

# 50 Jahre VDJ – 50 Jahre Arbeitsrecht

Von Wolfgang Däubler, Bremen

## I. Das Arbeitsrecht – Versuch einer Bilanz

### 1. Die erste Etappe

Als sich die VDJ im März 1972 gründete, war zwei Monate zuvor das BetrVG 1972 in Kraft getreten. Weitere Reformen standen an. Zum ersten Mal in der Bundesrepublik waren die Unternehmer und ihre Verbände ein Stück weit in der Defensive. Der Versuch, den Kanzler Willy Brandt zu stürzen, misslang und war eine zusätzliche Ursache dafür, dass die reformorientierten Kräfte bei der vorgezogenen Bundestagswahl einen großen Sieg errangen. Es folgten eine Reihe weiterer arbeitsrechtlicher Gesetze. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vom 7. August 1972<sup>1</sup> beschränkte die Leiharbeit auf die Fälle, wo sie einen Sinn macht: Der einzelne Einsatz war auf drei Monate begrenzt, um unerwartete Ausfälle von Mitarbeitern ausgleichen und überraschend ansteigende Aufträge bewältigen zu können. Zugleich durfte der Verleiher sein Unternehmerrisiko nicht dadurch auf den Leiharbeiter abwälzen, dass er ihn nur befristet für einen konkreten Einsatz einstellte. Das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vom 19. Dezember 1974<sup>2</sup> schuf die Unverfallbarkeit der Rentenanwartschaften nach Ablauf von zehn Jahren. Zuvor konnte es passieren, dass ein Arbeitnehmer kurz vor Erreichen der Altersgrenze gekündigt wurde und damit auch seine gesamte, in 25 oder 30 Jahren erreichte Betriebsrente einbüßte.<sup>3</sup> Außerdem wurde der Pensionssicherungsverein geschaffen, der die fällig werdenden Renten bezahlt, wenn der Arbeitgeber insolvent wird; die dafür nötigen Mittel sind von allen Unternehmen aufzubringen, die eine betriebliche Altersversorgung zugesagt haben. Neu geschaffen wurde weiter das sog. Konkursausfallgeld; rückständige Entgeltansprüche aus den letzten drei Monaten vor Konkurseröffnung wurden von der Bundesanstalt für Arbeit übernommen und bezahlt.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> BGBl I S. 1393

<sup>2</sup> BGBl I S. 3610

<sup>3</sup> Zur damaligen Situation s. Heither, Betriebsrenten – 50 Jahre unverfallbare Anwartschaft – ein bedeutendes Urteil des Bundesarbeitsgerichts, AuR 2022, 162 ff. unter Hinweis auf das rechtsfortbildende Urteil des BAG v. 10.3.1972 (3 AZR 278/71), das bei betriebsbedingten Kündigungen unter gewissen Voraussetzungen eine Ausnahme machte.

<sup>4</sup> §§ 141a ff. AFG, eingefügt durch Gesetz vom 17.7. 1974 (BGBl I S. 1481)

Dies sind nur wichtige Beispiele, die den „Trend“ jener Jahre widerspiegeln. Auch die Tarifpolitik war eine andere als wir sie heute gewohnt sind. Ein Beispiel hierfür sind die Lohnstarfen in den Jahren von 1970 bis 1974; die sehr weitgehenden gewerkschaftlichen Forderungen in der Metallindustrie hatten ihre Ursache u.a. in den sog. Septemberstreiks von 1969, als ca. 140.000 Arbeitnehmer „wild“, d. h. ohne Gewerkschaft gestreikt und deutliche Lohnerhöhungen durchgesetzt hatten.<sup>5</sup> Ein anderes Beispiel ist der Lohnrahmentarif II in der Metallindustrie Nordwürttemberg – Nordbadens, der z. B. durch bezahlte Pausen wesentliche Veränderungen in der Arbeitswelt im Sinne von „guter Arbeit“ brachte.<sup>6</sup> Und schließlich sei erwähnt, dass das BetrVG 1972 einen „Gründungsboom“ bei Betriebsräten auslöste; ihre Zahl stieg von 1968 bis 1978 um rund 40 %.<sup>7</sup>

Waren das vielleicht sogar „Reformen, die über sich selbst hinausweisen“, von denen im Kommunistischen Manifest die Rede war?<sup>8</sup> Betrachtet man nur das, was in jenen Jahren im Arbeitsrecht geschah, könnte man in der Tat zu einem solchen Schluss kommen. Allerdings würde man dabei vergessen, dass im Januar 1972 von den Ministerpräsidenten der Länder die Berufsverbote beschlossen wurden.<sup>9</sup> Und man würde weiter übersehen, dass die Entscheidungsbefugnisse des vom Kapital eingesetzten Managements unangetastet blieben. Deutlich wurde das am Mitbestimmungsgesetz von 1976, das die Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bestimmter großer Unternehmen erhöhte – doch wenn es ernst wird, wenn sich Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen effektiv gegenüberstehen, haben die ersteren durch den Stichtscheid des Aufsichtsratsvorsitzenden den Vorrang, weil dieser faktisch immer von den Anteilseignern gestellt wird. Allzu weitreichenden Reformen wurde eine deutliche Grenze gesetzt. Man kann es so auf den Begriff bringen: Der Einsatz des „Faktors Arbeit“ in der Wirtschaft wurde humanisiert, Willkür und bedrückend schlechte Arbeitsbedingungen wurden bekämpft, Irrationalitäten des überkommenen Arbeitsrechts beseitigt, der materielle Wohlstand wurde angehoben. Nur: Der Vorrang des Kapitals blieb ungeschmälert erhalten; „Systemrisiken“ wurden ausgeschlossen. Angesichts der guten wirtschaftlichen Lage konnte man sich ein wenig mehr „Humanität“ erlauben, was nicht zuletzt auch in dem gut dotierten Programm „Humanisierung des Arbeitslebens“ zum Ausdruck kam.

---

<sup>5</sup> Einzelheiten bei Däubler, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 4. Aufl. 2018, § 8 Rn.53 ff.

<sup>6</sup> Der Tarifvertrag ist im Wortlaut abgedruckt in RdA 1974, 177 ff.; dazu Güntner RdA 1974, 153 ff.

<sup>7</sup> Ergebnisse der Betriebsratswahlen 1968 und 1972 in AuR 1973, 114; Ergebnisse 1975 in: Die Quelle 1976, 122 und Ergebnisse 1978 in: Die Quelle 1979, 347. Einordnung bei Däubler/Kittner, Geschichte der Betriebsverfassung, 2020, S. 528

<sup>8</sup> S. MEW Bd. 4 S. 481: „Maßregeln, die ökonomisch unzureichend und unhaltbar erscheinen, die aber im Lauf der Bewegung über sich selbst hinaustreiben und als Mittel zur Umwälzung der ganzen Produktionsweise unvermeidlich sind.“

<sup>9</sup> Dazu die Stellungnahmen zu den Grundsätzen zur Frage der verfassungsfeindlichen Kräfte im öffentlichen Dienst, Blätter für deutsche und internationale Politik 1972, 130 ff.

## 2. Grabenkämpfe

Die Ölkrise 1974 veränderte die Rahmenbedingungen; das Wachstum stagnierte. Die beschlossenen Reformen nahm man zwar nicht zurück, weil dies sehr viel Unruhe und gewerkschaftlichen Widerstand zur Folge gehabt hätte. Aber es gab auch keine wesentlichen Schritte mehr in Richtung auf eine bessere Arbeitswelt. Dass 1981 die Künstlersozialkasse eingeführt und so auch bestimmte selbständig Tätige in gewissem Umfang in die Sozialversicherung einbezogen wurden,<sup>10</sup> war eine erfreuliche Ausnahme.

Der Regierungswechsel 1982 hatte zunächst keine unmittelbaren Wirkungen auf die bestehenden arbeitsrechtlichen Vorschriften. Dies änderte sich mit dem Beschäftigungsförderungsgesetz von 1985,<sup>11</sup> das eine einmalige sachgrundlose Befristung von 18 Monaten gestattete. In der juristischen Literatur gab es zwar ungewohnt heftige Kritik, die von einer „Gefährdung der Rechtskultur“ sprach<sup>12</sup>, aber das Gesetz wurde beschlossen und blieb bestehen. Die sachgrundlose Befristung wurde „hoffähig“ gemacht und auch von Landesregierungen praktiziert, die sich im Bundesrat dagegen ausgesprochen hatten. Dass es sie vorher schon in Kleinbetrieben gegeben hatte, die nicht unter das KSchG fielen, und dass der ansonsten verlangte „sachliche Grund“ einen sehr weiten Bereich erfasste, trat im allgemeinen Bewusstsein stark in den Hintergrund.

Die Jahre 1985/86 waren durch die Auseinandersetzung um das Streikrecht geprägt. Dieses war von der Rechtsprechung schon früh auf Tarifrunden beschränkt worden, die von Gewerkschaften geführt wurden. „Verbandsfreie“ Streiks (wie die Septemberstreiks 1969) waren illegal, ebenso Streiks um politische Ziele, auch wenn sie sich in einer zweistündigen Demonstration erschöpft hätten.<sup>13</sup> Auch dies gehört wie der Stichtentscheid des Aufsichtsratsvorsitzenden zu den im Grunde unantastbaren Rahmenbedingungen des wirtschaftlichen Systems. Mitte der achtziger Jahre ging es nun darum, auch dem gewerkschaftlichen Tarifstreik weitgehende Schranken zu ziehen: Die gewachsene Arbeitsteilung in der Produktion hatte zur Folge, dass die Arbeitsniederlegung in wenigen Betrieben viele andere Unternehmen lahmlegen konnte. Die in Drittbetrieben außerhalb des umkämpften Tarifbereichs betroffenen Arbeitnehmer hatten in diesen Fällen Anspruch auf Kurzarbeitergeld, es sei denn, sie würden zur selben Branche gehören und hätten ein

<sup>10</sup> Künstlersozialversicherungsgesetz vom 27.7.1981 (BGBl I S. 705)

<sup>11</sup> V. 26. April 1985, BGBl I S. 710

<sup>12</sup> So der gleichnamige Aufsatz von Herschel in: AuR 1985, 265. S. weiter Kempen, AuR 1985, 374; Mückenberger, NZA 1985, 518; Peiseler, NZA 1985, 242 und Schanze, RdA 1986, 30. Das Gesetz unterstützend nur Friauf, NZA 1985, 513 und Löwisch, NZA 1985, 478

<sup>13</sup> Nachweise bei Däubler (Fn.5) § 8 Rn.11 ff.

identisches Forderungspaket präsentiert. Nachdem der Versuch gescheitert war, bei einem Streik in der Metallindustrie das Kurzarbeitergeld zu verweigern,<sup>14</sup> wurde § 116 AFG in der Weise novelliert, dass schon eine einzige „im Wesentlichen identische“ Forderung genügte, um das Kurzarbeitergeld entfallen zu lassen.<sup>15</sup> Politische Demonstrationsstreiks der IG Metall während des Gesetzgebungsverfahrens beschränkten sich in der Regel auf wenige Stunden; da und dort kam es deshalb zu Abmahnungen,<sup>16</sup> die dann später wieder aus der Personalakte entfernt wurden. Die Entscheidung der parlamentarischen Mehrheit konnte nicht beeinflusst werden. Seither hat es nur noch einmal (in Bayern) einen Flächenarbeitskampf in der Metallindustrie gegeben; das BVerfG erklärte die Regelung nicht zuletzt im Hinblick auf diese Erfahrung für „gerade noch“ verfassungskonform.<sup>17</sup> Tarifrunden führen seither auch in der Metallindustrie im Normalfall nur zu Warnstreiks, ehe dann eine Einigung mit der Arbeitgeberseite erreicht wird. Diese hat nie versucht, durch eine harte Ablehnung einen großen Konflikt zu provozieren, der dann viele Betroffene ohne Entgelt gelassen hätte – eine solche Verschärfung der Auseinandersetzungen hätte voraussichtlich Kampfesreserven bei den Beschäftigten der Metallindustrie mobilisiert, die künftige Einigungen auf dem üblichen Niveau deutlich erschwert hätten. Es bestand kein Interesse, aus der IG Metall wieder eine Kampforganisation zu machen, die vieles hätte in Frage stellen können.

Die deutsche Einheit brachte den „Export“ des Arbeitsrechts der Bundesrepublik in die DDR.<sup>18</sup> Versuche, dort bestehende bessere Sozialstandards zu erhalten, blieben fast immer ohne Erfolg – sieht man einmal davon ab, dass die Möglichkeit von Eltern deutlich verbessert wurde, wegen eines kranken Kindes zu Hause zu bleiben und Krankengeld zu beziehen.<sup>19</sup> Der Untergang der DDR hatte aber mittel- bis langfristige Folgen auf ganz anderer Ebene: Die Perspektive einer alternativen Gesellschaft ging bei den meisten Mitmenschen verloren. Dies ist im Grunde schwer zu verstehen, weil die allermeisten von ihnen die DDR keineswegs als Vorbild betrachtet hatten, doch schien mit dem Verschwinden des einen Modells auch die Möglichkeit anderer Alternativen hinfällig geworden zu sein. Die Volksrepublik China ist im Bewusstsein auch kluger Menschen unendlich weit weg.<sup>20</sup> Man

<sup>14</sup> Dazu Däubler-Deinert (Fn.5) § 20 Rn.116 f.

<sup>15</sup> Gesetz zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen vom 15.5.1986 (BGBl I S. 740). Die Regelung findet sich heute unverändert in § 160 SGB III.

<sup>16</sup> S. als Beispiel den Fall LAG Rheinland-Pfalz 5.3.1986 – 1 Ta 50/86, NZA 1986, 264.

<sup>17</sup> BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., AP Nr. 4 zu § 116 AFG. Zu den gleichwohl bestehenden Spielräumen s. Deinert, AuR 2010, 290 ff.

<sup>18</sup> Zusammenfassend Däubler, Rechtsexport. Die Einführung des bundesdeutschen Arbeitsrechts im Gebiet der früheren DDR, 1996

<sup>19</sup> S. § 45 SGB V

<sup>20</sup> So fallen etwa bei den „Strategieempfehlungen“ von Hans-Jürgen Urban (in: Mayer-Ahuja u.a., Karl Marx – Ratgeber der Gewerkschaften? 2019, S. 89, 104 ff.) die chinesischen Erfahrungen völlig unter den Tisch; der Autor verharrt bei der Perspektivlosigkeit, die die Erfahrungen der „staatssozialistischen“ Länder in Europa und die lateinamerikanischen Versuche vermitteln. Eine Ausnahme innerhalb des linken Spektrums: Geiger (Hrsg.), Chinas Jahrhundert. Werkstattgespräch, 2021 oder außerhalb des linken Spektrums: Sieren, Zukunft? China!,

stößt sich an den ungewohnten, als autoritär wahrgenommenen Regeln des politischen Prozesses und ist im Übrigen unfähig, die unaufdringliche Klugheit der dort getroffenen Entscheidungen wahrzunehmen.

### 3. „Spätkapitalismus ohne Perspektive“

Die gut 30 Jahre, die seit der deutschen Einheit vergangen sind, sind im Arbeitsrecht durch eine immer stärker werdende Ungleichheit zwischen den vergleichsweise ordentlich abgesicherten Stammbeschäftigten und den prekär Beschäftigten charakterisiert.

Was die erste Gruppe betrifft, so hat sich ihre rechtliche Stellung im Grundsatz verbessert. Durch die Erstreckung der AGB-Kontrolle auf Arbeitsverträge sind sehr viele Klauseln heute rechtswidrig, die zu früheren Zeiten unbeanstandet geblieben wären.<sup>21</sup> Das AGG verbietet Diskriminierungen und sieht bei Verstößen Schadensersatz vor; beides war zuvor nur ansatzweise der Fall. Die Stellung der Betriebsräte, insbesondere ihre Arbeitsmöglichkeiten und in ganz bescheidenem Rahmen auch ihre Mitbestimmungsrechte wurden verbessert,<sup>22</sup> was faktisch aber nur den Stammbeschäftigten zugutekommt.<sup>23</sup> Bedeutsamer ist eine sich als Klarstellung präsentierende Änderung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG: Diese umfasst nunmehr grundsätzlich alle gewerkschaftlichen Handlungsmöglichkeiten (und die anderer Koalitionen) und findet ihre Grenze lediglich in entgegenstehenden Grundrechten der Arbeitgeberseite.<sup>24</sup> Vorher waren die Handlungsmöglichkeiten von vorne herein nur in einem „Kernbereich“ garantiert, was die „unerlässlichen“ Mittel meinte. Sobald es eine den Arbeitgeber weniger belastende Alternative gab, musste diese gewählt werden: Kein gewerkschaftlicher Aufkleber auf dem Schutzhelm (wenn man den Aufkleber auch an der eigenen Kleidung befestigen konnte), keine Wahl gewerkschaftlicher Vertrauensleute im Betrieb (wenn man sie auch in einem angemieteten Bus durchführen könnte, den man in der Nähe des Fabrikgeländes parkte), keine Benutzung der betrieblichen Postfächer (wenn man die Adressaten auch per Briefpost erreichen könnte). Das gehört seit 1995 der Vergangenheit an. Dieselbe Umsteuerung erfolgte auch beim Streikrecht: Die Gewerkschaft kann jetzt beispielsweise in weiterem Umfang als früher zum Solidaritätsstreik aufrufen,<sup>25</sup> doch bleiben die allgemeinen Grenzen des Streiks („selbstredend“) bestehen.

Wie die neue Supermacht unser Leben, unsere Politik, unsere Wirtschaft verändert, 2018

<sup>21</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26. November 2001, BGBl I S. 3138. Dazu Däubler/Deinert/Walser, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Kommentar zu den §§ 305 – 310, 5. Aufl. 2021, Einl. Rn.52 ff. und passim

<sup>22</sup> Dazu Däubler/Kittner (Fn.7) § 31 V

<sup>23</sup> Dazu Däubler, Der Betriebsrat – Sprecher auch der Randbelegschaften? NZA 2019, 1601

<sup>24</sup> BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 ff.

<sup>25</sup> BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Dazu Däubler-Rödl (Fn.5) § 17 Rn.94 ff.

Alle diese „Wohltaten“ gehen an den prekär Beschäftigten mehr oder weniger vorbei. Sie haben heute einen Status, der schlechter ist als in den 1960-er und 1970-er Jahren. Insgesamt geht es um ca. ein Drittel der abhängig Beschäftigten.<sup>26</sup>

Die älteste Gruppe sind die befristet Beschäftigten. Sie unterliegen zwar den allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln, werden sich aber im Regelfall nicht auf sie berufen. Niemand aus dieser Gruppe kandidiert zum Betriebsrat, weil dies seine Chancen auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zerstören könnte. Auch wird der Einzelne Überstunden nicht ablehnen, selbst wenn sie nach dem ArbZG unzulässig sind. Ihre Bezahlung wird man nicht einfordern, weil dies erst recht Unwillen erregen könnte, der dann in absehbarer Zeit zum Ende des Arbeitsverhältnisses führt. Wer zu den gesuchten Fachkräften gehört, wird solche Sorgen allerdings nicht haben, zumal er nach kurzer Probezeit sowieso mit einer Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis rechnen kann. Aber wer von seiner Qualifikation her unschwer ersetzbar ist, wird sich als Befristeter keine Berufung auf arbeitsrechtliche Normen erlauben können. Die Gesetzgebung hat das Ihre getan, um diese Gruppe größer werden zu lassen. Aus der einmaligen sachgrundlosen Befristung des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1985 wurde 2001 eine sachgrundlose Befristung auf zwei Jahre, die in vier sich aneinander anschließenden Etappen unterteilt werden kann (§ 14 Abs. 2 TzBfG). Voraussetzung ist lediglich, dass grundsätzlich keine Vorbeschäftigung beim selben Arbeitgeber stattfand. Auch ist die Forderung, eine Höchstdauer für Befristungen festzulegen, bisher ohne Wirkung geblieben.

Daneben gibt es die Gruppe der geringfügig Beschäftigten, die im Monat nicht mehr als 450 Euro (in Kürze: 520 Euro) verdienen. Auch auf sie findet das Arbeitsrecht an sich Anwendung, doch sind sie aufgrund ihrer geringeren Integration in den Betrieb leichter als andere ersetzbar. Sie stehen im Normalfall außerhalb der Sozialversicherung und sind auch nicht gegen Arbeitslosigkeit versichert. Mangels eines Auffangnetzes sind sie besonders gut beraten, sich ausschließlich an den Wünschen des Arbeitgebers zu orientieren. Auch Teilzeitkräfte mit 20 Wochenstunden sind oft prekär beschäftigt, weil sie kein existenzsicherndes Einkommen beziehen, obwohl sie wenigstens in die Sozialversicherung einbezogen sind.

Die bekannteste Gruppe sind die Leiharbeitnehmer. Sie verdienen etwa ein Drittel weniger als vergleichbare Stammbeschäftigte und haben faktisch kaum Kündigungsschutz, weil über

---

<sup>26</sup> Genaue und konsensfähige Angaben sind schwer zu gewinnen, weil bei den Teilzeitkräften nicht nur die geringfügig Beschäftigten zu den „Prekären“ zählen, andererseits jede Obergrenze (z. B. 30 Stunden) als willkürlich erscheint.

60 % von ihnen schon vor Ablauf von sechs Monaten beim Verleiher wieder ausscheiden und deshalb nicht unter das KSchG fallen.<sup>27</sup> Bei den übrigen besteht seit 1.4.2017 eine zeitliche Obergrenze für den Einsatz beim selben Entleiher von 18 Monaten. Wird dieser Zeitraum überschritten, entsteht kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher. In der Praxis laufen die Dinge anders: Kurz vor Erreichen der 18 Monate wird der Leiharbeitnehmer abberufen und vorübergehend zu einem anderen Entleiher geschickt oder ohne Beschäftigung gelassen. Drei Monate später kann er auf der bisherigen Position weiterarbeiten, weil dann die frühere Tätigkeit nicht mehr mitzählt. Einer permanenten „Leiharbeitskarriere“ steht so nichts im Wege. Ganz ähnlich verhält es sich mit der Neun-Monats-Frist, nach deren Ablauf Equal Pay zwingend gilt: Auch hier lässt sich durch Abberufung und anderweitigen Einsatz die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen verhindern. Ein wirksamerer Schutz könnte im Übrigen nicht auf Leiharbeitnehmer beschränkt bleiben, da viele von ihnen durch Personen ersetzt werden können, die auf der Grundlage eines Werkvertrags in den Betrieb gesandt werden. Für diese Art Fremdpersonal bestehen so gut wie keine Schutznormen.

Schließlich ist an Soloselbständige zu erinnern, die ihre Arbeit innerhalb eines bestimmten Rahmens selbst organisieren und ihre Zeit frei einteilen können. Sie sind grundsätzlich aus der Sozialversicherung ausgenommen; soweit eine freiwillige Mitgliedschaft möglich ist, müssen sie den Arbeitgeber- wie den Arbeitnehmerbeitrag selbst bezahlen. Beziehen sie den größeren Teil ihres Einkommens von einem Auftraggeber, sind sie sog. arbeitnehmerähnliche Personen: Auf sie finden zahlreiche arbeitsrechtliche Normen Anwendung, nicht jedoch das KSchG und das BetrVG.<sup>28</sup> Es fehlt ihnen daher jeder Bestandsschutz und die Chance, die eigenen Arbeitsbedingungen mitgestalten zu können. Dies schafft Existenzunsicherheit, die sich in Anpassung niederschlägt; an eine AGB-Kontrolle des abgeschlossenen Vertrages oder einen Schadensersatz wegen Diskriminierung ist allenfalls nach Auflösung des Rechtsverhältnisses zu denken.

Der Gesetzgeber hat diese Beschäftigtengruppen nur bei Erlass des Mindestlohngesetzes berücksichtigt. Dabei hat er allerdings die arbeitnehmerähnlichen Personen ausgespart, so dass nur die übrigen prekär Beschäftigten in seinen Genuss kommen. Die Rechtsprechung hat die Entwicklung dieses Sektors erleichtert, da der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung nur verweigern kann, wenn die Beschäftigung als solche gesetzwidrig ist. Rechtswidrige Vertragsbedingungen z. B. eine unerlaubte Befristung oder ein Verstoß gegen

---

<sup>27</sup> Angaben in: Kolfhaus, Flexibilität und Fragmentierung durch Arbeitnehmer\*innenüberlassung. Der Schutz von Leiharbeitskräften in Deutschland, Diss. Bremen 2022

<sup>28</sup> Überblick über die begriffliche Abgrenzung und die anwendbaren Normen bei Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2020, § 18 Rn.42 ff.

das AÜG bleiben dabei ohne Bedeutung,<sup>29</sup> obwohl man dies nach Wortlaut und Zweck der Vorschrift auch ganz anders hätte entscheiden können.

Prekär Beschäftigte sind für den Arbeitgeber billiger. Deshalb kann der Fall eintreten, dass sich ein Stammbeschäftigter der Gefahr ausgesetzt sieht, z. B. durch einen Leiharbeiter ersetzt zu werden. Dies schafft vergleichbare Anpassungszwänge wie bei prekär Beschäftigten. Auch viele Stammarbeitskräfte werden sich also hüten, durch Initiativen zur Gründung eines Betriebsrats oder durch Aktivitäten für die Gewerkschaft „unangenehm“ aufzufallen.

Schon diese Situation macht es plausibel, dass sich die Zahl der Gewerkschaftsmitglieder seit 1993 in etwa halbiert hat.<sup>30</sup> Der Schutz durch Flächen- und Firmentarife erfasst nur noch etwa 51 % der Beschäftigten.<sup>31</sup> Lediglich 40 % (im Westen) und 33 % (im Osten) werden durch einen Betriebsrat repräsentiert, während dies vor 20 Jahren noch über 50 % waren.<sup>32</sup> Dass dies alles nicht nur durch die Spaltung in „normale“ und prekär Beschäftigte erklärt werden kann, liegt auf der Hand. Es fehlt vielen Beschäftigten eine Perspektive, die über das Tagesgeschehen hinaus reicht und die zu gemeinsamem Handeln motivieren könnte.

## **II. Die Rolle fortschrittlicher Juristen**

Was hat die VDJ mit dieser Entwicklung zu tun? Vermutlich hat sie zur einen oder anderen Problematik eine Erklärung abgegeben, doch das war ein recht kleiner Farbtupfer in der juristischen Landschaft. Eine Organisation wie die VDJ wirkt jedoch nicht primär durch ihre Beschlüsse. Sie hat andere, durchaus nützliche Funktionen.

### **1. Verständigung über die Ziele**

---

<sup>29</sup> Zur Befristung erstmals BAG 20.6.1978 – 1 ABR 65/75, DB 1978, 2033, bestätigt zuletzt in BAG 27.10.2010 – 7 ABR 86/09, NZA 2011, 418; zur Leiharbeit BAG 25.1.2005 – 1 ABR 61/03, AP Nr. 48 zu § 99 BetrVG 1972  
Einstellung

<sup>30</sup> Im Jahr 1991 betrug die Mitgliederzahl der DGB-Gewerkschaften 11.800.412; bis 2018 hatte sie sich auf 5 974.950 ermäßigt  
(<https://www.dgb.de/uber-uns/bewegte-zeiten/geschichte-des-dgb/gewerkschaftsgeschichte-in-zahlen/++co++d6213e5a-a700-11e9-a996-52540088cada> – 14.4.2022). Seither ist jedenfalls keine Aufwärtsbewegung erkennbar.

<sup>31</sup> Im Westen waren 53 %, im Osten 45 % erfasst. Angaben des Statistischen Bundesamts, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-5/tarifbindung-arbeitnehmer.html> (12.4.2022)

<sup>32</sup> Nachweise bei Däubler/Kittner (Fn.7) § 37 I.



Ihrem Programm entsprechend will die VDJ „ein solidarisches Recht, bürgerliche Freiheit, Gleichheit und Teilhabe, Demokratisierung, Rechtsstaatlichkeit, Frieden, Antifaschismus, Völkerverständigung und den Erhalt der Lebensgrundlagen.“ Was kann man tun, um dem einen oder anderen dieser Ziele näher zu kommen? Diese Frage stellt sich nicht nur für die Mitglieder, sondern für alle, die sich diesen Zielen verpflichtet fühlen.

Die Beteiligten müssen sich zunächst einmal darüber klar werden, was sie eigentlich wollen. Abstrakte Ziele zu formulieren wie in dem hier genannten Ausschnitt aus dem Programm ist sicherlich wichtig, weil es auch den Konsens unter den Beteiligten erleichtert. Man darf dabei aber nicht stehen bleiben, sondern muss konkreter sagen, was z. B. ein solidarisches Recht, Teilhabe oder Demokratisierung bedeuten. Es ist deshalb notwendig, in das geltende Recht einzusteigen und zu überprüfen, inwieweit es den genannten Werten gerecht wird. Dies kann bedeuten, dass man im Einzelfall unter Anwendung der juristischen Methoden zu einem von der herrschenden Meinung abweichenden Auslegungsergebnis kommt. Möglich ist stattdessen auch, dass es keine Möglichkeit einer bürger- oder arbeitnehmerfreundlichen Auslegung gibt und das geltende Recht deshalb durch den Gesetzgeber geändert oder für nicht mehr anwendbar erklärt werden muss.

## **2. Das Durchdenken einer Rechtsmaterie**

Im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht sind große Teile des Arbeitsrechts „interpretationsoffen“. Welche Seminare sind für einen Betriebsrat nach § 37 Abs. 6 BetrVG „erforderlich“? Stellt es eine „Versetzung“ nach § 95 Abs. 3 BetrVG dar, wenn ein Arbeitnehmer mit seiner Zustimmung einen größeren Teil seiner Arbeit zu Hause erbringt? Wann ist im Call Center eine unzulässige „Totalüberwachung“ erreicht? Hier sind wie bei vielen anderen Fragen „arbeitgeberfreundliche“ wie „arbeitnehmerfreundliche“ Antworten möglich, ohne dass man behaupten könnte, die eine oder die andere Argumentation sei „abwegig“ oder an den Haaren herbeigezogen. Daneben gibt es selbstredend auch eindeutige Normen. Dass der Betriebsrat beispielsweise von sich aus keinen Streik organisieren darf, lässt sich mit Rücksicht auf § 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG schwerlich in Zweifel ziehen.

Die Fragen, die das Arbeitsrecht aufwirft, und die Kontroversen, die oft bei den Antworten bestehen, sind sehr zahlreich – um es höchst bescheiden, ja grob untertreibend auszudrücken. Die aktuelle (5.) Auflage des Münchener Handbuchs des Arbeitsrechts

umfasst in vier Bänden insgesamt 8.555 Seiten,<sup>33</sup> der Nomos Kommentar „Gesamtes Arbeitsrecht“<sup>34</sup> bringt es auf 7.634 Seiten, ohne dass man ihm bescheinigen könnte, alle wichtigen Fragen behandelt zu haben.<sup>35</sup> Es ihnen gleichzutun zu wollen, ist weder sinnvoll noch leistbar. Wer einige Beratungserfahrung hat, wird schnell beurteilen können, welche Fragen bedeutsam und welche eher von sekundärem Charakter sind. Hier wird man Prioritäten setzen und das Wichtige vom Unwichtigen trennen müssen.

Die Aufgabe, von bestimmten Wertungen her das Arbeitsrecht neu zu durchdenken, kann nicht Sache einer einzelnen Person sein. Dies ist vielmehr ein Prozess, an dem viele teilhaben müssen; jeder kann seine Erfahrungen und seine Ideen einbringen. Die Kommunikationsforen können unterschiedlicher Art sein: Sie reichen vom individuellen Austausch am Telefon über Diskussionen und informelle Gespräche bei Tagungen bis hin zu Aufsätzen in Zeitschriften und Büchern, wo einzelne besonders tief in die Materie einzudringen versuchen. Hier können VDJ-Mitglieder, Sympathisanten und Unterstützer der eingangs genannten Ziele ihre Positionen einbringen. Auch gemeinsames Arbeiten an einem Kommentar kann sehr viele Aufschlüsse bringen.

### **3. Erfolge?**

Im Bereich des Arbeitsrechts sind wir auf diesem Wege relativ weit fortgeschritten. Zu allen wichtigeren Teilen des Arbeitsrechts gibt es Kommentare, die aus Arbeitnehmersicht geschrieben sind. Und vielleicht noch wichtiger: In fast jeder größeren Stadt gibt es mindestens eine Anwaltskanzlei, die ausschließlich Arbeitnehmermandate übernimmt. Das wäre zu Zeiten der Gründung der VDJ schwer denkbar gewesen. In der Wissenschaft wie in der Praxis beherrschten damals allein die Konservativen das Feld. Da und dort gab es in den 1950-er und den 1960-er Jahren mal einen Zeitschriftenbeitrag, der z. B. auf Ähnlichkeiten mit dem NS-Arbeitsrecht verwies,<sup>36</sup> aber das war ein Ruf in der Wüste.<sup>37</sup> Wolfgang Abendroth durfte dem Vernehmen nach von 1959 an in gewerkschaftlichen Zeitschriften nicht mehr publizieren. Derzeit wäre Vergleichbares bei Äußerung ähnlich kritischer Auffassungen eher unwahrscheinlich.

---

<sup>33</sup> Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch des Arbeitsrechts, 4 Bände, 5. Aufl., 2021/2022

<sup>34</sup> Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht, Nomos Kommentar, 3 Bände, 2016

<sup>35</sup> Däubler, AuR 2017, 28 ff.

<sup>36</sup> Als Beispiel Olaf Radke, Die Nachwirkungen des „Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit“, AuR 1965, 302 ff.

<sup>37</sup> Zur Ausrichtung der Zeitschrift „Arbeit und Recht“ in den Jahren 1953 bis 1970 s. den aufschlussreichen Beitrag von Apitzsch, AuR 2014, 172 ff.

Dass es heute so etwas wie eine eigenständige arbeitnehmerorientierte Arbeitsrechtskultur gibt, stellt einen wesentlichen Unterschied zum Zivilrecht dar. Auch dort wurde in den 1970-er Jahren der Versuch gestartet, eine eigene „Alternativkultur“ aufzubauen, die sich am Schutz des Verbrauchers, des Mieters und anderer unterlegener Vertragspartner orientierte. Bis in die 1980-er Jahre hinein erschien ein sechsbändiger „Alternativkommentar zum BGB“<sup>38</sup>, der jedoch wenig Anklang fand und nie eine 2. Aufl. erlebte. Bei vielen Sachfragen war keine Alternativität gefragt, weil bestehende Regelungen allseits akzeptiert waren. Bei anderen Problemen machte es Schwierigkeiten, die schwächere Seite zu bestimmen: Schützt man etwa immer den Schuldner, so kommt dies auch Siemens zugute, das von einem kleinen Handwerksbetrieb bestimmte Waren bezieht und sie aus guten oder weniger guten Gründen nicht bezahlen will. Schließlich fehlte der Kommentierung das Durchdenken bis in die Einzelheiten hinein: Rechtsanwälte, Richter oder einzelne Bürger, die konkrete Fragen des Verbraucher- oder Mieterschutzes hatten, wurden in den etablierten Kommentaren wie Palandt und Staudinger sehr viel leichter fündig. Im Alternativkommentar waren keine Rechtsanwälte vertreten, die am Montag früh einen Termin im Amtsgericht hatten, weil sich zwei Grundstücksnachbarn nicht einigen konnten. Dass die Mitwirkung von Praktikern, die bestimmte Wertungen und Theorien im Hinterkopf haben, für ein solches Vorhaben essentiell ist, zeigt der durchaus erfolgreiche „Alternativkommentar“ zum Strafvollzugsrecht, der 2021 in 8. Auflage erschien.<sup>39</sup> Neben einer Reihe von Professoren waren hier aufgeschlossene Anstaltsleiter und auch ein Strafgefangener am Werk, die sehr wohl wussten, wo die Betroffenen der Schuh drückte. Im Zivilrecht war dies nur bei den Publikationen einzelner Personen wie Peter Derleder und Norbert Reich der Fall.

Das Arbeitsrecht muss wirtschaftlichen und technischen Veränderungen Rechnung tragen. Zwar ist es seiner Natur nach sehr flexibel, zumal es in Form von Kollektivverträgen und Unfallverhütungsvorschriften über Instrumente verfügt, die unschwer eine Anpassung an Besonderheiten einzelner Branchen und Unternehmen ermöglichen.<sup>40</sup> Trotz aller Flexibilität bedarf es jedoch zusätzlicher Anstrengungen, wenn wirtschaftliche Veränderungen dazu führen, dass beispielsweise grenzüberschreitende Rechtsbeziehungen steigende Bedeutung erlangen. Insoweit gewinnen das Kollisionsrecht und eventuell auch das Arbeitsvölkerrecht an Bedeutung. Die immer weitere Verbreitung von Informationstechnologien hat dem Datenschutz auch im Arbeitsrecht einen hohen Stellenwert verschafft, der durch die weite Auslegung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG<sup>41</sup> zusätzlich an Relevanz gewonnen hat. Sich darauf intensiv einzulassen, mag zwar nicht dem (Zerr-)Bild des „linken Systemkritikers“

<sup>38</sup> Reihenherausgeber war Rudolf Wassermann. Der Kommentar erschien im Luchterhand-Verlag

<sup>39</sup> Feest/Lesting/Lindemann (Hrsg.), Strafvollzugsgesetze. Kommentar, 8. Aufl. 2021

<sup>40</sup> Näher dazu Däubler, Die Flexibilität des Arbeitsrechts, in: Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.), Richterliches Arbeitsrecht, Festschrift Thomas Dieterich, 1999, S. 63 ff.

<sup>41</sup> S. als Beispiel BAG 11.3.1986 – 1 ABR 12/8, EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15

entsprechen, führt aber zu einem gewissen Maß an Anerkennung. Dies gilt erst recht, wenn man sich den vielfältigen Problemen stellt, die mit der Digitalisierung der Arbeitsprozesse verbunden sind.<sup>42</sup> Eine besondere Herausforderung besteht darin, dass stillschweigende Voraussetzungen arbeitsrechtlicher Normen wie die Trennung von Wohnung und Arbeitsplatz in Frage gestellt werden; hier reicht die natürliche Flexibilität nicht aus. Dasselbe gilt, wenn bei der Plattformarbeit Dispositionsspielräume eröffnet werden, die bei der traditionellen Produktion und bei traditionellen Dienstleistungen nicht vorhanden sind, die aber möglicherweise nur Schein-Charakter haben und deshalb nichts an der Arbeitnehmereigenschaft der Beschäftigten ändern.<sup>43</sup>

#### **4. Das Adressatenproblem**

Die Existenz einer Arbeitsrechtswissenschaft, die sich an Arbeitnehmerinteressen orientiert (was im Übrigen eine Förderung der Produktivität nicht ausschließt), ist für die meisten Vertreter der Arbeitgeberseite ein Ärgernis. Sie verweigern den Diskurs, was sich bei Publikationen darin niederschlägt, dass bestimmte Stimmen und Positionen (scheinbar oder real) nicht zur Kenntnis genommen werden. Sie tauchen weder im Text noch in Fußnoten auf. Soweit die eigene Vollständigkeit oder „Neutralität“ dokumentiert werden soll, zitiert man einen Vertreter der „anderen Seite“ mit einer völlig banalen oder auch mit einer angreifbaren Aussage; zwanzig oder dreißig valide Argumente zum gleichen Gegenstand bleiben dagegen ungenannt. Würde man als Linker den Verfasser höflich zur Rede stellen, würde er vermutlich wortreich die „unendliche Vielzahl“ der Publikationen beklagen und sein Bedauern aussprechen, die Veröffentlichungen des sehr geschätzten Kollegen nicht ausreichend berücksichtigt zu haben. Ein wirklicher Diskurs wird sich auch langfristig nicht erzwingen lassen.

Bei den Arbeitsgerichten verhält es sich im Regelfall anders. Sie sind meist an Ausgewogenheit interessiert und wollen sich nicht dem Verdacht aussetzen, nur die Positionen einer Seite zur Kenntnis genommen zu haben. Allerdings werden auch persönliche Präferenzen für die Arbeitnehmerseite typischerweise durch diese Neutralitätsregel überlagert. Möglicherweise ist dies in ähnlicher Weise bei arbeitgeberorientierten Richtern der Fall, doch fehlt mir insoweit das Anschauungsmaterial. Im Grundsatz kann man damit rechnen, dass auch vom Mainstream abweichende Überlegungen zur Kenntnis genommen werden. Dies war in den 1970-er und 1980-er Jahren noch eine seltene Ausnahme.

---

<sup>42</sup> S. als Beispiel Klebe, Künstliche Intelligenz – eine Herausforderung für die Mitbestimmung, SR 2019, 128 ff.

<sup>43</sup> S. BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552. Eingehend Schneider-Dörr, Crowd Work und Plattformökonomie. Eine arbeitsrechtliche Fallstudie, 2021

## 5. Denken über den Tag hinaus?

Die Tagungen, Aufsätze und Bücher, die von arbeitnehmerorientierten Arbeitsrechtlern geschrieben werden, bewegen sich ähnlich wie die Rechtsprechung innerhalb eines vorbestimmten Rahmens: Es geht um die Bedingungen für den Einsatz des Faktors Arbeit; die Vorrechte der Anteilseigner und der von ihnen bestimmten Institutionen bleiben unberührt.<sup>44</sup> Dies gilt erst recht für die kapitalistische Wirtschaftsstruktur als solche. Ist es machbar und empfehlenswert, über den traditionellen Rahmen hinauszugehen und die Gesamtstruktur der Gesellschaft zum Thema zu machen?

Wer als wissenschaftlich Tätiger nach der Wahrheit sucht, wird die Frage ohne Zögern bejahen. Dafür spricht auch die einfache Erwägung, dass ja die Bedingungen für die Verausgabung der Arbeitskraft durch diese „Umwelt“ entscheidend geprägt werden. Wie hilflos letztlich auch das beste Arbeitsrecht gegenüber einer zusammenbrechenden Wirtschaft ist, konnte man vor einigen Jahren am Beispiel Griechenlands studieren. Zu seiner Suspendierung oder Zerstörung wurde wirtschaftlicher Druck eingesetzt, der sich in völkerrechtlichen Instrumenten niederschlug, gegen die auch eine linke Regierung nicht ankommen konnte.<sup>45</sup>

In diesem Sektor haben wir noch erheblichen Nachholbedarf. Die Schwierigkeit besteht nicht allein darin, sich als Einzelner in sehr unterschiedlichen Welten bewegen zu müssen: Am Morgen über eine einstweilige Verfügung nachzudenken, am Mittag den Einfluss des BGB auf das Arbeitsrecht zu analysieren und am Abend über die nächste Finanzkrise nachzudenken – das ist ersichtlich nicht jedermanns Sache. Die Schwierigkeit besteht auch darin, dass sich nur wenige aus dem arbeitsrechtlichen Gärtchen hinauswagen, so dass man kaum mit einer Reaktion oder gar mit einer größeren Zahl interessierter Leser rechnen kann. Selbst wenn jemand kurz vor Beginn der Finanzkrise einen Beitrag über „Die Finanzmärkte, das Arbeitsrecht und die freie Unternehmerentscheidung“ schreibt,<sup>46</sup> führt dies nicht zu einer die klugen Köpfe anregenden Diskussion. Genauso wenig Resonanz erreicht, wer über die politische Bedeutung des Ratings von Unternehmen und Staaten<sup>47</sup> oder über die Nutzlosigkeit von Sozialklauseln in Handelsverträgen<sup>48</sup> schreibt. Beim Klimaschutz könnte es

---

<sup>44</sup> S. oben I 1 a. E.

<sup>45</sup> Zum Konzept des „Anti-Arbeitsrechts“ s. Däubler, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, 2019, § 2 Rn.33 ff.

<sup>46</sup> Wolter, AuR 2008, 325 ff.

<sup>47</sup> Däubler, Rechtskontrolle von Rating-Agenturen? KJ 2012, 18 ff.; früher bereits zum selben Thema BB 2003, 429 und NJW 2003, 1096

<sup>48</sup> Däubler/Däubler-Gmelin, Freihandel und Investorenschutz – verbindliche und effektive soziale Korrekturen? 2016, S. 21 (abrufbar unter [https://www.daeubler.de/wp-content/uploads/2020/04/p\\_hsi\\_wp\\_08.pdf](https://www.daeubler.de/wp-content/uploads/2020/04/p_hsi_wp_08.pdf))

etwas anders aussehen,<sup>49</sup> weil hier die allgemeine Betroffenheit sehr viel sichtbarer ist und sich soziale Bewegungen gebildet haben, die sich ggf. auch um Verbündete im gewerkschaftlichen Lager bemühen. Hier könnte man sogar mutig in neues juristisches Terrain vorstoßen und die Schere im Kopf ganz weit weglegen. Immerhin hat das BVerfG in seiner Klimaentscheidung den Standpunkt vertreten, die Erfüllung des in Art. 20a GG enthaltenen Schutzauftrags zugunsten der natürlichen Lebensgrundlagen dürfe gegen den Wortlaut nicht allein dem Gesetzgeber überlassen bleiben.<sup>50</sup> Ein demokratischer politischer Prozess sei durch die Wahlperioden kurzfristiger organisiert und laufe deshalb strukturell Gefahr, „schwerfälliger auf langfristig zu verfolgende ökologische Belange zu reagieren.“ Auch hätten die besonders betroffenen künftigen Generationen heute naturgemäß keine eigene Stimme im politischen Willensbildungsprozess. Über den materiellen Gehalt des Art. 20a GG dürfe deshalb nicht „im tendenziell kurzfristigen und an direkt artikulierbaren Interessen orientierten tagespolitischen Prozess“ entschieden werden. Hätten wir uns getraut, die Realität des parlamentarischen Prozesses und seiner „Schlagseiten“ in dieser Weise zum Ausdruck zu bringen? Wenigstens dann, wenn Karlsruhe vorangeht, sollten wir keine Zurückhaltung mehr üben und die Struktur der ganzen Gesellschaft in den Blick nehmen.

---

(12.4.2022)

<sup>49</sup> Vgl. Däubler, Klimawandel – ein Thema für den Betriebsrat? NZA 2020, 1155; Göpfert/Stöckert, „ESG“ (Environmental Social Governance) – ein Thema für die betriebliche Mitbestimmung? NZA 2022, 452 ff.

<sup>50</sup> BVerfG 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., NJW 2021, 1723,1740 (Rn.206), auch zum Folgenden.