-101-Bescheinigung mitbringen.
- Die Einhaltung der Mindestbedingungen wird von der Arbeitsverwaltung und den Hauptzollämtern nach näherer Maßgabe der §§ 2–4 AEntG **überwacht**. Verstöße werden als Ordnungswidrigkeiten geahndet; dabei kann nicht nur gegen den ausländischen Subunternehmer, sondern auch gegen seinen deutschen Auftraggeber vorgegangen werden. Wer eine Geldbuße von wenigstens 2500 € bezahlen muss, soll nach § 6 AEntG «für eine angemessene Zeit» **von allen öffentlichen Bauaufträgen ausgeschlossen** werden. Diese Sanktionen sind deshalb besonders wichtig, weil ins Inland entsandte ausländische Arbeitskräfte so gut wie nie in der Lage sind, ihre Rechte gerichtlich durchzusetzen.
- Nach § 1a AEntG haftet jeder Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragt, für die Erfüllung der vom Gesetz erfassten Arbeitnehmeransprüche. Die **Haftung des „Generalunternehmers“** ist dabei Vorbild gewesen, doch wird jedes Unternehmen in der „Subunternehmerkette“ erfasst.

Der Regelung des AEntG geht von der richtigen Überlegung aus, dass der **Sozialkostenwettbewerb dem Leistungswettbewerb nicht gleichgestellt** ist: Art. 136 Abs.1 EG-Vertrag sieht als Zielgröße u.a. eine «Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen» vor, die durch massenhaftes Angebot von Billigarbeitskräften gerade nicht erreicht würde. Die Ausnutzung unterschiedlicher Lohnkosten mag zwar nicht wettbewerbswidrig sein. Gleichzeitig gibt es jedoch keinen

gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz, Sozialkosten als Wettbewerbsfaktor beizubehalten; sie können jederzeit ausgeklammert werden.

Was geschieht, wenn **außerhalb des Bausektors** ausländische Billigarbeitskräfte in Deutschland eingesetzt werden? Auch Tarifverträge, die für allgemeinverbindlich erklärt sind, werden von der Rechtsprechung nicht auf ihre Arbeitsverhältnisse erstreckt. Anders wird jedoch für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle nach § 3 EFZG und für den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld nach § 14 MuSchG entschieden. Außerdem sieht **§ 7 AEntG für Arbeitnehmer aller Branchen** die Geltung bestimmter elementarer Schutzvorschriften vor; dazu gehören etwa **Höchstarbeitungszeiten** und Mindestruhezeiten, der gesetzliche Anspruch auf bezahlten **Erholungsurlaub**, der gesetzliche **Mindestlohn**, der in Deutschland durch das Verbot des Lohnwuchers ersetzt wird, das **Arbeitsschutz-** und das **Antidiskriminierungsrecht**. Inzwischen ist das **Gebäudereinigungshandwerk** und die Erbringung von Postdiensten der Tätigkeit im Bausektor gleich gestellt worden. Eine Reihe weiterer Branchen soll folgen.

## **V. Bekämpfung von Ausgrenzungen durch Diskriminierungsverbote**

Wer Träger eines bestimmten Merkmals ist, hat ggf. auf dem Arbeitsmarkt sehr viel schlechtere Chancen als der Durchschnitt der Arbeitsuchenden. Die Qualifikation weiblicher Arbeitskräfte wird häufiger auf dem Markt schlechter bewertet als die von Männern, auch wenn sich in der Realität keinerlei Unterschiede feststellen lassen. Wer einer fremden Rasse oder einer nationalen Minderheit angehört, ist häufig in der Gefahr, weniger gut als andere behandelt zu werden. Ähnliches gilt für Behinderte, für Angehörige religiöser oder weltanschaulicher Minderheiten oder für Straftatlassene. Auch sind Fälle bekannt geworden, in denen Bewerber wegen besonderer Körperfülle, wegen geringer Größe oder wegen ihrer sexuellen Orientierung benachteiligt wurden.

Die EG hat sich frühzeitig für die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Arbeitsleben engagiert. Der Grundsatz der Lohngleichheit, der in der ursprünglichen Fassung des EG-Vertrags in Art. 119 verankert war und der sich heute in Art. 141

findet, wurde in einer grundsätzlichen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Jahre 1976 so interpretiert, dass auch der einzelne Arbeitgeber beim Abschluss von Arbeitsverträgen an diesen Grundsatz gebunden ist. In der Folgezeit hat man das Prinzip der Gleichstellung von Mann und Frau auf alle Arbeitsbedingungen und Sozialleistungen ausgedehnt. Durch die Rahmenrichtlinie Gleichbehandlung aus dem Jahr 2000 wurden sieben weitere Merkmale in den Diskriminierungsschutz einbezogen. Nunmehr gelten in den einzelnen Mitgliedstaaten sog. Antidiskriminierungsgesetze; in Deutschland hat man dabei den etwas missverständlichen Titel „Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz“ (= AGG) gewählt. Dabei besteht Konsens über zwei Punkte:

- Jede Schlechterstellung aufgrund persönlicher Merkmale wie des Geschlechts oder der Hautfarbe stellt zugleich eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar. Schon deshalb besteht Grund, dagegen einzuschreiten.
- Benachteiligungen bestimmter „Merkmalsträger“ können zum zweiten zu einer systematischen Benachteiligung auf dem Arbeitsmarkt führen, die bis zur Ausgrenzung gehen kann, wenn sie den Zugang zu jeder angemessenen Form von Arbeit unmöglich macht. Dieser zweite Gesichtspunkt rechtfertigt es, die Thematik im vorliegenden Zusammenhang abzuhandeln.

## **1. Verbotene Benachteiligungsgründe**

Das Antidiskriminierungsrecht will keine universelle Gleichheit herstellen, sondern lediglich eine Benachteiligung wegen bestimmter Merkmale ausschließen. Nach den EG-Richtlinien und nach § 1 AGG sind erfasst:

- Rasse,
- ethnische Herkunft,
- Geschlecht,
- Religion,
- Weltanschauung,
- Behinderung,

- Alter und
- sexuelle Identität.

Dabei reicht es aus, wenn eines dieser Merkmale bei einer Entscheidung wie der Einstellung oder der Beförderung eine Rolle spielt; es ist nicht erforderlich, dass es der ausschlaggebende Gesichtspunkt war. Außerdem genügt es, wenn der Arbeitgeber davon ausging, dass eines der Merkmale in der Person des Betroffenen vorliege. Eine unzulässige Diskriminierung ist auch dann gegeben, wenn der Arbeitgeber beispielsweise irrtümlich annimmt, die fragliche Person gehöre zu einer nationalen Minderheit oder sei homosexuell veranlagt.

## **2. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung**

Knüpft eine für den Betroffenen ungünstige Entscheidung wie z. B. eine Kündigung an einem der genannten Merkmale an, so liegt eine sog. unmittelbare Diskriminierung vor. Dies ist der Fall, wenn beispielsweise ein Tarifvertrag – wie dies in den 50er Jahren in der Bundesrepublik der Fall war – vorsieht, dass Frauen bei derselben Tätigkeit eine Reduzierung der Normalvergütung auf 90 % in Kauf nehmen müssen. Dasselbe gilt, wenn Angehörige fremder Rassen bewusst schlechten Arbeitsbedingungen ausgesetzt werden. Dabei ist immer zu fragen, wie eine Person ohne das fragliche Merkmal behandelt wird oder behandelt worden wäre.

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt auch dann vor, wenn bestimmte Eigenschaften als „Einstellungsvoraussetzung“ nur vorgeschoben werden, weil man sie am fraglichen Arbeitsplatz gar nicht benötigt. Man will beispielsweise einen Mann und keine Frau einstellen und verlangt deshalb „Erfahrungen bei der Bundeswehr“, obwohl dies für die konkrete Tätigkeit nicht die geringste Rolle spielt. In solchen Fällen spricht man von „versteckter“ oder „verdeckter“ Diskriminierung.

Von der unmittelbaren ist die mittelbare Diskriminierung zu unterscheiden. Sie liegt dann vor, wenn an ganz neutralen Merkmalen angeknüpft wird, im Ergebnis aber bestimmte Merkmalsträger besonders nachteilig betroffen sind. Klassisches Beispiel ist die Teilzeitarbeit, die in Deutschland zu 90 % von Frauen verrichtet wird. Behandelt man Teilzeitkräfte schlechter als Vollzeitkräfte, gibt man ihnen

beispielsweise keine Weihnachtsgratifikation, so liegt zwar keine unmittelbare Diskriminierung vor, da auch die 10 % männlichen Teilzeitkräfte von der Regelung betroffen sind. In der Sache liegt jedoch eine mittelbare Diskriminierung zu Lasten der Frauen vor; der Effekt ist ein ähnlicher, wie wenn man unmittelbar am Geschlecht anknüpfen würde.

Unmittelbare wie auch mittelbare Diskriminierungen lassen sich unter bestimmten Umständen rechtfertigen. Für die unmittelbare Diskriminierung gilt dies dann, wenn die fragliche Eigenschaft notwendige Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist. Soll im Theater die Rolle eines jugendlichen Liebhabers besetzt werden, ist nach deutscher Tradition eine Frau oder ein älterer Herr fehl am Platze. Man darf also wegen des Geschlechts und des Alters durchaus differenzieren. Bloße Kundenwünsche genügen allerdings nicht. Soweit Kirchen als Arbeitgeber tätig sind, können sie verlangen, dass sich ihre Beschäftigten auch im Privatleben in weitem Umfang an ihren Geboten orientieren. Gerechtfertigt ist auch in vielen Fällen eine Anknüpfung ans Alter. So ist es zulässig, älteren Arbeitnehmern einen verstärkten Kündigungsschutz einzuräumen oder speziell für sie die Arbeitszeit zu verkürzen. Auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen der Altersgrenze ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unbedenklich.

Eine mittelbare Diskriminierung lässt sich etwas leichter als eine unmittelbare rechtfertigen. Es genügt, dass ein nicht mit den „verbotenen“ Merkmalen in Verbindung stehender Grund gewichtiger ist als die eintretende Benachteiligung und dass es kein weniger diskriminierendes Mittel gibt, um dasselbe Ziel zu erreichen. Stellt man beispielsweise bei einer zusätzlichen Altersversorgung auf „Führungskräfte“ ab, so sind dabei in Deutschland typischerweise Frauen unterrepräsentiert. Die darin liegende mittelbare Benachteiligung wird damit gerechtfertigt, dass Führungskräfte besonders intensiv an das Unternehmen gebunden werden sollen. Dies kann man inhaltlich durchaus in Frage stellen; dem Arbeitgeber bleibt auf alle Fälle ein erheblicher Spielraum.

### **3. Probleme der praktischen Durchsetzung**

Ob wirklich ein bestimmtes Merkmal wie Geschlecht, Rasse usw. bei einer Versetzung oder einer Kündigung eine Rolle spielte, wird oft zweifelhaft sein. Deshalb gibt es Beweiserleichterungen für die potentiell benachteiligte Person: Es genügt, wenn sie Indizien glaubhaft macht, die eine Diskriminierung wahrscheinlich machen. Dies ist insbesondere bei der unmittelbaren Diskriminierung ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung, doch wird man in vielen Fällen Schwierigkeiten haben, auch nur Indizien zu finden. Auch fällt es in aller Regel dem Einzelnen sehr schwer, während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber eine Diskriminierung vorzuwerfen und aus diesem Grund die Gerichte anzurufen. Bei der mittelbaren Diskriminierung liegt das Problem in erster Linie darin, dass bei allen anderen Merkmalen außer dem Geschlecht in der Regel keine statistischen Grundlagen zur Verfügung stehen.

In vielen Rechtsordnungen hat man deshalb den Versuch unternommen, Instanzen zu schaffen, die unabhängig vom Einzelnen Diskriminierungen beseitigen können. Wichtig ist dabei die Einschaltung staatlicher Behörden, die ggf. auch ein gerichtliches Verfahren in die Wege leiten oder die Sanktionen gegen den Arbeitgeber verhängen können. Daneben steht die Möglichkeit, dass Antidiskriminierungsverbände oder Gewerkschaften oder Zusammenschlüsse von Beschäftigten eine Klage einreichen, deren Resultat dann für und gegen alle Betroffenen wirkt. Diesen Weg ist man insbesondere in den USA gegangen. In der Bundesrepublik ist man insoweit (leider) sehr zurückhaltend und kennt keine staatlichen oder kollektiven Instanzen, die für die Einhaltung des Antidiskriminierungsrechts sorgen könnten.

#### **4. Positive Maßnahmen**

Das hier skizzierte Antidiskriminierungsrecht hat den Nachteil, dass es immer nur am Einzelfall orientiert ist. Strukturelle Benachteiligungen, die etwa darin bestehen, dass sich Frauen in einem bestimmtem Alter vorwiegend der Kindererziehung widmen und so für den Aufbau ihrer Karriere keine Zeit haben, werden auf diese Weise nicht erfasst. Wenn Ausländer schlechte Arbeitsplätze erhalten, hängt dies ggf. auch damit zusammen, dass sie nicht über ausreichende deutsche Sprachkenntnisse verfügen.

Dies ist ein Handicap, das man nicht allein durch Diskriminierungsverbote aus der Welt schaffen kann: Ist etwa der Arbeitsplatz mit vielen Kontakten zu Kunden verbunden, lässt sich schwerlich eine Person mit mangelhaften Sprachkenntnissen einsetzen.

Nicht weniger wichtig als die eigentlichen Diskriminierungsverbote sind deshalb Maßnahmen, die die Ursachen der Benachteiligung bekämpfen. Wichtig ist etwa, Frauen in gewissem Umfang von der Kindererziehung zu entlasten oder Ausländern Sprachkenntnisse anzubieten. Dies fasst man unter dem Stichwort der positiven Maßnahmen (auch „positive Diskriminierung“ genannt) zusammen. Ihr Ziel liegt darin, vorhandene und meist aus der überkommenen Gesellschaftsstruktur folgende Benachteiligungen bestimmter Gruppen auszugleichen. Am weitesten geht insoweit die Sorge um Behinderte. So hat der Arbeitgeber die nötigen Maßnahmen zu treffen, damit sich die Behinderung am Arbeitsplatz so wenig wie möglich auswirkt. Auch haben einzelne Landesverwaltungen sog. **Frauenquoten** eingeführt: Auf bestimmten Ebenen der Hierarchie werden Frauen grundsätzlich so lange bei Einstellungen und Beförderungen bevorzugt, bis ihr Anteil in etwa dem an der Gesamtbevölkerung entspricht.

## **VI. Aktuelle Konzepte: Flexicurity und Employability**

Das Kunstwort „**flexicurity**“ will „flexibility“ und „security“ kombinieren, also einen flexiblen Einsatz der Arbeitskraft bei stabiler Beschäftigung ermöglichen. Es ist ein Leitbegriff des „**Grünbuchs**“ der **EG-Kommission** für ein „moderneres Arbeitsrecht“, der in einer „**Mitteilung**“ der **Kommission** vom 27.6.2007 konkretisiert wurde. Danach kommt es entscheidend auf vier Komponenten an.

- Individual- und kollektivvertragliche Vereinbarungen müssen „flexibel und zuverlässig“ sein.
- Durch lebenslanges Lernen muss sich der Einzelne an die sich ändernden Anforderungen anpassen.
- Kommt es zu einem Verlust des Arbeitsplatzes, so müssen wirksame arbeitsmarktpolitische Maßnahmen den Übergang in ein neues

Beschäftigungsverhältnis oder eine angemessene Form von Selbstständigkeit ermöglichen.

- Moderne Systeme der sozialen Sicherheit müssen eine umfassende Abdeckung durch Leistungen bei Arbeitslosigkeit, Alter und Krankheit sicherstellen.

Auf dieser (für EG-Papiere typischen) Abstraktionshöhe lässt sich aus diesen Anforderungen allenfalls der Grundsatz „alles wie bisher, nur besser“ ableiten. Konkretisierungen müssen den jeweiligen nationalen Besonderheiten Rechnung tragen. **Flexible und verlässliche Verträge** würden im deutschen Kontext etwa bedeuten, atypische Beschäftigte (Befristete, geringfügig Beschäftigte, Leiharbeitnehmer) mit einem vergleichbaren Schutz wie Beschäftigte im Standardarbeitsverhältnis auszustatten. Beim **lebenslangen Lernen** stellen sich zahllose Probleme: Wie müssen die Voraussetzungen für ein „learning by doing“ beschaffen sein? Wer trägt bei formalisierten Weiterbildungsmaßnahmen (Vorträge, Lehrgänge usw.) die Kosten, können sie während der Arbeitszeit stattfinden? Und weiter: Müssen die **aktiven arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen** über das heutige Angebot der Bundesagentur hinausgehen? Wer müsste das finanzieren? Wie steht es mit der „**umfassenden Abdeckung**“ **der Lebensrisiken**? Schaffen die flexibel einsetzbaren Arbeitskräfte so viele neue Werte, dass Kranken- und Rentenversicherung ihre Leistungen großzügig verteilen können? Auf all dies erhält man keine konkrete Antwort. In der Literatur ist mit Recht darauf hingewiesen worden, dass sich Deregulierungen etwa in Form von weniger Bestandsschutz oder erweiterten Einsatzmöglichkeiten unschwer durch Gesetz einführen lassen, während die (durch Versicherungen abgedeckte) „security“ schon wegen der Finanzprobleme nur schwer auf den Weg zu bringen ist. Eine etwaige Umsetzung des Konzepts würde vermutlich „**Schlagseite**“ in der Richtung entwickeln, dass lediglich eine Anpassung nach unten, nicht aber eine ausgewogene Umstrukturierung erfolgt.

In der Literatur wird häufig auf das **dänische Modell** verwiesen, wo es nur einen sehr geringen Kündigungsschutz gibt. Gleichzeitig wird aber vier Jahre lang Arbeitslosengeld bezahlt, das bei Alleinstehenden 63 %, bei Verheirateten mit zwei Kindern 73 % des bisherigen Nettoeinkommens beträgt. Wer relativ wenig verdient, erhält 89 bzw. 95 %. Gleichzeitig werden zahlreiche Trainings-, Weiterbildungs- und Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen angeboten; intensive Vermittlungsbemühungen finden statt. Die Arbeitslosenquote liegt um 5 %, nur 1 % ist länger als ein Jahr ohne Job. Wollte man den geringen dänischen Kündigungsschutz, nicht aber die arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen nach Deutschland importieren, wäre dies eine schlichte Katastrophe für die Betroffenen.

**In manchen Zusammenhängen** kann der Grundgedanke der „flexicurity“ durchaus **hilfreich** sein. So kann etwa die Schaffung eines **künstlichen Arbeitgebers** bei der Hafenarbeit oder einzelnen Dienstleistungen sehr wohl einen flexiblen Einsatz mit stabiler Beschäftigung verbinden. Weiter ist auch der Gedanke „ausbaufähig“, der **internen Flexibilität** den **Vorrang** vor der „externen“, d. h. der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu geben. Dies sind jedoch nur partielle Korrekturen. Der Bereich, in dem die Interessen der Arbeitnehmer, der Arbeitgeber und des ggf. finanzierenden Staates übereinstimmen, ist recht klein: Gegen den deutlichen bis entschlossenen Widerstand eines Akteurs lässt sich kein ernst gemeintes flexicurity-Konzept durchsetzen.

Eine vergleichbare Schein-Attraktivität besitzt das Konzept der „**employability**“, der „Beschäftigungsfähigkeit“. Der Einzelne muss seine Qualifikation so weiterentwickeln, insbesondere so viel Lernfähigkeit ausbilden, dass er jederzeit an einem neuen Arbeitsplatz eingesetzt werden kann. Der „Arbeitskraftunternehmer“ perfektioniert sich so, dass seine Ware immer wieder nachgefragt wird. Für Mitarbeiter einer weltbekannten Unternehmensberatungsfirma mag dies ein realistisches Konzept sein, weil sie durch ihre Arbeit für viele Kunden „interessant“ werden. Im Normalfall des Bankangestellten, des Juristen oder der Verkäuferin geht dies **völlig an der Realität vorbei**. Selbst besonders leistungsfähige und karrierebewusste Personen werden nicht die Zeit finden, um sich auf potentielle künftige Einsatzfelder vorzubereiten – ganz abgesehen davon, dass es wenig motivierend ist, sich um neue Kenntnisse und Fähigkeiten zu bemühen, wenn völlig unsicher bleibt, ob man jemals von ihnen Gebrauch machen kann.

## **VII. Verbesserung der Investitionsbedingungen**

Die größte Bedeutung für die Verbesserung oder Verschlechterung der Situation auf dem Arbeitsmarkt haben vermutlich Maßnahmen, die die Bereitschaft zu Investitionen in Deutschland erhöhen. Dazu gehört etwa die Höhe der Unternehmenssteuern, die in den vergangenen 10 Jahren in der Bundesrepublik systematisch und in weitem Umfang gesenkt wurden. Einen ähnlichen Effekt hat die

Reduzierung der sog. Lohnnebenkosten, also insbesondere der Beiträge zur Sozialversicherung. Hier hat man den Versuch unternommen, jede Erhöhung auszuschließen und sie sogar im Rahmen des Möglichen etwas zu verringern. Bei der Krankenversicherung gelang dies allerdings nur dadurch, dass man zugleich von erkrankten Versicherten bestimmte „Zuzahlungen“ verlangte und außerdem die Leistungen inhaltlich beschränkte. Dies hat für sehr viel Unmut in der Bevölkerung gesorgt.

Eine weitere (und bessere) Strategie liegt in der gezielten Förderung von Innovationen. Die Bundesregierung gibt sehr viel Geld für die Forschung über Innovationen aus, die für die deutsche Wirtschaft von ganz zentraler Bedeutung sind. Insoweit kommt auch das Arbeitsrecht ins Spiel. Viele gehen davon aus, dass Existenzangst und Zeitmangel bei der Arbeit schlechte Voraussetzungen für die Entwicklung neuer Ideen sind, die sich dann in Unternehmen und darüber hinaus verbreiten lassen. Hier Abhilfe zu schaffen, ist eine noch nicht bewältigte Zukunftsaufgabe.

### **VIII. Weiterführende Literatur**

Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 11. Aufl., Reinbek Ende 2008, Kap. 1

Kurzberichte des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB), insbesondere Heft 16, 18 und 21/2007

Grünbuch der EG-Kommission und Mitteilung der Kommission vom 27.6.2007, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/employment\\_strategy/pdf/flex\\_comm\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/employment_strategy/pdf/flex_comm_de.pdf)