Das BGB von 1896/1900: Regelungen gegen Bauschwindler?

Zur Kritik der »unlogische[n], lediglich verwirrende[n], die Rechtsunsicherheit fördernde[n] Unterscheidung zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag«[1]

Bei Scheinwerkverträgen und Scheinselbstständigkeit spielt eine Abgrenzung eine wichtige Rolle, die das BGB seit seiner Entstehungszeit enthielt: die Abgrenzung zwischen Werk- und Dienstvertrag. Diese war aber bereits zur Zeit der Entstehung des BGB höchst umstritten. Die beiden sozialdemokratischen Abgeordneten in der Reichstagskommission von 1896 waren damals aber nicht in einer Position, um sich entweder in dieser Grundsatzfrage oder auch nur in der konkreten Frage der Haftung des Hauptunternehmers (genauer: der Haftung des »Bauschwindlers«) durchsetzen zu können.

1. Zum Verhältnis von Werkvertrag und Dienstvertrag

Die Koalitionsvereinbarung von 2013 äußert sich unter dem Stichwort »Gute Arbeit« auch zum »Werkvertrag«. Danach will man »den Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit […]« bzw. »rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen zulasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern« künftig verhindern.[2] Im Blick stehen einerseits Werkverträge von Solo-Selbstständigen,[3] andererseits Werkverträge in Dreieckskonstellationen.[4] Dabei schließt eine Beschäftigte oder ein Beschäftigter einen Arbeitsvertrag mit einem »Subunternehmen« ab, das wiederum einen Werkvertrag mit dem Hauptauftraggeber abschließt – der wiederum die Arbeitskraft der ArbeitnehmerInnen nutzt. Solche Dreieckskonstellationen entstehen z.B. durch Outsourcing und bei der Nutzung von Industriedienstleistungen. Sozialpolitisch ergeben sich zahlreiche Probleme, wenn Arbeitgeberpflichten und -verantwortlichkeiten durch das Zwischenschalten von Subunternehmen verlagert werden.[5]

Nun ja, mag sich der gemeine Zivilrechtler sagen, wieso deshalb gleich Werkverträge schlecht reden? Ein Werkvertrag ist doch an sich nichts Anrüchiges; wer einen Kosmetiker oder eine Handwerkerin mit einer einmaligen Aufgabe beauftragt, möchte ja auch nicht gleich tariflich gebunden, für deren Beschäftigte verantwortlich sein und Sozialversicherungsbeiträge bezahlen. Die Unterscheidung zwischen Werkvertrag (Erfolg) und Dienstvertrag (Tätigkeit) scheint uns heute selbstverständlich und fast »natürlich«.

In der Entstehung des BGB wurde dies jedoch keineswegs so gesehen. Denn das römische Recht, ein wichtiger Orientierungspunkt bei Erarbeitung des BGB, kannte nur zwei Gruppen von Vertragstypen, den Kauf und den Nutzungsvertrag (locatio conductio). Was wir heute als Dienstvertrag und Werkvertrag ansehen, waren 2 Sonderfälle des Nutzungsvertrages.[6] Dementsprechend wurde schon vor Erlass des BGB heftig darüber gestritten, ob diese beiden Vertragstypen überhaupt voneinander unterschieden werden sollten[7] – oder ob der Werkvertrag nicht schlicht ein Sonderfall des Dienstvertrags sei.[8]

Die letzte Debatte vor Verabschiedung des BGB fand im Jahre 1896 in einer Kommission des Reichstags statt. Dort beantragten die beiden sozialdemokratischen Abgeordneten *Frohme* und *Stadthagen*, »die […] für die jetzigen Verhältnisse [gemeint ist das Jahr 1896] absolut unzureichende Schematisierung aufzugeben. Es müsse die unlogische, lediglich verwirrende, die Rechtsunsicherheit fördernde Unterscheidung zwischen ›Werkvertrag‹ und ›Dienstvertrag‹ fallen gelassen werden.« *Frohme* und *Stadthagen* stellten diese Debatte hier in einen neuen Zusammenhang und schlugen vor, den Arbeitsvertrag als Oberbegriff zu verwenden und dann die »sonstigen Dienstverträge« als Sonderfälle besonders zu regeln.[9]

---

1 So die Abgeordneten *Frohme* und *Stadthagen* in der Reichstags-Kommission XII. Genauer zu diesem Zitat unten bei Fn. 9.

2 Vgl. *Nielebock*, AuR 2014, 63 ff; siehe auch niedersächsischen Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Missbrauchs von Werkverträgen und zur Verhinderung der Umgehung von arbeitsrechtlichen Verpflichtungen BR-Dr. 687/13 v. 11.9.2013 (gestellt durch die Länder Niedersachsen, Baden-Württemberg, Bremen, NRW, Rheinland-Pfalz), der vor allem Änderungen im AÜG und im BetrVG fordert; *Brors/Schüren*, NZA 2014, 569 ff mit Vorschlägen zum AÜG und zur Kontrolle ausländischer Scheinwerkverträge.

3 Siehe z.B. *BAG* 25.9.2013 – 10 AZR 282/12, AuR 2013. 420, 2014, 35; SG *Stade* 10.5.2012 – S 30 R 384/11, BauR 2012, 1839.

4 *Koch*, Werkverträge in der Arbeitswelt, 2012; zuvor schon *Veneziani*, in: Hepple/Veneziani (Hrsg.), The transformation of labour law in Europe. A comparative study of 15 countries, 1945-2004, 2009, 99, 118 ff; Europäische Kommission, Grünbuch »Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts«, KOM(2006) 708 endg., Frage 9 (»dreiseitige Rechtsverhältnisse«); Initiativstellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses von 2010 »Neue Trends bei der selbstständigen Erwerbstätigkeit: der Sonderfall der wirtschaftlich abhängigen selbstständigen Erwerbstätigkeit«, ABl. C 18 v. 19.1.2011, 44-52; zum Rechtsproblem auch schon *Kocher*, KJ 2013, 145 ff.

5 Siehe schon *Fink*, Der Arbeitgeberwechsel als Möglichkeit zur Tarifflucht, 1999, 180 ff; ausführlich auch *Däubler*, KJ 2013, 133 ff; zur Abgrenzung zur Leiharbeit siehe z.B. *BAG* 18.1.2012 – 7 AZR 723/10, AP Nr. 10 zu § 9 AÜG; *Weber*, Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis, 1992, 62 ff.

6 Genauer zu den Implikationen *Nogler/Reifner*, in: dies. (Hrsg.), Life Time Contracts, 2014, 13, 33 ff.

7 *Birr*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK), 2013, §§ 631-651, Rn. 121 ff; Rn. 155 ff zu den entsprechenden Kommissionsarbeiten; Rn. 164 zur Debatte um den BGB-Werkvertrag als »akademisches Konstrukt«.

8 HKK-*Birr* (Fn. 7), §§ 631-651, Rn. 138 ff; zur Debatte mit zahlreichen Nachweisen aus der Literatur der Entstehungszeit des BGB siehe auch *Becker*, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland. Vom Beginn der Industrialisierung bis zum Ende des Kaiserreichs, 1995, 231 ff, 240 f.

9 *Vormbaum*, Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation, 1977, 182 ff; *Wolters*, Die Zentrumspartei und die Entstehung des BGB, 2001, 196 f.

2. Zum Fehlen des Arbeitsrechts im BGB

Sie bezogen sich damit unter anderem auf die Kritik, »[d]er Entwurf [des BGB] kennt den Namen Arbeitsvertrag, sowie die Begriffe Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Arbeiter überhaupt nicht [...]«,[10] eine Kritik, die heute manchmal auch mit der Kritik an fehlendem »sozialen Öl« des BGB identifiziert wird.[11] Bekannt ist insbes. *Anton Mengers* Stellungnahme in seiner »Streitschrift gegen den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich«, der »Lohnvertrag« hätte nicht in das Schuldrecht des Dienstvertrages eingeordnet werden dürfen. Die §§ 611 ff BGB ließen alle wichtigen Streitfragen des Arbeitsrechts unberücksichtigt, »obgleich die ungeheure Mehrheit der Besitzlosen, ja die große Mehrheit der ganzen Nation darauf ihre Existenz gründet.«[12]

Allerdings: Beim Fehlen des Arbeitsvertrags handelt es sich nicht um ein Versehen oder ein Übersehen, sondern um eine bewusste Entscheidung der Verfasser des BGB. Die Frage, wie das Arbeitsrecht gesetzlich geregelt werden sollte, stellte sich Ende des 19. Jahrhunderts vor allem in zwei Richtungen:[13] Zum einen wurden gleichzeitig mit der Erarbeitung des BGB ab 1881 sowohl die Sozialversicherungen geschaffen als auch weitere erste Arbeitsschutzgesetze, Gesetze gegen den Wucher und das Abzahlungsgesetz (»Bismarcks Sozialpolitik«).[14] Während der Debatte um das BGB hieß es im Gegenzug immer wieder, arbeitsrechtliche Fragen bzw. Arbeitsschutzfragen seien Fragen des öffentlichen Rechts, die nicht in das BGB gehörten.[15] Einer der zentralen Einwände Mengers gegen den BGB-Entwurf war dementsprechend, dass der Staat stärker arbeitsmarktpolitische Aufgaben wahrnehmen solle.[16] Die zweite wichtige Entscheidung zum Arbeitsrecht war die über (bzw. gegen) ein »einheitliches Arbeitsrecht«. »Einheitlichkeit« bezog sich auf die unterschiedlichen Diensterechte, die damals galten, insbes. die Unterschiede zwischen Gesinde-, Gewerbe- und Industriearbeiterrecht.[17] Statt das BGB zu nutzen, um in dieser Frage weiter zu kommen, beschloss der Reichstag noch 1896 gleich nach Verabschiedung des BGB eine Resolution für ein »einheitliches Arbeitsrecht«.[18] Die Ausklammerung dieser beiden Fragen fügte sich nicht zufällig zur konzeptionell ohnehin getroffenen grundsätzlichen Entscheidung für eine möglichst »allgemeine« und abstrakte zivilrechtliche Kodifikation.

3. Karl Frohme und Arthur Stadthagen, die sozialdemokratischen Abgeordneten in der Reichstagskommission

All diese Entscheidungen der BGB-Verfasser trugen dazu bei, dass die Sozialdemokratische Partei als einzige Partei im Reichstag den Entwurf des BGB geschlossen ablehnte.[19] Die Sozialdemokratische Partei war zuvor noch fast die einzige Partei gewesen, die in der 2. und 3. Lesung des Entwurfs im Reichstag noch Abänderungsanträge einbrachte.[20] Allerdings: Als der Entwurf in den Reichstag kam, betrachteten die anderen Parteien die Sache als praktisch abgeschlossen. Als die Herren *Frohme* und *Stadthagen* an der Diskussion teilnehmen konnten, war diese schon entschieden.

Hier lohnt ein Blick auf den verfassungspolitischen Kontext. Nach Gründung des Dt. Kaiserreiches im Jahre 1871 wurde die Verfassung 1873 so geändert, dass das Reich eine Gesetzgebungskompetenz für das Zivilrecht bekam.[21] Diese Gesetzgebung fand in einem Verfahren statt, das man aus heutiger Sicht schwerlich als demokratisch bezeichnen würde. Mit dem Reichstag gab es zwar eine Volksvertretung auf Basis direkter und geheimer Wahlen; als »allgemein« kann man die Wahlen aber nur bezeichnen, wenn man es für nicht erwähnenswert hält, dass Frauen, Männer unter 25 Jahren, Militärangehörige und Empfänger von Armenunterstützung nicht mitwählen durften. Darüber hinaus war der Reichstag nicht Träger der Volkssouveränität, denn der »Bundesrat«, die Versammlung der Bundesstaaten, hatte mehr als nur eine Vetoposition;[22] der Bundesrat war es auch, der die Erarbei-

10 Vormbaum (Fn. 9), 180 ff; »Vorwärts« v. 12.3.1896.

11 Bei *Otto von Gierke* ursprünglich »sozialistisches Öl«; vgl. *Repgen*, Was war und wo blieb das soziale Öl?, ZNR 22 (2000), 406 ff. Immerhin »Fast vier Tropfen sozialen Öls« findet *Benöhr*, in: FS *Kroeschell*, 1997, 17 ff.; zu *Gierke* vgl. auch *Tennstedt*, AuR 1983, 86f.

12 *Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 4. Aufl. 1908, 160 ff (S. V zur Charakterisierung des Werks); zur Einordnung dieser Kritik siehe z.B. *Schröder*, Rechtsgeschichte, 9. Aufl. 2013, Rn. 594.

13 *Schröder* (Fn. 12), Rn. 625. Vgl. auch HKK-*Rückert* (Fn. 7), vor § 611, Rn. 35, der die Zeit der Entstehung des BGB insofern als Umbruchsphase bezeichnet.

14 Siehe z.B. *Tenfelde*, in: Tenfelde/Schönhoven/Schneider/Peukert (1987, Hrsg. Borsdorf), Geschichte der deutschen Gewerkschaften von den Anfängen bis 1945, 154 ff; vgl. *Wolters* (Fn. 9), 65 f. zur Novelle der GewO im Jahre 1891 und deren Kritik durch das Zentrum.

15 *Wolters* (Fn. 9), 195 f. zur entsprechenden Position des Zentrums. Auch das Erfurter Programm der Sozialdemokratischen Partei von 1890 enthielt »zum Schutz der Arbeiterklasse« vor allem Forderungen nach »Arbeiterschutzgesetzgebung, u.a. Arbeitszeit, Überwachung aller gewerblichen Betriebe, Koalitionsrecht, Arbeiterversicherung«; zur Entwicklung der sozialdemokratischen Arbeitsrechtsprogrammatik vgl. auch *Buschmann*, Rot-Grüne Arbeitsrechtsbilanz, AuR 2005, 298ff.

16 *Menger* (Fn. 12), 167: Die wirtschaftliche Aufgabe, »die Arbeitsordnung des Volkes vor Störungen durch Arbeitslosigkeit und andere Verhältnisse zu bewahren«, indem der Staat »die Dienstherrn und die Arbeiter einander zuführt und an dem Abschluss des Lohnvertrages mitwirkt.«; 178 ff zum Arbeitsschutz.

17 Art. 95 EGBGB führt insofern die landesrechtlichen Gesindevorschriften fort; ausführlich siehe *Vormbaum*, Politik und Gesinderecht im 19. Jahrhundert, 1980; bezogen auf Preußen: *Vormbaum*, in: Scheiwe/Krawietz (Hrsg.), (K)eine Arbeit wie jede andere?, 2014, 23 ff; *Becker* (Fn. 8), 299 ff ausführlich zur Auseinandersetzung; HKK-*Rückert* (Fn. 7), vor § 611, Rn. 51 sieht das BGB insofern auf der Wasserscheide zwischen Tradition und Gegenwart. Vgl. auch *Stadthagen*, Das Arbeiterrecht, 1895, 17, der ein »natürliches und lebhaftes Bestreben« für die Gleichstellung sieht; siehe auch *Stadthagens* Rede vom 4.2.1901 im Reichstag, in: *Schippel*, Sozialdemokratisches Reichtstags-Handbuch, 1902, S. 328 f zu den Zielen der SPD im Zusammenhang mit dem BGB.

18 HKK-*Rückert* (Fn. 7), vor § 611, Rn. 51; Rn. 61.

19 *Schippel* (Fn. 17), 326 f: 42 der 48 Gegen-Stimmen (gegenüber 222 Stimmen für das BGB) kamen von den Sozialdemokraten.

20 *Wolters* (Fn. 9), 31 f. (anders aber noch in der Reichstagskommission, siehe ebda., 401 ff).

21 *Schröder* (Fn. 12), Rn. 587 (Lex Miquel-Lasker).

22 *Schröder* (Fn. 12), Rn. 553 f; zur Bedeutung auch HKK-Rückert (Fn. 7), vor § 611: Rn. 39.

tung der BGB-Entwürfe organisiert hatte. Bereits im Februar 1874 war so eine Vorkommission von 5 Juristen eingesetzt worden; auf der Basis von deren Vorschlägen arbeitete eine erste Kommission von Juristen den ersten Entwurf aus, der 1888 veröffentlicht wurde. Die spätere zweite Kommission, die von 1891 bis 1895 auf der Basis eines vom Reichsjustizamt organisierten Vorentwurfs tätig wurde, war mit 24 Mitgliedern zwar etwas breiter besetzt; aber auch hier waren weder die Interessen des Mittelstandes noch die der Arbeiterschaft vertreten.[23] Nach der Arbeit der zweiten Kommission des Bundesrates fertigte das Reichsjustizamt eine Denkschrift an. Nun war noch die Zustimmung des Reichstags erforderlich. Dieser richtete eine Kommission ein. Und in dieser Kommission waren die beiden sozialdemokratischen Abgeordneten *Frohme* und *Stadthagen* äußerst aktiv; die Parteizeitung »Vorwärts« berichtete regelmäßig über ihre Anträge und die Debatten darüber.[24]

Karl Frohme war erst Maschinenbauer und dann Redakteur verschiedener sozialdemokratischer Zeitungen. Von 1881 bis 1924 war er Reichstagsabgeordneter, wo er zunächst den Wahlkreis Hanau-Gelnhausen und später das südliche Schleswig-Holstein vertrat.[25] Man kann aber vermuten, dass es *Arthur Stadthagen* war, der die sozialdemokratischen Positionen zum BGB genauer ausarbeitete. *Stadthagen* war bis 1897 der einzige Jurist in der Reichstagsfraktion der SPD. *Holger Czitrich-Stahl*, der eine Biographie über ihn verfasst hat, hält es für realitätsnah, dass das politische Interesse des Abkömmlings der jüdischen Aufklärung und »Musterbildungsbürgerkindes« nicht zuletzt durch seine Tätigkeit als Stenograph beim Reichstag motiviert wurde.[26] *Stadthagen* war seit 1884 zunächst Rechtsanwalt in Berlin. Seine berufliche Geschichte illustriert, in welcher politischen Situation die Sozialdemokratie in dieser Zeit war: Ihre politische Arbeit außerhalb des Parlaments (Reichstag), aber auch im Wahlkampf, war durch das »Sozialistengesetz« von 1878 bis 1890 illegalisiert (also auch während der Zeit der ersten Kommission zum BGB). Der Rechtsanwalt *Stadthagen* führte viele Prozesse im Zusammenhang mit diesem »Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie«. Mit seinen juristischen Kenntnissen half er in seiner Niederbarnimer Parteiorganisation darüber hinaus beim Aufbau funktionsfähiger klandestiner Strukturen; so wurden die Versammlungen unter patriotischen Titeln bekannt gemacht, so dass die Polizei nicht präventiv, sondern erst dann eingreifen konnte, wenn »verdächtige Handlungen« oder »aufrührerische Reden« festgestellt wurden. *Stadthagen* befand sich später wiederholt zwischen Verteidigung und Anklagebank.[27] 1892 wurde er endgültig per Ehrengerichtsurteil aus der Anwaltskammer ausgeschlossen; später verbüßte er auch mehrere mehrmonatige Haftstrafen wegen der Beleidigung von Staatsanwälten. Seine Genossen kommentierten den Fall so: »ein Opfer seiner etwas aufgeregten aber durchaus edlen Art unsre Sache zu vertreten« (*Paul Singer*); »die Geschichte mit *Stadthagen* beweist, daß man uns auch ohne Sozialistengesetz noch hinreichend schikanieren kann« (*Friedrich Engels*).[28]

Nach seinem Ausschluss aus der Anwaltskammer trat *Stadthagen* als einfacher Rechtsberater auf und war u.a. Redakteur des »Vorwärts«. Ab 1890 war er Reichstagsabgeordneter für den Wahlkreis Potsdam-Niederbarnim; seinen Wahlkreis hatte er u.a. mit Reden »Über das Koalitionsrecht der Arbeit« gewonnen. Ab 1906 unterrichtete er Arbeiterrecht und Rechtsfragen an der Parteischule der SPD in Berlin. Im Jahre 1895 erschien die erste von vier Ausgaben von *Stadthagens* Buch »Das Arbeiterrecht. Rechte und Pflichten des Arbeiters in Deutschland aus dem gewerblichen Arbeitsvertrag und aus den Unfall-, Kranken- und Invalidenversicherungs-Gesetzen«, damals so etwas wie die »Bibel der Sozialpolitik«, Lehrbuch und Ratgeber in Einem, das auch Arbeitgebern zur Lektüre empfohlen wurde. Erste Entwürfe zu diesem Buch waren wohl in *Stadthagens* Haftzeit entstanden.[29] Es enthielt Formulare für Anträge und Klagen, in denen die Arbeiter im Streitfall oft nur noch Name und Datum einsetzen mussten. Mit Inkrafttreten des BGB veröffentlichte er darüber hinaus einen »Führer durch das Bürgerliche Gesetzbuch. Gemeinverständliche Darstellung der für die erwerbsthätige Bevölkerung wesentlichen Rechtsverhältnisse. Mit Beispielen und Formularen«.

4. Kompromisse beim Kampf gegen »Bauschwindler«?

Mit diesem Hintergrund engagierten sich die beiden Abgeordneten also nach der Wahl von 1893 in der Reichstagskommission XII. Diese hatte zwar inhaltlich nur noch einen relativ geringen Spielraum, da grundlegende Änderungen am BGB-Entwurf kaum mehr möglich waren. Die parlamentarischen Beratungen dienten dem Entwurf aber als »Feuerprobe«.[30] *Frohme* und *Stadthagen* nutzten sie, um nicht nur im Großen (z.B. in der Einordnung des Arbeitsvertrages), sondern auch im Kleinen immer wieder die »Klassengesetznatur«[31] aufzuzeigen.

23 *Schröder* (Fn. 12), Rn. 588 ff; Rn. 597 ff.

24 Veröffentlicht in *Vormbaum* (Fn. 9) (die 2. Aufl. erschien 1997 unter dem Titel »Die Sozialdemokratie und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches).

25 Wikipedia (de.wikipedia.org/wiki/Karl_Frohme) (Abruf am 25.10.2014); siehe auch *Czitrich-Stahl*, Arthur Stadthagen – Anwalt der Armen und Rechtslehrer der Arbeiterbewegung, 2011, 268.

26 *Czitrich-Stahl* (Fn. 25), 65 ff mit weiteren Hypothesen.

27 *Czitrich-Stahl* (Fn. 25), 74; 76 ff zum Fall des von Stadthagen vertretenen »Verein[s] zur Vertretung der Interessen der Arbeiterinnen«; 82 ff für die Zeit 1887 – 1889.

28 *Czitrich-Stahl* (Fn. 25), 194.

29 *Czitrich-Stahl* (Fn. 25),254 ff.

30 *Wolters* (Fn. 9), 37; für den Begriff »Feuerprobe« verweist er auf *Schulte-Nölke*, Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1995, 221 ff.

31 *Stadthagens* Rede vom 4.2.1901 im Reichstag (Fn. 17) 328 f.

Ein wichtiges Thema dabei war der juristische Kampf gegen »Bauschwindler, schwindelhafte Zwischenunternehmer, besonders ausbeutelustigen Kapitalisten« (aus heutiger Sicht: werkvertragliche Umgehungskonstruktionen). Um dem Grundsatz Rechnung zu tragen »Jeder Arbeiter ist seines Lohnes wert; fremde ungezahlte Arbeit dürfe niemand für sich in Anspruch nehmen«, sei es nötig, das Prinzip festzulegen, »daß derjenige, der Nutzen von der Arbeit eines andern hat, und nicht der Arbeiter, der seine Arbeitskraft verwendet hat, das Risiko für Bauschwindeleien etc. zu tragen habe.«[32] *Frohme* und *Stadthagen* beantragen deshalb eine Ergänzung im Dienst- und Werkvertragsrecht: »Für die Entrichtung des Lohnes haftet außer dem unmittelbaren Vertragschließenden derjenige, in dessen Nutzen die Arbeitskraft vom Arbeitgeber verwendet ist.«[33] Und weiter: »Ist die Arbeitskraft zugunsten einer unbeweglichen Sache verwendet, so haftet diese für Berichtigung des Arbeitslohns.«[34]

Darüber wurde in der Sache gar nicht ernsthaft verhandelt: Das komme zu spät. Im »Vorwärts« heißt es dazu: »Die Debatte wurde recht lebhaft. Die Regierungsvertreter betonten insbes., das Material zur Regelung dieser allerdings den hauptsächlichsten Teil der Arbeitsverträge umfassenden Arbeitsverträge fehle, die Beratung über die Gestaltung, wie sie sozialdemokratischerseits beantragt ist, gefährde das Zustandekommen des BGB, mindestens würde eine erhebliche Verzögerung eintreten.« Vereinzelt heißt es, in dem Antrag stecke zwar ein berechtigter Kern. Er gehe aber zu weit, hier werde »plötzlich« eine weittragende Frage angeschnitten.[35] »Sämtliche gegen Bauschwindler gerichtete Anträge finden jedoch, weil die Nationalliberalen mit der Regierung betonten, die Sache müsse durch ein Spezialgesetz geregelt werden, nicht genügende Unterstützung.«[36]

In der 2. Lesung der Kommission bemühen sich *Frohme* und *Stadthagen* noch einmal um diese Angelegenheit und schränken den Antrag explizit auf Fälle des Missbrauchs ein, wollen die Haftung des Hauptauftraggebers also von Verschulden abhängig machen: »Ist eine Arbeitsleistung für ein wirtschaftliches oder gewerbliches Unternehmen geleistet, so haftet für die Entrichtung des Lohnes außer dem unmittelbar Vertragsschließenden derjenige, in dessen Nutzen die Arbeitskraft vom Arbeitsnehmer verwendet ist, falls er wußte oder hätte wissen müssen, daß die Arbeitsleistung von dem Vertragschließenden nicht bezahlt werden kann oder soll.« Man meint, den ungerecht behandelten Rechtsanwalt herauszuhören, wenn es zur Begründung heißt, dies richte sich sowohl gegen »Bauschwindler« als auch »gegen die Begünstigung dieser Sorte von Leuten […] durch die ›gelehrte‹ Rechtsprechung im Gegensatz zu der Rechtsprechung durch Laiengerichte«.[37] In seinem Ratgeber »Das Arbeiterrecht« hatte *Stadthagen* übrigens erläutert, wie die den Interessen der Arbeiter ungünstige Rechtsprechung des Reichsgerichts zu erklären sein könnte: Schließlich habe »das Reichsgericht seine Kindheitsjahre mit der Interprationskünstelei des Sozialistengesetzes […] zugebracht […]«.[38]

Auch das Kompromissangebot für die Haftung der »Bauschwindler« kam aber leider: ebenfalls zu spät. Zwar sehen die Regierungsvertreter, dass durch das Verschuldenserfordernis »ein großer Teil der früheren Bedenken beseitigt« wurde; »indes lasse die Tragweite des Antrages sich nicht übersehen«. Allerdings: Sie behaupten auch, dass diese Regelung letztlich nicht über das hinausgehe, was im (heutigen) § 826 normiert werden solle, also die Haftung für sittenwidrige Schädigung.[39] Und auch sie verweisen auf die Rechtsprechung von Laiengerichten, nämlich konkret die Bejahung der Haftung durch das Berliner Gewerbegericht. Dies betreffe »Baugeldgeber, die wissen, daß der Arbeiter von dem Bauschwindler nicht bezahlt werden soll oder kann, aber Nutzen von der Arbeit haben, Eigentümer oder Baugeldgeber, die zwischen sich [und den Arbeiter] Kolonnenführer stellen, Ziegeleibesitzer, die die bekannten Verträge mit sogenannten Ziegelmeistern schließen, Konfektionäre, die Schwitzmeister zwischen sich und den Arbeiter schieben.«[40]

§ 826 BGB hat dann aber – wie von *Frohme* und *Stadthagen* erwartet – die Probleme nicht lösen können. Es bleibt abzuwarten, ob die Umsetzung der aktuellen Koalitionsvereinbarung an ihre Anliegen anknüpfen kann. Aber das ist eine andere Geschichte.

Prof. Dr. Eva Kocher,
Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)

→

Nähere Informationen zum Hintergrund der Entstehung des BGB und Werkverträge mit vielen Rechtsprechungs-Fundstellen finden Sie unter www.aur-eu Stichwort: Werkverträge.

32 *Vormbaum* (Fn. 9), 199f (»Vorwärts« v. 19. 3.1896).

33 *Vormbaum* (Fn. 9), 184 f (als § 606a); siehe auch *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des BGB. §§ 433-651, 1980.

34 *Vormbaum* (Fn. 9), 199f (»Vorwärts« v. 19. 3.1896).

35 *Vormbaum* (Fn. 9), 182 f; 184 f. In der gleichen Sitzung wurde auch eine explizite vertragsrechtliche Regelung der Koalitionsfreiheit und des Streikrechts abgelehnt.

36 *Vormbaum* (Fn. 9), 199f (»Vorwärts« v. 19. 3.1896).

37 *Vormbaum* (Fn. 9), 299f (»Vorwärts« v. 6. 6.1896). Eine Arbeitsgerichtsbarkeit gab es damals noch nicht, allerdings eine Laiengerichtsbarkeit in den Gewerbegerichten (siehe *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Band 1, 1997, 1300; *Weiss*, FS zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, 1994, 85; zum Gewerbegerichtsgesetz von 1890 auch *Grunsky*, NJW 1978, 1836 f.

38 *Stadthagen* (Fn. 17), 42.

39 *Wolters* (Fn. 9), 375 f. interpretiert diese Protokollnotiz als Kompromiss.

40 *Vormbaum* (Fn. 9), 299 f (»Vorwärts« v. 6. 6.1896). Mit Konfektionären sind Textilunternehmen/Hersteller von Kleidungsstücken gemeint.

Historisches Zitat

Otto Brenners Arbeitskampfvermächtnis[1]

1. Wie kann verhindert werden, daß der § 116 des Arbeitsförderungsgesetzes in einer künftigen Tarifauseinandersetzung negativ für die Gewerkschaften ausgelegt wird?

2. Was muß im Zusammenhang damit seitens der Organisation getan werden, um unseren Mitgliedern klarzumachen, daß ein Streik in einem bestimmten Tarifgebiet unter Umständen auch von ihnen gewisse Opfer erfordert, die im Interesse des Ganzen und eines dann auch für alle befriedigenden Ergebnisses gebracht werden müssen?

3. Welche Gegenstrategie kann gegen die Aussperrung durch die Arbeitgeber entwickelt werden?

4. Was können wir als Gewerkschafter tun, um mit Erfolg etwaigen Betriebsstillegungen als Druckmittel seitens der Arbeitgeber zu begegnen?

5. Was kann getan werden, um die organisatorische Vorbereitung von Arbeitskämpfen und während dieser Arbeitskämpfe die Koordinierung zwischen den Tarifgeboten zu verbessern?

6. Wie kann die ständige Information und Kommunikation der nicht unmittelbar an einem Arbeitskampf Beteiligten sichergestellt werden?

7. Wie läßt sich konkret die Aufgabe des Vorstandes hinsichtlich der Koordinierung von Tarifbewegungen optimal verwirklichen?

Das sind nur einige wichtige Punkte, die wir im Zusammenhang mit der hinter uns liegenden Tarifbewegung und in Vorbereitung auf die kommenden Tarifbewegungen klären müssen.

Dieser Text ist bislang öffentlich nicht bekannt. Er wurde von *Otto Brenner*, dem 1. Vorsitzenden der IG Metall von 1956 bis 1972, für eine Klausurtagung des IG Metall-Vorstandes am 24. Februar 1972 zur Manöverkritik nach dem Arbeitskampf im November 1971 in Nordwürttemberg/Nordbaden formuliert. *Otto Brenner* selbst konnte an der Sitzung wegen einer Erkrankung nicht teilnehmen, weshalb sein Beitrag vom damaligen 2. Vorsitzenden, *Eugen Loderer*, vorgetragen wurde. Diese auf den ersten Blick unspektakulären 7 Punkte bedeuten nichts weniger als eine historische Weichenstellung hinsichtlich der Haltung der deutschen Gewerkschaften zu Arbeitskampf und Arbeitskampfrecht. Für mich persönlich wiederum haben sie einen ganz zentralen autobiografischen Stellenwert. Wie das?

Berufung zum IG Metall-Justiziar 1972

Im November 1971 starb der seit der Gründung der IG Metall amtierende Justiziar der IG Metall, *Robert Lung*, während Schlichtungsverhandlungen an Herzversagen. Alle, die ihn kannten, sahen das als tragische Spätfolge eines für einen Justiziar maximalen Unglücks. *Robert Lung* gab sich die Schuld an der Einschätzung der arbeitskampfrechtlichen Situation am Ende des großen Arbeitskampfes um die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle 1956/57. Wegen einer dem damaligen Schlichtungsabkommen zufolge verfrühten Urabstimmung verurteilte das *BAG* die IG Metall zu Schadensersatz in Höhe von ca. 38 Mio. DM – etwa zwei ihrer Jahresüberschüsse.[2] Schlimmer konnte es für eine Gewerkschaft nicht kommen, und dem dafür juristisch Verantwortlichen brach es buchstäblich das Herz!

Bei der Suche nach einem Nachfolger fiel der Blick der IG Metall recht bald auf mich, den damals im Justiziariat des DGB tätigen 30jährigen Berufsanfänger. Nochmals: wie das? Was heute gar nicht mehr vorstellbar wäre, gehorchte damals schlichten personalpolitischen Zwängen der Gewerkschaften. 1972 waren, mich eingeschlossen, nicht mehr als zehn (!) Volljuristen hauptamtlich beim DGB und allen Einzelgewerkschaften beschäftigt. Jedenfalls wurde ich nach einem Vorstellungsgespräch bei *Otto Brenner* im Januar 1972 in der Sitzung des IG-Metall-Vorstands am 8. Februar 1972 als Justiziar angestellt. Diese Vorstandsitzung war zugleich die letzte, an der *Otto Brenner* noch teilnehmen konnte, und ich habe ihn danach nicht mehr gesehen. Er litt an den Folgen eines Infekts, den er sich auf der Beerdigung meines Vorgängers im kaltnieseligen Novemberwetter zugezogen hatte. Nach mehrwöchigem Krankenhausaufenthalt starb er am 15. April 1972 in Frankfurt am Main.

Mein erster Arbeitstag in Frankfurt war der 2. Mai 1972. Dabei erhielt ich von *Eugen Loderer* als erstes den Arbeitsauftrag, mich um die besagten »7 Punkte *Otto Brenners*« zu kümmern. Aussperrung, »kalte« Aussperrung und die Möglichkeiten der IG Metall zur Gegenwehr wurden in der Folgezeit für viele Jahre das Haupt- und Herzstück meiner beruflichen und politischen Aktivitäten.

Geschichte der Aussperrung im 20. Jahrhundert

Die Flächenaussperrung hatte sich mit Konsolidierung der Arbeitgeberverbände seit Beginn des 20. Jahrhunderts zum zentralen Kampfinstrument der Arbeitgeber entwickelt. Die Zeitenwende brachte der Arbeitskampf in der Textilindustrie von Crimmitschau 1903/04. Aus seinem Anlaß schufen die deutschen Arbeitgeberverbände eine »Zentralstelle«, mit der erstmals eine reichsweite Aussperrung effektiv ins Werk gesetzt werden konnte. Von da an dominierten sie Arbeitskonflikte in den Industriebereichen, in denen die Gewerkschaften überhaupt zu ausgedehnten Streiks in der Lage waren. Besonders prominent wurde die reichsweite Aussperrung von knapp 200 000 Bauarbeitern 1910, mit der eine bis heute wirksame Zentralisierung wichtiger Tarifinhalte in der Bauwirtschaft etabliert werden konnte. In der Metallindustrie konnten die Metallindustriellen regionale Streiks 1906 und 1910 bereits mit der Drohung von reichsweiten Aussperrungen beenden. Das setzte sich mit Massenaussperrungen in der Weimarer Republik fort (500 000 Bergarbeiter in den »Mai-Streiks« 1924; 213 000 Stahlar-

1 Für Archiv-Recherchen danke ich *Andreas Lommatzsch* vom Archiv der Friedrich Ebert Stiftung.

2 Hierzu und zum folgenden vgl. *Kittner*, Arbeitskampf, 2005.

beiter im »Ruhreisenstreit« 1928). Die Gewerkschaften hatten dem nichts entgegenzusetzen außer fatalistischen Klagen über »Arbeitgeberwillkür« und Hilferufe an die Politik.

In der Phase des Neuaufbaus nach 1945 spielte die Aussperrung zunächst so gut wie keine Rolle. Sie wurde erstmals in großem Stile im Jahre 1955 in der Druckindustrie gegen den dadurch ruinierten »Senefelder Bund« eingesetzt (unter dem offenen Beifall der damaligen IG Druck und Papier, die dadurch eine unliebsame Konkurrentin los wurde). In der bis in die 70er Jahre für Arbeitskämpfe vor allem relevanten Metallindustrie war sie bis Ende der 50er Jahre aus zwei unterschiedlichen Gründen entbehrlich: Bei den Vollstreiks in der gut organisierten Werftenindustrie der beiden kleinen Tarifgebiete Bremen (1953, 14 000 Streikende) und Schleswig-Holstein (1956/57, 34 000 Streikende) gab es niemanden mehr zum Aussperren. In den größeren Flächentarifgebieten hatte die IG Metall dagegen große Probleme, zunächst eine Streikfront aufzubauen und danach den Streik durchzuhalten. In Hessen 1951 gelang dies mit 80 000 Streikenden nur mühsam, und der Bayern-Streik (1954, 100 000 Streikende) ging durch massiven Streikbruch ab der zweiten Streikwoche regelrecht verloren.

Neue Aussperrungspraxis im Südwesten

Das Arbeitskampfszenario änderte sich erst, nachdem die IG Metall im Südwesten Tritt gefaßt hatte und 1963 den ersten großen Streik im von Autoproduktion und Maschinenbau geprägten Tarifgebiet Nordwürttemberg/Nordbaden organisierte (bis 1984 sollte es hier noch vier große Arbeitskämpfe geben). In diesem Arbeitskampf streikten 80 000 Arbeitnehmer und sperrten die Arbeitgeber 190 000 Metallarbeiter aus. Das wiederholte sich 1971 mit nahezu den gleichen Zahlen für Streikende und Ausgesperrte, jedoch einem neuen Element: Zu den direkt Ausgesperrten kamen 235 000 mittelbar vom Arbeitskampf Betroffene, durchweg aus dem Produktionsverbund der Autoindustrie, für die es keine Streikunterstützung gab (in der Weimarer Republik kam es zu mittelbaren Arbeitskampffolgen im wesentlichen durch den Ausfall von Energie). Das eigentlich zu zahlende Kurzarbeitergeld wurde durch den damaligen Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeit, *Stingl*, versagt, weil es sich um einen »Modellarbeitskampf« zugleich im Interesse der mittelbar Betroffenen gehandelt habe. Diesen »*Stingl*-Erlaß« korrigierte der Verwaltungsrat der Bundesanstalt mit den Stimmen der Vertreter der Arbeitnehmer und der öffentlichen Hände. Für die IG Metall bedeutete das die Rettung aus einer schier aussichtslosen Lage.

Am Ende dieses Arbeitskampfes zeichnete sich damit ein neues Muster von Arbeitskonflikten in der Metallindustrie ab: Die IG Metall mußte in ihrem neuen »Kernland« nicht mehr um die Organisation stabiler Streikfronten bangen. Dafür hatte sie die effektive Aussperrungspraxis eines ebenso gut organisierten Gegners zu gewärtigen. Das bedeutete im Regelfall die Notwendigkeit eines finanziellen Aufwandes in Höhe mehrerer Jahresüberschüsse für einen einzigen Tarifkonflikt – ein offenkundig auf Dauer nicht durchhaltbarer Kraftakt. Dazu trat so unerwartet wie drastisch das aus der intensivierten Verflechtung der Automobilwirtschaft (»just-in-time«) resultierende Phänomen der mittelbaren Arbeitskampffolgen, von der IG Metall »kalte« Aussperrung genannt. Welche Bedrohung hunderttausende unversorgter Arbeitnehmer während eines schon für sich schwierigen Arbeitskampfes darstellen würden, war allen Beteiligten mit hinreichender Deutlichkeit vor Augen geführt worden, solange der »*Stingl*-Erlaß« nicht korrigiert worden war. Sich mit dieser dramatischen Realität des nunmehr endgültig in der Bundesrepublik etablierten Tarifvertragssystems auseinanderzusetzen, war damit eine unmittelbar einsichtige strategische Herausforderung. Ihr stellte sich *Otto Brenner* mit seinem Beitrag für die Klausurtagung seines Vorstands.

Innovative Haltung zur Aussperrung

Die innovative Qualität seiner 7 Punkte erschließt sich dem heutigen, von den Ereignissen der folgenden Jahre geprägten Betrachter nicht sogleich. Sie wird aber deutlich, wenn man sich das seit 1945 bis dahin gepflogene Verhältnis der Gewerkschaften zum Arbeitskampfrecht im allgemeinen und zur Aussperrung im besonderen in Erinnerung ruft. Nach 1945 sahen die Gewerkschaften ihr Betätigungsfeld der Zukunft nicht vorrangig in einem autonomen Tarifverhandlungssystem, gestützt auf die eigene Durchsetzungsmacht, sondern in der Beteiligung an einer wie auch immer gestalteten »gemeinwirtschaftlichen« Wirtschaftsordnung. Entsprechend lax handhabten sie ihren Einfluß auf die Verankerung des Streikrechts im Grundgesetz.[3] Die einzige regionale Ausnahme bildete der hessische SPD-Politiker und Gewerkschaftsführer (und spätere DGB-Vorsitzende) *Willi Richter*, der das Verbot der Aussperrung in der hessischen Landesverfassung durchsetzte. Nachdem die Weichenstellung in Westdeutschland gegen eine »Vergesellschaftung« der Wirtschaft und auch gegen eine umfassende paritätische Mitbestimmung erfolgt war, wandten sich die Gewerkschaften mit ihrem »Aktionsprogramm« von 1955 Verbesserungen im kapitalistischen System und dabei vorrangig auch den eigenen tarifpolitischen Möglichkeiten zu.

Das hatte freilich nur ganz allmählichen Einfluß auf ihr Verhältnis zum Arbeitskampfrecht. Wie wenig sich die Gewerkschaften zunächst kategorial um das Phänomen der Aussperrung sorgten, zeigte sich anläßlich der beiden Grundsatzbeschlüsse des *Großen Senats* des *BAG* zum Arbeitskampfrecht. Der erste vom 28. Januar 1955 wurde in einer DGB-Bundesvorstandssitzung nach einem rechtstechnischen Referat des späteren »Staranwalts« der Gewerkschaften, *Kurt Thon*, ausschließlich auf seine praktischen Konsequenzen hin diskutiert. Als einziger fand der damalige Leiter der Bundesrechtsstelle, *Karl Debus*, grundsätzliche Worte: »*Fraglich ist allerdings, ob die vom Bundesarbeitsgericht zum Ausgang gemachte Gleichheit von Streik und Aussperrung wirklich besteht, die eine Gleichbehandlung fordert.*« Noch den Beschluß vom 21. April 1971 lobte die Arbeitsrechtsabteilung des DGB Bundesvorstandes ausdrücklich wegen seiner Ablehnung der lösenden Aussperrung, ohne ein kritisches Wort zur Aussperrung als solcher zu verlieren. Zu diesem Zeitpunkt war ich beim Bundesvorstand im Justiziariat tätig, und es gelang mir, nach einem halben Tag des Streitens und Feilschens am Ende der Pressemitteilung folgenden Satz unterzubringen: »*Der DGB bedauert es ebenfalls, dass das höchste deutsche Arbeitsgericht sich offenbar über die von verschiedenen Seiten vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit der Aussperrung überhaupt hinweggesetzt hat.*«

3 Dazu kann immer wieder nur die Lektüre des Briefs des führenden DGB-Funktionärs *Fritz Tarnow* (vor 1933 Vorsitzender des Holzarbeiterverbandes) vom 3. Dezember 1948 empfohlen werden, in dem er zur Kodifizierung des Streikrechts im künftigen Grundgesetz lapidar sagt: »*An sich ist diese Angelegenheit nicht von großer Bedeutung*« (Zitat bei *Kittner*, Arbeitskampf, S. 569).

Neue Lage – neue strategische Herausforderungen

Ein Jahr später, nach dem Arbeitskampf im November, stellte sich die Lage jedenfalls für die IG Metall dramatisch verändert dar. Der Zangenangriff von »heißer« und der neuen Bedrohung durch »kalte« Aussperrung wurde folgerichtig von *Otto Brenner* als strategische Prioriät benannt. Wie sehr er freilich den eigenen Kollegen voraus war, belegt das Sitzungsprotokoll über die Diskussion seiner »7 Punkte«. Niemand äußerte sich zum Kern der Fragen! Ein ehrenamtliches Vorstandsmitglied fragte, ob die Verwaltungsratsentscheidung zum »*Stingl*«-Erlaß nur den Einzelfall geregelt habe oder generell wirke. Ein zweites fragte nach der Antwort des zuständigen geschäftsführenden Vorstandmitglieds das genau gleiche nochmals! Der dritte und letzte Diskussionsredner zu diesem Komplex sagte, die 7 Punkte bedürften einer Ergänzung um das Thema »Streikrecht der Auszubildenden«. Und auch *Eugen Loderer* vermied in seinem Schlußwort jedes Eingehen darauf.

Der Respekt vor dem abwesenden *Otto Brenner* kann es nicht gewesen sein, dass es keine ernst zu nehmende Diskussion gab, das belegen die insgesamt vielen weiteren Beiträge zu anderen Themen des *Brenner*'schen Beitrags. Es war wohl doch das eher fehlende Problembewußtsein – auf einer Linie mit dem DBG-Bundesvorstand. Welch eine Herausforderung für den jungen Neu-Justiziar, dem das Gesamtthema überwiesen worden war, möchte man meinen. Allein dem war nicht so! Ich erfuhr keine entschiedenen Widerstände gegen das sodann entwickelte Gesamtprogramm eines Kampfes gegen Aussperrung und »kalte« Aussperrung unter maximaler Beteiligung von Öffentlichkeit und eigenen Funktionären. Jetzt entfaltete der auch nach seinem Tode fortwirkende »Mythos *Brenner*« durchschlagende Wirkung. Niemand heute kann sich mehr vergewärtigen, welches ungeheure Ansehen *Otto Brenner* in und vor allem auch außerhalb der IG Metall hatte, welche allseitige Achtung er auch als politisch-moralische Instanz genoß. Es war mehr als ein Türöffner, wenn ich zu jemandem sagte: »*Der Vorstand hat mich mit der Arbeit an den 7 Punkten Otto Brenners beauftragt, und ich möchte …*«. Als kleine bezeichnende Episode erinnere ich mich an einen Zusammenstoß mit dem berühmten *Willi Bleicher*, wenige Wochen nach meinem Arbeitsbeginn in Frankfurt (kurz vor seinem altersbedingten Ausscheiden als Stuttgarter Bezirksleiter): Bei Gelegenheit einer Vorstandssitzung, in der sich die Ansätze der künftigen »Verbot-der-Aussperrung«-Kampagne abzeichneten, fuhr er mich an: »*Ja, seid Ihr denn verrückt. Wie glaubt Ihr, soll ich 40 000 Leute auf eine Kundgebung bekommen*«? – das aber nach und außerhalb der Sitzung und nicht in ihr!

Verbot der Aussperrung – Startschuß auf dem DGB-Bundeskongreß 1972

Beschleunigung kam von einer zufälligen zeitlichen Koinzidenz. Für den 25. bis 30. Juni 1972, nur zwei Wochen nach dem außerordentlichen Gewerkschaftstag der IG Metall, war der turnusgemäße DGB Bundeskongreß angesetzt. Es war selbstverständlich, dass die IG Metall auch nur nach kurzem internen Diskussionsvorlauf dort mit einer Position zur Aussperrung auftrat. Deshalb beschloß der Vorstand der IG Metall einen Antrag zum »Verbot der Aussperrung«. Die Diskussion nach dem Beschluß des *Großen Senats* des *BAG* und die große öffentliche Resonanz des Metallarbeitskampfes hielten das Thema aber nicht mehr beschränkt auf die IG Metall. Generell wurde die Verhältnismäßigkeitsanforderung an Arbeitskämpfe durch das *BAG* kritisiert (Anträge der Gewerkschaften Chemie, Papier, Keramik und Handel, Banken, Versicherungen). Und im speziellen forderten auch die Gewerkschaft HBV und die Deutsche Postgewerkschaft das Verbot der Aussperrung. Das war mittlerweile auch die Meinung des geschäftsführenden DGB-Bundesvorstands. Der stellvertretende Vorsitzende, *Gerd Muhr*, ging in seinem mündlichen Geschäftsbericht nun deutlich über die noch im Vorjahr an den Tag gelegte Zurückhaltung hinaus: »*Grundsätzlich bleibt es dabei, dass auch auf einen rechtmäßigen Streik mit dem Willkürmittel der Aussperrung geantwortet werden kann. Eine Änderung dieser Situation, die eine einseitige Kräfteverschiebung zugunsten der Unternehmer bedeutet, ist damit nur noch durch ein gesetzliches Verbot der Aussperrung möglich*«.

Dieser Positionswechsel ist noch leicht damit zu erklären, dass *Gerd Muhr* aus der IG Metall kam, somit die Schlußfolgerungen aus dem 71er Arbeitskampf auch für ihn auf der Hand lagen (und er wahrscheinlich auch die 7 Punkte *Otto Brenners* kannte). Erstaunlich ist dagegen die Haltung von HBV und DPG. Bei der Post als damals von Beamten dominiertem Unternehmen war die Aussperrung niemals ein Thema. Und im Dienstleistungsbereich ging es vor allem darum, überhaupt effektive Streiks zu organisieren – in die Verlegenheit, Aussperrungen auch nur zu erwägen, kamen und kommen Arbeitgeber dort nicht. Ohne das heute noch klären zu können, wird es wahrscheinlich so sein, dass die Initiative von Einzelpersonen aus dem Führungskreis dieser Gewerkschaften kam, die eine offenbar »in der Luft liegende«, gewerkschaftspolitisch als fortschrittlich begriffene Forderung voranbringen wollten. Man sieht jedenfalls: Ein eindeutiges Urheberrecht an der Forderung nach einem »Verbot der Aussperrung« gibt es nicht!

Ungeachtet dessen hat die IG Metall noch auf dem Bundeskongreß die Zügel in die Hand genommen. Ihre zwei Vorsitzenden – *Eugen Loderer* und *Hans Mayr* – dominierten unter Bezug auf das konkrete Beispiel des Arbeitskampfes von 1971 die Diskussion. Aber auch wenn die IG Metall schon damals keinen Zweifel an ihrer Führungsrolle in der Aussperrungsfrage aufkommen ließ, lag ihr zugleich daran, das als rechtspolitische Forderung der gesamten Gewerkschaftsbewegung breit getragen zu sehen. Deshalb konzedierte *Eugen Loderer*, dass der eigene Antrag erledigt sein könne durch den thematisch breiter angelegten der Gewerkschaft HBV!

Politisierung und Popularisierung – die Veranstaltung »Streik und Aussperrung« 1973

Ein Spezifikum der *Brenner*'schen 7 Punkte war die Rückkopplung des Aussperrungsthemas an die Befindlichkeit der betroffenen Belegschaften. Eine der Erfahrungen des Novembers 1971 für die IG Metall war nämlich das Gefühl der ohnmächtigen Bedrohung durch Einwirkungen auf die eigenen Mitglieder von außen, denen man selbst nichts entgegen zu setzen hatte. Gefragt waren Aktivitäten in zwei Richtungen: die Stärkung deren subjektiver Bereitschaft zum Widerstand gegen eine aktuelle Aussperrung und der Versuch, diese selbst schon im Ansatz zu verhindern oder mindestens zu erschweren. Beides kulminierte ideal in der Losung »Verbot der Aussperrung«, die zugleich auf politische Delegitimierung dieses Kampfmittels wie auch dessen rechtliche Infragestellung abzielte.

Für mich war damals schnell klar, dass es mit einer papierenen Forderung an wen auch immer nicht getan sein würde, sondern dass für eine erfolgreiche Kampagne der Resonanzboden der fachlichen

und politischen Öffentlichkeit unerläßlich war. Deshalb kündigte *Eugen Loderer*, selbst erst 14 Tage im neuen Amt, bereits auf dem DGB-Kongreß an: »*Die Industriegewerkschaft Metall begrüßt es, daß heute bereits eine Reihe fortschrittlicher Wissenschaftler und Arbeits-rechtler den gewerkschaftlichen Standpunkt in dieser Sache vertreten… Es ist daher unsere feste Absicht, die Kontakte und Diskussionen mit diesen Wissenschaftlern in nächster Zeit zu verstärken und auch die Öffentlichkeit in geeigneter Form daran zu beteiligen.*«

Damit zielte er auf die ein gutes Jahr später, vom 13. bis 15. September 1973 in München veranstaltete – heute darf man sagen: legendäre – wissenschaftliche Veranstaltung »Streik und Aussperrung«.[4] Eine solche Veranstaltung hatte es bis dahin nicht gegeben: An drei Tagen wurde über die Inhalte von insgesamt 10 Referaten zum deutschen Arbeitskampfrecht, seinen ökonomischen Grundlagen und einem Vergleich mit den europäischen Nachbarn Frankreich, Großbritannien, Italien und Niederlande diskutiert. Es kamen etwa 400 Teilnehmer aus Arbeitsrechtswissenschaft, Arbeitsgerichtsbarkeit, Rechtsanwaltschaft und Gewerkschaften, darunter auch eine stattliche Zahl von Richtern des *BAG*, angeführt von dessen Vizepräsidenten, *Fritz Poelmann*.

Die Veranstaltung gewann aus aktuellem, nicht aus ihr selbst resultierendem Anlaß unerwartet große Resonanz. Zum gleichen Zeitpunkt nämlich kam es in der Metallindustrie zu einer Vielzahl spontaner Arbeitsniederlegungen. Nach Angaben der IG Metall legten insgesamt etwa 325 000 Arbeitnehmer in 458 Betrieben die Arbeit nieder, um angesichts unterwarteter Preissteigerungen für einen »Lohnnachschlag« zu demonstrieren. Das erzeugte eine erregte, spannungsreiche öffentliche Stimmung, nachdem Ähnliches bereits 1969 unter dem Namen »Septemberstreiks« für Aufsehen gesorgt hatte. Diese Kulisse sorgte dafür, dass Zeitungen und Fernsehen die Veranstaltung drei Tage präsentierten und kommentierten. *Eugen Loderer* hatte es zur Eröffnung als ihre Funktion bezeichnet, »*daß die Probleme des Arbeitskampfrechts aus den Studierstuben und Gerichtssälen heraus in eine Diskussion im größeren Kreise der Hauptbetroffenen überführt werden. Aus einer akademischen muß wieder eine politische Diskussion werden.*« Das war eigentlich als Fernziel gesehen worden, wurde aber durch die aktuellen Umstände bereits unmittelbar mit der Veranstaltung selbst erreicht. Von da an fiel es wesentlich leichter, arbeitskampfrechtliche Fragen nicht nur in der arbeitsrechtlichen Arena sondern auch in den Gewerkschaften und in einer breiteren Öffentlichkeit zu behandeln.

Verbot der Aussperrung nicht durch den Gesetzgeber sondern die Gerichte

Wer sich die ersten gewerkschaftlichen Willensbekundungen zur Aussperrung aus dem Jahre 1972 nochmals Revue passieren läßt, wird eine gewisse Unschärfe hinsichtlich der Modalitäten des von allen angestrebten »Verbots« der Aussperrung feststellen. Die Postgewerkschaft forderte »*geeignete Schritte in Richtung auf eine positive Verankerung des Streikrechts im Grundgesetz bei gleichzeitigem verfassungsrechtlichem Verbot der Aussperrung*«. Die HBV zielte auf ein »*gesetzliches Verbot der Aussperrung.*« Und im Antrag der IG Metall wurden »*DGB-Bundesvorstand und Bundesregierung aufgefordert, Initiativen zu ergreifen, die Aussperrung für rechtswidrig zu erklären.*« Bereits auf dem Kongreß wies der in der IG Metall für Arbeitsrecht zuständige und prominente SPD-Linke *Olaf Radke* auf folgenschwere Implikationen der im Post-Antrag angestrebten Verfassungsänderung hin: »*Wenn wir das versuchen, brauchen wir Zwei-Drittel-Mehrheiten, dann kriegen wir noch nicht einmal mit einfachen Gesetzen ein Aussperrungsverbot, sondern kriegen wir die Aussperrung äußerstenfalls auch nur als Verfassungsrecht positiv erklärt ins Grundgesetz.*« Wenn auch zugespitzt und etwas unklar, legte er aber die Krux aller an den Gesetzgeber gerichteten Forderungen offen: Man brauchte parlamentarische Mehrheiten, und der Schuß konnte auch nach hinten losgehen!

Die Veranstaltung »Streik und Aussperrung« brachte auch für diese Problematik größere Klarheit, und zwar mit einem fulminanten Auftritt des großen linken Staatsrechtslehrers *Helmut Ridder* aus Gießen. Ich habe es heute noch lebhaft in Erinnerung, wie er sein Publikum erst dramatisch verblüffte und dann zu Beifallstürmen hinriß: »*Als jemand, der sich seit dem 23. Mai 1948 hauptberuflich mit dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland zu befassen hatte, möchte ich Ihnen drei Thesen vortragen: These 1: Die auf Grund eines Antrags der IG Metall vom 9. ordentlichen Bundeskongreß des DGB beschlossene Forderung nach einem Verbot der Aussperrung ist falsch. Begründungsansatz: Die Aussperrung darf nicht verboten, werden, sie kann nicht verboten werden, weil sie bereits verboten ist.*« Die dem zugrunde liegende Argumentation, wonach die Aussperrung das Streikrecht in verfassungswidriger Weise beeinträchtige, wies die Richtung: das »Verbot« der Aussperrung durch die Gerichte. Dieser Weg wurde dann von der IG Metall und der mittlerweile ebenfalls von großen Aussperrungen betroffenen IG Druck und Papier beschritten und mündete in die Entscheidungen des *BAG* vom 10. Juni 1980. Mit ihnen wurde die Aussperrung zwar weiterhin zugelassen, ihr aber unter Paritätsgesichtspunkten Grenzen gezogen.

Das alles wurde ohne *Otto Brenner* bewerkstelligt, aber sein Vermächtnis[5] war unerläßlich, bis das Projekt genügend selbsttragenden Schwung entfaltet hatte. Wie schnell die Forderung nach einem »Verbot der Aussperrung« innerhalb der IG Metall zu etwas ganz Selbstverständlichem geworden war, zeigte sich schon auf dem Gewerkschaftstag 1974. Dort wurden ohne Diskussion die satzungsgemäßen »Aufgaben und Ziele« um folgende Ziffer erweitert: »Sicherung der rechtlichen Voraussetzungen für die gewerkschaftliche Handlungsfreiheit insbesondere durch Verbot der Aussperrung«. Der Sprecher der Antragsberatungskommission erklärte zur Begründung lediglich, dass diese neue Bestimmung »*einer alten gewerkschaftlichen Forderung entspricht*«!

Prof. Dr. Michael Kittner, em. Professor für Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Kassel, Justiziar der IG Metall von 1972 bis 1996.

➔

Nähere Informationen zum Hintergrund des Arbeitskampfrechts mit vielen Rechtsprechungs-Fundstellen finden Sie unter www.aur-eu Stichwort: Arbeitskampf.

4 Zum Protokoll vgl. *Kittner* (Hrsg.), Streik und Aussperrung, 1974, Schriftenreihe der Otto Brenner Stiftung Nr. 2

5 Die zur Agenda der 7 Punkte gehörende Entwicklung der beiden weiteren Großkomplexe »116 AFG« und »Mobilisierung der eigenen Mitglieder« kann ich hier nicht vertiefen.

Bedeutung des Arbeitsrechts bei der Entstehung der Europäischen Gemeinschaften

Prof. Dr. Achim Seifert, Jena

A. Die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl[1]

Den ersten Versuch einer sektoralen eur. Integration bildete die aufgrund des Pariser Vertrages v. 18.4.1951 errichtete und nach 50-jähriger Laufzeit am 31.12.2001 beendete EGKS. Die Initiative ging auf die berühmte Regierungserklärung der franz. Regierung v. 9.5.1950 zurück, in der Außenminister *Robert Schuman* den Vorschlag machte, die gesamte franz.-dt. Kohle- und Stahlproduktion einer gem. Hohen Behörde zu unterstellen, die auch andere eur. Ländern offenstehen sollte.[2] Die Zusammenlegung der kriegswichtigen Kohle- und Stahlerzeugung sollte die erste Etappe auf dem Weg zu einem eur. Staatenbund sein und war dazu bestimmt, dauerhaften Frieden in Europa zu garantieren; unausgesprochenes Ziel mag auch gewesen sein, die kriegswichtige Montanindustrie Westdeutschlands dauerhafter Kontrolle zu unterwerfen. Wenig bekannt ist, dass die EGKS auch sozialpolitisch wirkte: Zu ihren Aufgaben gehörten nämlich die »Steigerung der Beschäftigung«, die »Hebung der Lebenshaltung in den Mitgliedstaaten« (MS) sowie die Sorge, dass durch die Sicherstellung einer leistungsfähigen Montanindustrie keine Unterbrechung der Beschäftigung eintritt.[3] Institutionell bezog die EGKS die Sozialpartner in die Entscheidungsfindung der H. Behörde ein, da im Beratenden Ausschuss bei der H. Behörde neben Vertretern der Verbraucher und Händler auch Vertreter der Erzeuger und der AN der Montanindustrie saßen.[4]

I. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Sozialpolitisches Kernelement der EGKS war die Freizügigkeit.[5] Sie war auf anerkannte Kohle- und Stahlfacharbeiter beschränkt, was eine Abgrenzung dieser AN erforderlich machte. Art. 69 § 2 EGKSV ermächtigte die MS, »eine gem. Begriffsbestimmung für die Fachrichtungen und die Bedingungen für die Zuerkennung der Facharbeitereigenschaft auf(zu)stellen«. Diese sekundärrechtliche Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereichs der Arbeitnehmerfreizügigkeit erfolgte durch Ministerratsbeschluss v. 18.4.1951.[6]

Kern der Garantie der Arbeitnehmerfreizügigkeit war das Verbot der Diskriminierung von AN wegen der Staatsangehörigkeit. Art. 69 § 1 EGKSV verpflichtete die MS, jede auf Staatsangehörigkeit gegründete Beschränkung hinsichtlich der Beschäftigung anerkannter Kohle- und Stahlfacharbeiter, die Staatsangehörige eines MS sind, in der Kohle- und Stahlindustrie zu beseitigen, es sei denn die Beschränkungen erwiesen sich wegen grundlegender Erfordernisse der Gesundheit und der öff. Ordnung als notwendig. Art. 69 § 4 S. 1 HS 1 EGKSV verpflichtete die MS, jede Diskriminierung zwischen inl. und eingewanderten Arbeitern bei Entlohnung und Arbeitsbedingungen zu untersagen. Die arbeitsrechtliche Freizügigkeitsgarantie wurde durch Art. 69 § 4 S. 1 HS 2 EGKSV sozialrechtlich flankiert, der den MS aufgab, alle erforderlichen Vereinbarungen abzuschließen, um zu erreichen, dass die Bestimmungen über die Sozialversicherung den Wechsel der Arbeitsplätze nicht behindern.

II. Hilfe bei Entlassungen

Originellstes sozialpolitisches Instrument der EGKS dürften die in Art. 56 EGKSV vorgesehenen Hilfen bei Entlassungen gewesen sein. Rationalisierungen, die eine Verminderung des Bedarfs an Arbeitskräften der Kohle- und Stahlindustrie zur Folge hatten und »besondere Schwierigkeiten für die Wiederbeschäftigung der frei gewordenen Arbeitskräfte in einem oder mehreren Gebieten mit sich [brachten]«, konnten ein Eingreifen der H. Behörde rechtfertigen, um den Strukturwandel für die betr. AN abzufedern. Sie konnte in diesen Fällen eine nicht rückzahlungspflichtige Beihilfe gewähren, um Transferentschädigungen für die betr. AN oder die Finanzierung der Umschulung zu ermöglichen. Die Beihilfe wurde grundsätzlich nur gewährt, wenn der MS einen mind. gleichhohen Betrag zahlte. Letztlich handelte es sich um Beihilfen zur Finanzierung von Sozialplänen. Die Montanindustrie wird deshalb als der Wirtschaftszweig genannt, in dem der Sozialplan, wie er in § 112 Abs. 1 S. 3 BetrVG 1972 ges. anerkannt wurde, seinen Ursprung hat.[7] §§ 72 ff. BetrVG 1952 hatten dem BR bei Betriebsänderungen nur ein Recht auf Verhandlung eines Interessenausgleichs gegeben, nicht aber auf Verhandlung oder Abschluss eines Sozialplanes. Art. 56 EGKSV verstärkte zwar nicht den arbeitsrechtlichen Bestandsschutz in den MS, schützte aber die vom Strukturwandel betr. AN durch Abfederung der sozialen Folgen des Arbeitsplatzverlustes.

III. Lohnkontrolle

Im Grundsatz erkannte die EGKS die in den MS angewandten Formen der Festsetzung von Löhnen und Sozialleistungen an.[8] Gleichwohl

1 Die Entstehung der zeitgleich mit der Errichtung der EWG erfolgten Eur. Atomgemeinschaft (Euratom) bleibt außer Betracht, da sich die Sozialpolitik nach dem Vertrag zur Gründung der Eur. Atomgemeinschaft weitgehend auf Regeln über die Freizügigkeit qualifizierter Beschäftigter in der Atomindustrie beschränkte (vgl. Art. 96 EAGV).

2 Text des Schuman-Planes abrufbar unter: http://www.cvce.eu. Zur Entstehung des EGKSV ausführlich N. *Bayer*, Wurzeln der Europäischen Union: visionäre Realpolitik bei Gründung der Montanunion, St. Ingbert 2002, 15 ff. mwN.

3 Art. 2 EGKSV.

4 Vgl. Art. 18 u. 19 EGKSV.

5 Vgl. Art. 69 EGKSV.

6 Vgl. Liste der Berufe in Anl. 1 zum Beschluss des Ministerrates betr. Anwendung des Art. 69 EGKSV v. 18.4.1951, ABlEWG 1957 Nr. 25, 367.

7 Vgl. *Radke*, Die Praxis der »qualifizierten Mitbestimmung«, Frankfurter Hefte (24) 1969, 319, 323 f.; ebenso *Müller*, Der Sozialplan und seine finanzielle Ausstattung – Bemessung des materiellen Inhalts eines Sozialplans, Mitbestimmungsgespräch 1975, 72.

8 So ausdrücklich Art. 68 § 1 EGKSV.

sahen die Parteien des EGKSV es als erforderlich an, ein Verfahren zur Lohnkontrolle zu verankern, das in erster Linie der Aufrechterhaltung eines fairen Wettbewerbs innerhalb des gem. Marktes für Kohle und Stahl dienen sollte und insofern die Wettbewerbsvorschriften des Art. 67 EGKSV ergänzte;[9] sozialpolitische Motive standen bei dieser Lohnkontrolle im Hintergrund.

Nach Art. 68 § 2 EGKSV konnte die H. Behörde im Benehmen mit den betr. Regierungen an Montan-UN Lohnempfehlungen richten, wenn diese ungewöhnlich niedrige Preise anwandten und sich diese Preise aus Löhnen ergaben, die von diesen UN auf ein im Vergleich zu den Löhnen desselben Gebietes ungewöhnlich niedriges Niveau festgesetzt worden waren. Kamen die betr. UN diesen Empfehlungen nicht nach, konnte die H. Behörde die finanziellen Wettbewerbsvorteile, die sich aus den niedrigen Lohnkosten ergaben, abschöpfen, indem sie den UN Geldbußen und Zwangsgelder bis zur doppelten Höhe der unzulässig erzielten Lohneinsparungen auferlegte.

B. Entstehung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft

Einige Jahre nach Gründung der EGKS geriet der eur. Einigungsprozess ins Stocken. Auslöser war vor allem die Ablehnung des Vertrages für eine Eur. Verteidigungsgemeinschaft durch das franz. Parlament am 30.8.1954. Damit war eine militärische oder politische Integration zunächst gescheitert. Der Stillstand machte einen Strategiewechsel erforderlich: In den Vordergrund trat wieder der der EGKS zugrunde liegende Gedanke, die wirtschaftliche Integration durch Errichtung eines gem. Marktes voranzutreiben, die Vergemeinschaftung des Montansektors auf alle anderen Wirtschaftszweige auszudehnen und eine Eur. Wirtschaftsgemeinschaft zu gründen. Auf der Konferenz der Außenminister der 6 EGKS-Gründungsstaaten v. 1. – 3.6.1955 in Messina erklärten diese ihre Absicht, »einen neuen Abschnitt auf dem Wege zum Aufbau Europas in Angriff zu nehmen« und dies »zunächst auf wirtschaftlichem Gebiet« vornehmen zu wollen, insbes. »durch Errichtung eines gemeinsamen Marktes und durch fortschreitende Harmonisierung ihrer Sozialpolitik«.[10] Hierzu setzten sie einen Regierungsausschuss unter Vorsitz des Belg. Außenministers *Paul-Henri Spaak* ein, der die Möglichkeiten einer weiteren Wirtschaftsintegration prüfen sollte und seinen Bericht am 21.4.1956 vorlegte.[11] Die Gewerkschaften in den 6 MS der EGKS standen dem Vorhaben ganz überwiegend positiv gegenüber und versprachen sich neben einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen ein Zusammenwachsen der bisher durch Krieg getrennten Völker Europas.[12]

I. Rolle der IAO

Der Stellenwert der Sozialpolitik im Rahmen einer zu schaffenden EWG beschäftigte auch die IAO, zust. für die Schaffung einheitlicher Arbeits- und Sozialstandards. Deren Verwaltungsrat setzte im März 1955, also vor der Konferenz von Messina, einen Sachverständigenausschuss aus 6 renommierten Wirtschaftswissenschaftlern ein, der von dem Schweden *Bertil Ohlin* präsidiert wurde und die Aufgabe hatte, soziale Aspekte einer wirtschaftlichen Zusammenarbeit innerhalb Europas zu untersuchen.[13] Die Sachverständigen legten 1956 ihren Bericht vor.[14]

Der *Ohlin*-Bericht ging vom Theorem der komparativen Kostenvorteile im internationalen Handel und der Annahme aus, dass die Verschmelzung nat. Märkte zu einem gem. Markt die Produktivität erhöhe und Wirtschaftswachstum fördere. Die unterschiedlichen Arbeitskosten in den MS würden eine unterschiedliche Arbeitsproduktivität widerspiegeln. Einer Harmonisierung des Arbeits- und Sozialrechts der MS einer künftigen EWG wurde nicht das Wort geredet. Gleichwohl erkannte der *Ohlin*-Bericht an, dass in Einzelfällen eine Angleichung von Sozialstandards für die Funktionsfähigkeit eines gem. Marktes erforderlich sein kann. Obgleich sich der Bericht gegen eine Vereinheitlichung der Löhne im gem. Markt aussprach, sah er, dass die unterschiedliche Durchsetzung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Frauen und Männer im int. Handelsverkehr zu Wettbewerbsverzerrungen führen und deshalb eine Harmonisierung erforderlich machen könne. Allerdings setzte der *Ohlin*-Bericht insoweit vor allem auf die IAO, wenn er anregte, Entgeltgleichheit im gem. Markt durch Verabschiedung eines auf Europa beschränkten Übereinkommens zu verwirklichen. Eine begrenzte soziale Flankierung der eur. Wirtschaftsintegration sollte unter Ägide der IAO und nicht durch die eigenständige Sozialpolitik einer EWG erfolgen.

II. Der sog. »*Spaak*-Bericht«

Der Regierungsausschuss unter Vorsitz des Belg. Außenministers *Spaak* legte am 21.4.1956 seinen Bericht vor, in dem er Grundlinien der zu errichtenden Wirtschaftsgemeinschaft skizzierte und erforderliche Maßnahmen benannte.[15] Auch mit Sozialpolitik beschäftigte sich der Bericht eingehend. Allerdings ging es weniger um angemessenen Arbeitnehmerschutz als um Neutralisierung von Wettbewerbsverzerrungen, die innerhalb eines gem. Marktes durch unterschiedliche nat. Sozialstandards entstehen können. Namentlich die Regeln über soziale Sicherheit, Dauer der Arbeitszeit, Bezahlung von Überstunden oder von bezahltem Urlaub seien geeignet, Wettbewerbsbedingungen lohnintensiver Wirtschaftszweige zu verzerren. Der *Spaak*-Bericht sprach sich nicht für eine Harmonisierung nat. Arbeitsrechtsordnungen aus. Stattdessen ging man davon aus, dass fortschreitende Errichtung des gem. Marktes

9 So ließ z.B. Art. 67 EGKSV Eingriffe der H. Behörde gegen Maßnahmen einzelner MS zu, welche die Unterschiede der Produktionskosten in anderer Weise als durch Veränderung der Produktivität wesentlich vergrößerten und dadurch schwere Störungen des Gleichgewichts innerhalb des gemeinsamen Marktes für Kohle und Stahl auslösten.

10 Entschließung der Außenminister v. 3.6.1955 abrufbar unter: https://www.bundesarchiv.de/oeffentlichkeitsarbeit/bilder_dokumente/00939/index-1.html.de.

11 Bericht der Delegationsleiter des von der Konferenz von Messina eingesetzten Regierungsausschusses an die Außenminister (»Spaak-Bericht«).

12 Dazu z.B. *Monnet,* Erinnerungen eines Europäers, Baden-Baden 1988, 515, der von einem Gespräch mit dem damaligen DGB-Vorsitzenden *Freitag* und dem damaligen IG-Metall-Vorsitzenden *Straeter* 1954 berichtet und die proeuropäische Gesinnung dieser dt. Gewerkschafter besonders hervorhebt.

13 Vgl. Beschluss des IAO-Verwaltungsrates, 128. Sitzung im März 1954.

14 Vgl. Social Aspects of European Economic Co-operation. Report by a Group of Experts, Studies and Reports, New Series, No. 46, Genf 1956. Für eine Zusammenfassung siehe Social Aspects of European Economic Co-operation, ILR 100 (1956), 99 ff.

15 Bericht der Delegationsleiter des von der Konferenz von Messina eingesetzten Regierungsausschusses an die Außenminister.

die Angleichung der Arbeitsbedingungen begünstigen und sich sozialer Fortschritt geradezu automatisch einstellen werde. Gleichwohl erkannte der Bericht einen Kern sozialpolitischer Regeln für einen gem. Markt an: sozialpolitische »Disparitäten« zwischen MS wie Entgeltunterschiede zwischen Frauen und Männern, »die wöchentliche Arbeitszeit, bei deren Überschreiten Überstundenzuschläge gezahlt werden, sowie der Sätze dieser Zuschläge« und die »Dauer des bezahlten Urlaubs« sollten auch dann schrittweise harmonisiert werden, wenn sie keine Wettbewerbsverzerrungen verursachen.[16] Im Unterschied zum *Ohlin*-Bericht setzte die Gruppe um Spaak nicht auf Anknüpfung an die IAO, sondern auf eigenständige Sozialpolitik der Gemeinschaft.

III. Die Vertragsverhandlungen

Auf der Außenministerkonferenz in Venedig am 29./30.5.1956 nahmen die Außenminister den *Spaak*-Bericht an und beschlossen, auf seiner Grundlage in Vertragsverhandlungen einzutreten. Eine Einbeziehung der Sozialpartner erfolgte nicht. In Val Duchesse bei Brüssel fand ab dem 26.6.1956 eine Regierungskonferenz der Gründungsstaaten statt. In deren Verlauf zeigte sich Uneinigkeit über die Sozialpolitik. Die franz. Delegation forderte in einer Note v. 19.9.1956 eine weitreichende Angleichung der Vorschriften über die Soziallasten, insbes. Verwirklichung der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern, Harmonisierung der Dauer der wöchentl. Arbeitszeit, bei deren Überschreitung Überstundenzuschläge zu zahlen sind, sowie der Dauer des bezahlten Urlaubs. Die Forderung wurde von den anderen 5 Delegationen abgelehnt.

Die Konferenz der Delegationsleiter v. 20. – 21.10.1956 in Paris brachte eine Annäherung, jedoch noch keine Einigung.[17] Erst ein Treffen zwischen Bundeskanzler *Adenauer* und dem franz. Ministerpräsident *Mollet* im November 1956 ermöglichte einen Kompromiss:[18] Danach sollte in den Vertrag eine allg. Klausel aufgenommen werden, dass die Parteien es für notwendig erachten, die Lebens- und Arbeitsbedingungen der AN zu verbessern. Bei der Angleichung der wöchentl. Arbeitszeit und der Überstundenzuschläge kam Frankreich entgegen und verzichtete insoweit auf eine Regelung im EWGV. Wohl aber sollte im Vertrag das Ziel verankert werden, dass die Gründungsstaaten den in Frankreich bestehenden Zustand bis zum Ende des ersten Abschnitts der Übergangsperiode verwirklichen. Für den Fall des Nichterreichens dieses Zieles sollten die benachteiligten franz. Industrien in den Genuss von Schutzklauseln gelangen. Letzte Meinungsverschiedenheiten konnten auf der Konferenz der Regierungschefs und Außenminister in Paris am 19./20.2.1957 ausgeräumt werden. Die Unterzeichnung des EWGV erfolgte am 25.3.1957 in Rom. Die Ratifizierung des Röm. Vertrages durch die Parlamente der 6 Gründungsstaaten erfolgte insg. ohne große Probleme. Der EWGV trat zum 1.1.1958 in Kraft.

IV. Sozialpolitische Vorschriften des EWG-Vertrages

1. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Zentraler Pfeiler der Verschmelzung der nat. Arbeitsmärkte der MS war und ist die Freizügigkeit der AN,[19] die vor allem auf dem Verbot der Benachteiligung von AN aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit beruhte. Der Grundsatz war nicht unumstritten, befürchteten doch einzelne MS eine Überschwemmung ihrer nat. Arbeitsmärkte. Luxemburg ließ im Protokoll zum EWGV ausdrücklich festhalten, dass bei der Festlegung der öff. Verwaltungen, für welche die Freizügigkeit nach Art. 48 Abs. 3 EWGV nicht gelten sollte, die Kommission den demographischen Besonderheiten des Großherzogtums Rechnung tragen sollte.[20] Diese Befürchtungen dürften dazu beigetragen haben, Arbeitnehmerfreizügigkeit nur schrittweise bis zum Ende der Übergangszeit v. 12 Jahren[21] zu verwirklichen.[22]

2. Der Titel III des EWGV (»Die Sozialpolitik«)

a) Abstimmung der Sozialordnungen

Die Grundentscheidung traf Art. 117 EWGV. Nach Abs. 1 waren sich die MS einig, auf eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der AN hinzuwirken und auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen. Diese Entwicklung sollte sich sowohl aus dem eine Abstimmung der Sozialordnungen begünstigenden Wirken des gem. Marktes als auch aus den im EWGV vorgesehenen Verfahren sowie aus der Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften ergeben.[23] Einen Zuständigkeitskatalog in sozialpolitischen Angelegenheiten, wie heute in Art. 153 Abs. 1 AEUV, kannte der EWGV nicht. Eine Harmonisierung des Arbeitsrechts konnte ausschließlich aufgrund von Art. 100 EWGV (= Art. 115 AEUV) erfolgen und erforderte einen einstimmigen Ratsbeschluss auf Vorschlag der Kommission; eine danach erfolgende Rechtsangleichung war auf Vorschriften begrenzt, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des gem. Marktes auswirken, bedurfte somit einer ökonomischen Rechtfertigung. Wichtige arbeitsrechtliche RL wie die Massenentlassungs-RL wurden auf Art. 100 EWGV gestützt.[24] Andere RL wie die Gleichbehandlungs-RL stützten sich auf die Kompetenzergänzungsklausel des Art. 235 EWGV (entspr. Art. 352 Abs.1 AEUV).[25] Statt auf Harmonisierung baute der mit Art. 117 EWGV eng verknüpfte Art. 118 EWGV (= Art. 156 AEUV) auf eine enge Zusammenarbeit zwischen den MS in sozialen Fragen, moderiert von der Kommission.

b) Grundsatz der Entgeltgleichheit

Art. 119 EWGV verankerte den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit und verpflichtete die MS, während der ersten Stufe der Übergangszeit diesen Grundsatz anzuwenden und in der Folge beizubehalten. Die Vorschrift war als an die MS adressierte Pflicht

16 Vgl. Nachweis in Fn. 13, 68 ff.

17 Vgl. Telegramm v. 22.10.1956, das *Carstens*, der dt. Verhandlungsführer, an den Staatssekretär im A.A. *Hallstein* sandte; abrufbar unter: www.cvce.eu.

18 Siehe Aufzeichnung des A.A. der Bundesrepublik Deutschland v. 8.11.1956 über das Treffen *Mollet-Adenauer* in Paris, abrufbar unter: www.cvce.eu.

19 Vgl. Art. 48 EWGV (= Art. 45 AEUV).

20 Vgl. Art. 2 des Protokolls betr. das Großherzogtum Luxemburg v. 25.3.1957. Dazu *Seifert*, Arbeitsrecht im Binnenmarkt aus der Perspektive des Großherzogtums Luxemburg, in: Becker/Schwarze (Hrsg.), Gemeinwohlverantwortung im Binnenmarkt, Tübingen 2010, 75 ff.

21 Die Dauer der Übergangszeit ergab sich aus Art. 8 EWGV.

22 Vgl. Art. 48 Abs. 1 EWGV.

23 Art. 117 Abs. 2 EWGV.

24 Z.B. Massenentlassungs-RL 75/129/EWG v. 17.2.1975 (ABl. 1975 Nr. L 48, 29).

25 So z.B. Gleichbehandlungs-RL (Männer und Frauen) 76/207/EWG v. 9.2.1976 (ABl. 1976 Nr. L 39, 40).

ausgestaltet und nicht als Grundrecht, auf das sich AN gegenüber ihrem AG unmittelbar berufen konnten; diese Fortbildung von Art. 119 EWGV erfolgte erst durch den *EuGH* im Urt. v. 8.4.1976, *Defrenne II*.[26]

Die Verankerung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit erfolgte 6 Jahre nach Verabschiedung des IAO-Übereinkommens Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männl. und weibl. Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (1951). Treibende Kraft dieser Gewährleistung war die franz. Regierung, die so Wettbewerbsnachteile ihrer Industrien verhindern wollte, welche dadurch entstehen, dass UN, die aufgrund des Rechts ihres Herkunftslandes zur Entgeltgleichheit verpflichtet sind, gegenüber UN, die nicht an diesen Grundsatz gebunden sind, Kostennachteile hinnehmen müssen: Denn bei der Aushandlung des EWG galt der Grundsatz bereits in Frankreich,[27] während 2 der 6 Gründungsstaaten (NL und Lux) IAO-Übereinkommen Nr. 100 noch nicht ratifiziert hatten.[28] Die übrigen Gründungsstaaten hatten zwar das Übereinkommen ratifiziert, doch lag die Ratifizierung nur kurze Zeit zurück, und es bestand nach wie vor ein großes geschlechterbedingtes Entgeltgefälle: So hatte die BRD das Übereinkommen erst am 8.6.1956 ratifiziert, gerade 8 Monate vor Unterzeichnung der Röm. Verträge am 25.3.1957 und gut ein Jahr nach der Grundsatzentscheidung des *BAG*[29] zum Schutz der Entgeltgleichheit in Art. 3 Abs. 2 GG.[30]

c) Bezahlte Freizeit und Arbeitszeit

Wie ausgeführt, sah der *Spaak*-Bericht Bedarf zur Harmonisierung der Arbeitsrechtsordnungen der MS u.a. auch bei der Dauer des bezahlten Urlaubs.[31] Die Aufnahme einer entspr. Vorschrift in den EWGV, die eine Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der MS in diesem Bereich erlaubte, war nicht konsensfähig.[32] Stattdessen schufen die Gründungsstaaten mit Art. 120 EWGV (= Art. 158 AEUV) eine Vorschrift, der zufolge die MS bestrebt sein werden, die bestehende Gleichwertigkeit der Ordnungen über bezahlte Freizeit beizubehalten. Angesichts der Entstehungsmaterialien des EWGV sind Zweifel angebracht, ob bei Unterzeichnung der Röm. Verträge von einer »Gleichwertigkeit der Ordnungen über bezahlte Freizeit« und der damit verbundenen mangelnden Eignung dieser Vorschriften, den Wettbewerb im gem. Markt zu verzerren, ausgegangen werden durfte: Immerhin divergierte der gesetzliche Mindesturlaub zwischen den einzelnen MS z.T. erheblich.[33] Die Vorschrift schloss zwar nicht generell eine Harmonisierung des Urlaubsrechts der MS aus, blieb jedoch ohne praktische Bedeutung.[34]

Im Zusammenhang damit ist Ziffer II. des Protokolls zum EWGV über best. Vorschriften betr. Frankreich zu sehen, in dem die Gründungsstaaten zum Ausdruck brachten, dass die Errichtung des gem. Marktes am Ende der ersten Stufe der Übergangszeit[35] zu einer Angleichung von Überstundenvergütungen an das franz. Niveau führen würde. Sollte dies nicht geschehen, habe die Kommission Frankreich zu ermächtigen, mit Blick auf die davon betr. Industriezweige Schutzmaßnahmen zu ergreifen, es sei denn, der durchschnittliche Lohnzuwachs in den gleichen Industriezweigen anderer MS übersteigt die in Frankreich eingetretene Erhöhung um ein best. Niveau, das von der Kommission mit Zustimmung des Rates festzusetzen ist. Auf diese Weise sollten Wettbewerbsverzerrungen, die aufgrund einer unterschiedlichen (gesetzlichen) Dauer der Arbeitszeit in den MS entstehen können, neutralisiert werden.

d) Der Europäische Sozialfonds

Im Zusammenhang mit diesen Vorschriften über Sozialpolitik ist der Eur. Sozialfonds (ESF) zu sehen, der eine Korrektur der fehlenden Harmonisierung des Arbeits- und Sozialrechts durch die EWG ermöglichen sollte. Der Fonds hat von Anfang an der Kommission die Möglichkeit gegeben, durch finanzielle Hilfen an einzelne MS Fehlentwicklungen auf best. Arbeitsmärkten im gem. Markt entgegenzusteuern. Ziel des ESF ist es, berufliche Verwendbarkeit, örtliche und berufliche Mobilität der Arbeitskräfte zu fördern, um Beschäftigungsmöglichkeiten der Arbeitskräfte zu verbessern und zur Hebung der Lebenshaltung beizutragen.[36] Zu diesem Zweck sollte der ESF auf Antrag eines MS 50% der von diesem aufgewandten Kosten übernehmen, »um den Arbeitskräften eine produktive Weiterbeschäftigung zu sichern, und zwar durch Berufsumschulung und Umsiedlungsbeihilfen« oder um im Falle von Produktionsumstellungen AN den bisherigen »Lohnstand« sichern zu können.[37] Die Zwecksetzung des ESF entsprach weitgehend den Entlassungshilfen, welche die H. Behörde der EGKS nach Art. 56 EGKSV gewähren konnte.[38] Die Verwaltung des Fonds oblag der Kommission, unterstützt von einem Ausschuss aus Vertretern der Regierungen der MS sowie der AG- und AN-Verbände.[39]

e) Schwache Institutionalisierung des Arbeitnehmereinflusses

Eine Institutionalisierung des Arbeitnehmereinflusses wie nach dem Modell des Beratenden Ausschusses nach Art. 18 – 19 EGKSV erfolgte im EWGV nicht. Insbes. kannte der EWGV keinen sozialen Dialog auf eur. Ebene, wie er heute in Art. 154f. AEUV institutionalisiert ist. Nur im Wirtschafts- und Sozialausschuss (WSA) besaßen die nat. Sozialpartner Einfluss.[40] Der WSA war jedoch von Anfang an – ähnlich wie der in einigen Gründungsstaaten damals existierende *Conseil économique et social* –[41] ein reines Beratungsorgan ohne eigene Entscheidungsbefugnisse.

---

26 Rs. 43/75, Slg. 1976, 455.

27 Frankreich ratifizierte das Übereinkommen am 10.3.1953, Belgien am 23.5.1952.

28 *Imbrechts*, L'égalité de rémunération entre hommes et femmes, RTDE 1986, 231.

29 *BAG* 1 AZR 305/54, AP Nr. 4 zu Art. 3 GG.

30 BGBl. 1956 Teil II, 23. An demselben Tag ratifizierte Italien Übereinkommen Nr. 100.

31 Vgl. oben II.

32 Dazu oben II.

33 In Frankreich bestand ein Mindesturlaubsanspruch von 18, in der BRD von 15, in Belgien von 12, in Lux von 8 Tagen; vgl. *Langenfeld*, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Mainz 1989, 33.

34 Mit der aufgrund von Art. 7 der Arbeitszeit-RL 93/104/EG v. 23.11.1993 erfolgten Mindestharmonisierung des Jahresurlaubs hat die Vertragsvorschrift ihre Daseinsberechtigung verloren.

35 Vgl. Art. 8 Abs. 1 EWGV.

36 Vgl. Art. 123 EWGV, nunmehr Art. 162 AEUV.

37 Vgl. Art. 125 Abs. 1 EWGV.

38 Vgl. oben B.II.

39 Vgl. Art. 124 EWGV (= Art. 163 AEUV).

40 Vgl. Art. 193 ff. EWGV (= Art. 301 ff. AEUV).

41 Dies gilt namentlich für Frankreich, das bereits 1924 einen *Conseil économique et social* errichtet hatte, sowie für den *Sociaal-Economische Raad* der Niederlande, der seit 1950 besteht.

Hugo Sinzheimer – Schöpfer des kollektiven Arbeitsrechts in Deutschland

Prof. Dr. Otto Ernst Kempen, Frankfurt/M

I. Erinnerung und Aktualität

Die Grundprinzipien des TVG blieben seit 1918 weithin unverändert; dasselbe gilt seit 1919 für den Wortlaut des Grundrechts auf Koalitionsfreiheit. Beide beruhen bekanntlich im Wesentlichen auf Vorarbeiten und Mitwirkung *Hugo Sinzheimers*. Auf seine Autorität hätte sich die Bundesregierung mit ihrem »Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz)« v. 20.2.1015[1] berufen können; *Sinzheimer* hatte bereits 1922 angeregt, die Konkurrenz mehrerer TV gesetzgeberisch« zu regeln.[2] Einen besseren Fürsprecher hätte man kaum finden können, gilt *Sinzheimer* sogar international als »Vater«[3] oder »Schöpfer des dt. Arbeitsrechts«.[4]

Von etablierten Weimarer Arbeitsrechtlern wurde noch der 2. Aufl. seiner »Grundzüge des Arbeitsrechts« 1927 eine unjuristische, wirtschaftliche und soziale Rechtsauffassung[5] sowie »feuilletonistische Betrachtungsweise«[6] vorgeworfen. Tatsächlich hatte *Sinzheimer* seine rechtssetzende Arbeit als Kombination von »soziologischer« Methode und »legislativer Rechtswissenschaft« zu rechtfertigen versucht.[7] Ganz anders als diese konservativen Kritiker sah *Otto Kahn-Freund* gerade hier eine wesentliche Leistung *Sinzheimers*: »Es ist vor allem seine Methode des Forschens, die von ihm gepflegte soziologische Methode, es ist ebenso seine Lehre von der legislativen Rechtswissenschaft, und es ist, was man seine juristische Anthropologie zu nennen versucht ist, die ihm einen bleibenden Platz in der Geschichte des eur. jur. Denkens sichern.«[8]

Mögen die widersprüchlichen Aussagen auch abwechselnd auf den Rechtstheoretiker und den Rechtspolitiker bezogen sein, so lassen sich diese beiden Arbeitsbereiche *Sinzheimers* keineswegs trennen, denn die eine Erfahrung brachte jeweils Erkenntnisse für die andere hervor. Seine Leitideen, Positionen und Rechtsauffassungen sind heute noch aktuell und bedeutsam; die von ihm entwickelten Prinzipien des koll. Arbeitsrechts bleiben für dessen Verständnis außerordentlich wichtig, weil die von ihm geprägten Normenkomplexe bis heute weitergelten.[9]

II. Sozialtheoretische Prägung

Hugo Sinzheimer wurde am 12.4.1875 in Worms als jüngerer Sohn eines jüdischen Textilfabrikanten geboren. Nach Schulzeit in Worms und Jura-Studium promovierte er 1901 in Heidelberg über »Lohn und Aufrechnung.«[10] Seit 1903 war er RA in Frankfurt/M. Dies scheint traditionell. Tatsächlich war er bereits zu Beginn seines Studiums in München durch Vermittlung seines Bruders *Ludwig Sinzheimer* in den Kreis des Sozialökonomen *Lujo Brentano* gelangt. Dieser Mitbegründer des »Vereins für Sozialpolitik« hatte nach langjährigen Forschungen im engl. Industrierevier 1871/72 sein Werk über »Arbeitergilden der Gegenwart« veröffentlicht und 1877 die Schrift »Das Arbeitsverhältnis gemäß dem heutigen Recht.«[11] Die soziologische Methode, mit der Entwicklung und Funktion der englischen Gewerkvereine analysiert wurden, hat *Sinzheimer* stark beeinflusst.[12]

Ausgangspunkt war die Erkenntnis, dass die mit Vertragsfreiheit erstrebte »Selbstbestimmung des Einzelnen im wirtschaftlichen und sozialen Leben« den Industriearbeiter wegen seiner ökonomischen Schwäche den jeweiligen AG ohnmächtig ausliefert. Diese Ohnmacht war durch ein Überangebot an Arbeitskräften, allfällige Gesundheitsgefährdungen und vor allem permanente Unterbietungskonkurrenz der Lohnarbeiter untereinander hervorgerufen. Nach *Brentano* konnten allein Gewerkschaften diese »Machtlosigkeit des Einzelnen« tendenziell ausgleichen, indem sie dem »kollektiven Arbeitsverbrauch« des UN den organisierten »Gesamtarbeiter« gegenüberstellten. Rechtlich ließe sich das allein durch einen »kollektiven Gesamtarbeitsvertrag« ermöglichen.[13] Das alles muss *Sinzheimer* tief beeindruckt haben, denn TV und Koalitionsfreiheit bilden fortan sein Lebensthema: Es geht nicht um Aufhebung des marktwirtschaftlichen Prinzips von Angebot und Nachfrage am Arbeitsmarkt, wohl aber um Beseitigung der Machtlosigkeit der AN, die ihre Arbeitskraft unter allen Umständen anbieten müssen. Hierzu war es erforderlich, vertragliche Festpreise für die Arbeit in TV durchzusetzen und dadurch Unterbietungskonkurrenz zu beseiti-

1 BT-Drs, 18/4062.

2 *H. Sinzheimer*, Die Fortbildung des Arbeitsrechts, in: ders. Arbeitsrecht und Rechtssoziologie (Hg. O. Kahn-Freund), Bd. 1 1976, S. 78,85.

3 *Keiji Kubo*, Hugo Sinzheimer – Vater des deutschen Arbeitsrechts 1995.

4 *O. Kahn-Freund*, Hugo Sinzheimer (1875 – 1945), in: ders. (Hg.), Fn. 2, S. 1.

5 *H.C. Nipperdey*, Bücherbesprechungen, NZfA 1927, Sp. 495.

6 *W. Kaskel*, Rezension: Sinzheimer, Grundlehren des Arbeitsrechts, RuW 1922, Sp. 70 (zur 1. Aufl. 1921).

7 *H. Sinzheimer*, Über soziologische und dogmatische Methode in der Rechtswissenschaft (1922), in: ders., Arbeitsrecht und Rechtssoziologie (Hg. Kahn-Freund), Bd. 2, 1976, S. 33; zu der Kontroverse mit *Nipperdey* und *Kaskel* vgl. *S. Blanke*, Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie, 2005, S. 68 ff.

8 *O. Kahn-Freund*, Fn. 4, S. 23.

9 Vgl. schon *O.E. Kempen*, Hugo Sinzheimer, Architekt des kollektiven Arbeitsrechts in Deutschland, in: G. Böhme (Hg.), Die Frankfurter Gelehrtenrepublik, Neue Folge 2002, S. 273.

10 *H. Sinzheimer*, Lohn und Aufrechnung. Ein Beitrag zur Lehre vom gewerblichen Arbeitsvertrag auf reichsrechtlicher Grundlage, 1902; vgl. auch *B. Huber*, Hugo Sinzheimer und wir, Vortrag anlässlich der Gründung des Hugo-Sinzheimer-Instituts, Frankfurt/M, AuR 2010, 280ff.

11 Nachdruck 1994 (Hg. Thilo Ramm).

12 Vgl. *H. Sinzheimer*, Zum 70. Geburtstag Lujo Brentanos, 1915, in: ders., Fn. 2, S. 375.

13 Zitate nach *H. Sinzheimer*, Fn. 13.

gen. Marktgerecht konnte dieses Ziel nur realisiert werden, wenn die Arbeitsverweigerung durch Streiks für den Fall zulässig war, dass Tarifforderungen arbeitgeberseits abgelehnt wurden. Effektive Streikdrohungen setzten voraus, dass die Streikenden notfalls von ihrer Gewerkschaft auch finanziell unterstützt werden durften. Genau diese Rechtsgarantien bilden heute die Elemente der vom *BVerfG* konkretisierten Koalitionsfreiheit.[14]

Als *Sinzheimer* seine Anwaltstätigkeit 1903 in Frankfurt aufnahm, wurde der TV zwar jur. überwiegend abgelehnt und war justiziell nicht durchsetzbar, doch gab es in handwerklichen Gewerben schon 1906 mehr als 3.000 faktisch praktizierte TV. In den wichtigen industriellen Kernsektoren ließen sich TV erst nach 1918 durchsetzen. Schon vor 1890 war in Frankfurt eine eigene Gewerbegerichtsbarkeit vorhanden, die schiedsgerichtlich organisiert wurde[15] und zum Vorbild der dt. Arbeitsgerichte werden sollte. Als junger Anwalt ist *Sinzheimer* oft vor dem Frankfurter Gewerbegericht aufgetreten. Er hatte das Vertrauen der AN auch durch arbeitsrechtliche Vorträge im »Ausschuss für Volksvorlesungen« der örtlichen Arbeitergruppen gewonnen. Auch das »Arbeitersekretariat«, die gewerkschaftliche Rechtsberatungsstelle, übertrug ihm zahlreiche arbeits- und strafrechtliche Mandate.

III. Grundlegung des Tarifvertragsrechts und der Koalitionsfreiheit

Sinzheimers eigenstes Interesse galt der rechtswissenschaftlichen Herausbildung des Tarifrechts. 1905 hatte er auf der Tagung des Verbandes der Gewerbegerichte ein Referat zum Thema TV gehalten.[16] Hier ging es um die Frage, wie man TV nach geltendem Recht so konstruieren kann, dass Gewerkschaftsmitglieder daraus eigene einklagbare Rechte herleiten können, obwohl nicht sie selbst, sondern ihre Gewerkschaft den Kollektivvertrag abgeschlossen hat. Die restriktive Rspr. zum Arbeitskampf[17] machte damals jede Streikbeteiligung zum persönlichen Risiko, weil die Streikenden anschließend nicht wieder eingestellt wurden. Andererseits gestatteten die Gerichte dem AG, sich jederzeit vom TV einseitig zu lösen.[18] Tatsächlich war die Einhaltung des TV nur dann gesichert, wenn die Gewerkschaftsmitglieder dies durch glaubhafte, permanente Streikdrohung im Nichteinhaltungsfall erzwangen.

Im Bewusstsein dieser gesellschaftlichen Bedingungen setzte *Sinzheimer* zu seinem genialen »Dreisprung« an, der schließlich eine »kopernikanische« Wendung des kontinental-eur. Arbeitsrechts[19] herbeiführte. In seinem 1907/1908 veröffentlichten zweibändigen Werk »Der korporative Arbeitsnormenvertrag«[20] stützte er sich auf die neue sozialwissenschaftliche Methode der Rechtsgewinnung[21] und das gerade erschienene Hauptwerk *Philipp Lotmars.*[22] Wie dieser stellte *Sinzheimer* die Arbeitsrechtswelt in Deutschland realistisch mitsamt den vorhandenen TV und ihren sozial-ökonomischen Bedingungen dar. Der stürmischen Weiterentwicklung der Tarife, die sich in 6 Jahren praktisch verdoppelt hatten,[23] entnahm er die Erkenntnis, dass Recht nicht allein vom Staat, sondern auch durch gesellschaftliche Kräfte und ihre Verbände verbindlich geformt werden kann. Angesichts des damals vorherrschenden dt. Rechtspositivismus war dies kühn und nahezu »fundamentalistisch«. Der privatrechtliche Vertrag sollte nach *Sinzheimer* nicht allein Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien regeln. Vielmehr seien gesellschaftliche Verbände wie die Gewerkschaften in der Lage, mit ihren Verträgen für ihre Mitglieder unmittelbar Recht zu setzen. Die Tarifpraxis zeige, dass Gewerkschaften und AG hierdurch faktisch autonomes, d.h. gesellschaftlich selbstbestimmtes Recht mit Drittwirkung schüfen.

Nach diesem Sprung ins neue Terrain des koll. Arbeitsrechts bestand die zweite Hürde darin, die tatsächlich konstatierte »Drittwirkung« des TV systematisch zu begründen. *Lotmar* hatte vorgeschlagen, Gewerkschaften als bevollmächtigte Vertreter ihrer Mitglieder zu betrachten. Dies bot allerdings keinen wirksamen Schutz für AN, denn als Vertretene konnten sie jederzeit auf die in ihrem Namen ausgehandelten Ansprüche wirksam verzichten. *Sinzheimer* überspringt dieses Hindernis, indem er den TV als »korporativen« Vertrag konstruiert. Bei diesem eigenständigen Vertragstypus seien ausschließlich die Verbände selbst autonome Vertragspartner und nicht nur rechtsgeschäftlich bevollmächtigte Vertreter ihrer Mitglieder. Wohl aber hätten diese Vertragspartner im Schutzinteresse ihrer Konstituenten die Pflicht zur Durchführung des Vertrages. Auf solche Weise regelt der Kollektivvertrag die Arbeitsbeziehungen selbst und unmittelbar. Er wirkt damit wie ein Gesetz (self executing), das die Kollektivparteien autonom über sich beschließen. Diese eigenständige »normative Wirkung« des Tarifs enthält den dritten Sprung, der sich über die individuellen Grenzen des Privatrechts hinwegsetzt.

Vor allem das wurde ihm von Kritikern vorgeworfen,[24] obwohl *Sinzheimer* sich für den »korporativen Arbeitsnormenvertrag« auf die wohlbekannte Rechtsfigur der »realen Verbandspersönlichkeit« berief, die *Otto von Gierke* in seinem »Deutschen Genossenschaftsrecht« entwickelt hatte.[25] Nachdem das *RG* – ohne auf den Streit einzugehen – 1910 endlich den TV als allgemeinen privatrechtlichen Vertrag mit einklagbaren Ansprüchen anerkannte,[26] schwoll die Tarifbewegung nochmals an[27] und war damit ein unübergehbarer Faktor gesellschaftlicher Veränderung i.S. *Sinzheimers* geworden.

---

14 *BVerfG* 26.6.1991, E 84, S. 212.

15 Vgl. *H. Sinzheimer*, Der Sozialpolitiker Karl Flesch und seine literarisch-wissenschaftliche Tätigkeit, in: ders., Fn 2, S.378, 381.

16 *H. Sinzheimer*, Tarifverträge-Referat, GewKfG, 1905, Beilage.

17 *RG* 10.10.1887, RGSt 16, S. 383.

18 *RG* 30.4.1903, RGSt 36, S. 236.

19 *O. Kahn-Freund*, Fn. 2, S. 10.

20 *H. Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung, 1907 u. 1908, Neudruck 1977.

21 Vgl. hierzu *S. Blanke*, Fn. 7, S. 12 ff.

22 *Ph. Lotmar*, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, 2 Bände, 1902 und 1908.

23 Vgl. *H. Sinzheimer*, Der Tarifgedanke in Deutschland, in: ders., Fn. 2, S. 158.

24 Zu dieser Kritik vgl. *S. Blanke*, Fn. 7, S. 19 ff. einerseits und *M. Becker*, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, 1995, S, 294 ff. andererseits.

25 *O. v. Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4 Bände, 1868, 1873, 1881, 1913; dazu *H. Sinzheimer*, Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht 1922 in: ders. Fn. 2, S. 402.

26 *RG* 20.1.1910, RGZ 73, S. 99.

27 1911 existierten mehr als 12.000 TV, die ca. 2 Mio AN erfassten, vgl. *F. Mestitz*, Hugo Sinzheimer und das Arbeitsrecht einst und jetzt, ZnR 1993, 35, 43.

IV. Legislative Rechtswissenschaft und Praxis

Das änderte sich, als die Gewerkschaften im August 1914 nach Beginn des Weltkriegs mit Rücksicht auf die Rüstungsindustrie einen generellen Streikverzicht erklärten. Als dennoch in einigen Rüstungszentren gestreikt wurde, wollte man dem mit dem »Vaterländischen Hilfsdienstgesetz« v. 5.12.1916 begegnen, indem man »ständige Arbeiterausschüsse« in den Betrieben wählen ließ, für die einerseits ein Streikverbot galt, denen andererseits ein Beschwerderecht zustand, über das ein »Einigungsamt« im Streitfall zu entscheiden hatte. Die Frage, ob diese gesetzlichen Arbeiterausschüsse auch tarifrechtliche Kompetenzen besäßen, hat *Sinzheimer* nachdrücklich verneint: Bei diesen Vorläufern der BR handele es sich nicht um freiwillig gebildete autonome Verbände, sondern um gesetzlich verordnete Repräsentanten. Sie seien zwar zur Überwachung der betrieblichen Tarifanwendung geeignet, nicht aber für die freie verbandliche Normsetzung durch TV.[28] Allerdings musste dann das Tarifrecht ebenfalls eine gesetzliche Grundlage erhalten.

Deshalb entwarf *Sinzheimer* 1916 »Ein Arbeitstarifgesetz«, welches die »Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht« dadurch realisieren sollte, dass es die alleinige Zuständigkeit der Gewerkschaften und AG (-Verbände) zum Abschluss von TV regelte, daneben die normative, d.h. gesetzesgleiche Wirkung der TV festlegte und dafür sorgte, dass die TV-Parteien für die Durchführung ihrer TV verantwortlich waren.[29] Nach *Sinzheimer* setzten sie mit dem TV kein staatliches Recht, auch kein bloßes bürgerliches Privatrecht, sondern schufen einen dritten, dazwischen liegenden Rechtstyp, nämlich das von ihm so bezeichnete »Sozialrecht.«[30]

Ob das Phänomen des Tarifrechts hierdurch dogmatisch treffend erfasst war, ist umstr.[31] Die heute auch vom *BAG* verwendete Kennzeichnung als »kollektives Privatrecht«[32] wahrt zwar optisch die tradierte Dichotomie von Privat- und öff. Recht,[33] setzt aber verfassungsrechtlich demokratische Verbandsstrukturen der Tarifvertragsparteien voraus[34] und wäre insofern treffender als privates Kollektivrecht zu bezeichnen. Im Kriegsjahr 1917 ging es freilich nicht mehr um eine soziale Rechtstheorie (die *Sinzheimer* auch völkerrechtlich fruchtbar zu machen versucht hatte[35]), sondern um praktische Politik. Er war für die SPD in die Frankfurter Stadtverordnetenversammlung gewählt worden Als Kaiser *Wilhelm* II. infolge des Kieler Matrosenaufstands und der von dort ausgelösten revolutionären Rätebewegung am 19.11.1918 zurücktrat, wurde auch in Frankfurt ein Arbeiter- und Soldatenrat gebildet. Als dessen Mitglied ernannte man *Sinzheimer* zum »provisorischen Polizeipräsidenten«. Er blieb dies bis zu seinem Rücktritt am 1.4.1919, war aber gleichzeitig tarifrechtspolitisch sehr aktiv. In der Zentralarbeitsgemeinschafts-VO v. 15.11.1918 hatten u.a. Arbeitgeberpräsident *Hugo* Stinnes und ADGB-Vorsitzender *Carl Legien* mit der Anerkennung der Koalitionsfreiheit und der Gewerkschaften als Vertreter der Arbeiterschaft[36] zugleich die »Kollektivvereinbarung« als Arbeitsrechtssetzungsinstrument verbindlich vereinbart. Auf dieser Basis erließ der Rat der Volksbeauftragten als provisorische Regierung die »VO über TV, Angestellten- und Arbeiterausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten« noch am 23.12.1918 mit Gesetzeskraft.[37] Diese sog. Tarifverordnung (TVVO) war die epochale Grundlegung des dt. koll. Arbeitsrechts, und als solche im Rechtswirtschaftsamt unter Staatssekretär *Gustav Bauer* (vorm. stv. Vorsitzender der gewerkschaftlichen Generalkommission) anhand von *Sinzheimers* »Arbeitstarifgesetz« v. 1916 ausgearbeitet worden.[38] Sie enthielt die zwingende tarifliche Normwirkung für Verbandsmitglieder, die Allgemeinverbindlicherklärung, das Günstigkeitsprinzip und die Überwachung der Tarifanwendung durch BR. Diese Kernstrukturen sind 1920/1923 vom Reichstag bestätigt und 1949 in das TVG übernommen worden.

Die Tarifautonomie bedurfte einer verfassungsrechtlichen Sicherung. Auch sie ist im Wesentlichen das Werk *Sinzheimers*, der am 19.1.19 in die Weimarer Nationalversammlung gewählt worden war und dort die Berichterstattung für die Arbeitsverfassung übernommen hatte. In deren Zentrum stehen die von ihm maßgeblich konzipierten Art.159/165 WRV. Art.159 garantiert Koalitionsfreiheit als Grundrecht, Vereinigungen mit dem Zweck der »Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« zu bilden. Derselbe Text formuliert heute (mit einer unbedeutenden Abweichung) als Art.9 Abs. 3 S. 1 u. 2 GG das zentrale Koalitionsgrundrecht. Dagegen ist der sog. Räte-Art. 165 WRV überwiegend nicht realisiert worden. Für das Verständnis der Tarifautonomie ist er auch heute bedeutungsvoll, denn in Abs. 1 S. 2 werden »die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen … anerkannt.«

Dieser Schutz der (Tarif-) Vereinbarungen enthielt die Übernahme des *Stinnes-Legien*-Abkommens und damit die Garantie eines prinzipiell priv. Arbeitsmarktes. Tatsächlich fürchteten die AG seit November 1918 umfassende Sozialisierungsmaßnahmen nach sowj. Vorbild, und auch die Gewerkschaften sahen vielfach ihre Funktionen innerhalb des von der USPD propagierten Rätesystems auf sozialpolitische Hilfsdienste reduziert. Angesichts der Feindseligkeit zwischen einem kriegsbewaffneten, konservativen Heer einerseits und revolutionären Arbeiterräten anderseits war die Vereinbarung v. 15.11.1918 klar als dauerhafte strukturelle Verständigung für grundsätzlich privatwirtschaftliche Arbeitsbeziehungen zu verstehen. Demgegenüber sahen *Sinzheimers* linke Kritiker nicht die Tarifparteien, sondern die BR als künftige Kern-

28 *O.Kahn-Freund*, Fn. 4, S. 17.

29 *H. Sinzheimer*, Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, 1916, Neudruck 1967.

30 Vgl. *H. Sinzheimer*, Wesen und Bedeutung des Koalitionsrechts, 1919, in: ders., Fn. 2, S.174; Die Fortbildung des Arbeitsrechts, 1922, in: ders., Fn. 2, S. 88 ff.

31 Ablehnend schon *O. von Gierke*, Die Zukunft des Tarifvertrags, ArchfSozWissuSozPol 1916/17, s. 815 ff.; dazu *J. Rückert*, „Frei" und „sozial", ZfA 1992, 275, sowie *S. Blanke*, Fn. 7, S. 25 ff., 45 ff., *M. Becker*, Fn. 25, S. 296 ff.

32 *BAG* 14.10.1997, AP Nr. 155 zu § 1 TVG – Tarifverträge: Metallindustrie; 23.3.2011, AP Nr. 147 zu Art. 9 GG; Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 12 mwN.

33 *O. Kahn-Freund*, Fn. 4, S. 3 bezeichnete sie als „Fetisch".

34 Kempen/Zachert-*Kempen*, TVG, 5. Aufl. 2014, Grundl. Rn. 82 ff.; vgl. auch *H. Sinzheimer*, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 274.

35 Dazu *M. Llanque*, Demokratisches Denken im Krieg. Die deutsche Debatte im 1. Weltkrieg, 2000, S. 268 ff., 273.

36 Deutscher Reichsanzeiger Nr. 273 v. 18.11.1918.

37 RGBl, I, S. 1456.

38 Vgl. *F. Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Band 1, 1997, S. 115.

truppe der neuen Arbeitsverfassung, welche die Sozialisierung vorantreiben sollte.[39] Die »Anerkennung« der Tarifparteien in Art.165 Abs. 1 WRV und ihrer Rechtssetzungsbefugnis sollte sie vor der Konkurrenz der Räteorgane abschotten,[40] weshalb *Sinzheimer* in den Verfassungsverhandlungen betonte, dass BR keine tarifvertraglichen Funktionen wahrzunehmen hätten. Dies ist in §78 Nr. 2,3 BRRG (1920) und heute in §77 Abs. 3 BetrVG bestätigt worden.

Die Koalitionsfreiheit sicherte die Tarifautonomie gegenüber der staatlichen Arbeitsrechtssetzung. Allerdings schloss sie den Staat als Arbeitsgesetzgeber keineswegs aus. Sie garantierte den Vorrang des Tarifrechts, ohne die von *Sinzheimer* betonte staatliche Pflicht zur Regelung von sozialen Mindestarbeitsbedingungen[41] zu negieren. Auf dem grundrechtlich bestimmten Sektor der »Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« herrscht im Verhältnis zwischen Tarifparteien und Staat damals wie heute ein Verhältnis der Subsidiarität. Eine gewisse Blickverengung auf den individuellen Grundrechtsaspekt des Art.9 Abs. 3 GG hat diese wesentliche Position *Sinzheimers* hinsichtlich der kollektiven Reichweite des Grundrechts[42] heute etwas verdrängt, obwohl sie selbst vom *BVerfG* deutlich betont wird. Hinsichtlich des allgemeinen Ziels »angemessener Arbeitsbedingungen« spricht es ausdrücklich von der »subsidiären Regelungszuständigkeit des Staates, die immer dann eintritt, wenn die Koalitionen die ihnen übertragene Aufgabe, das Arbeitsleben durch TV sinnvoll zu ordnen, im Einzelfall nicht allein erfüllen können und die soziale Schutzbedürftigkeit einzelner AN oder Arbeitnehmergruppen oder ein sonstiges öffentliches Interesse ein Eingreifen des Staates erforderlich macht.«[43] Die Subsidiarität des staatlichen Rechts gegenüber dem autonomen Recht der TV bedeutet umgekehrt, dass der koalitionsrechtliche Vorrang der tariflichen Normen prinzipiell nur dann besteht, wenn und soweit die Tarifregelungen in ihrem jeweiligen Geltungsbereich auch effektiv wirken. Neuerdings zieht das *BVerfG* daher die Grenze der koalitionsgrundrechtlichen »Normsetzungsprärogative« am Maßstab tariflicher Effizienz.[44]

V. Lehre, politische Beratung und Verfolgung

Die politische Realisierung des neuen Koalitions- und Tarifrechts war nach *Sinzheimer* nur erfolgreich, wenn die arbeitenden Menschen ihre Selbstbestimmungschancen auch praktisch umsetzten. Weil das die Politiker in Frankfurt und Preußen überzeugte, konnte die (noch heute bestehende) »Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt am Main« 1921 den Lehrbetrieb für AN mit den Kernfächern Volkswirtschaft, Recht und Sozialpolitik aufnehmen. Selbstverständlich lehrten dort *Sinzheimer* und seine Schüler *E. Fraenkel, O. Kahn-Freund* und *Franz L. Neumann*. Der mitreißende Redner konnte seine anwaltlichen Erfahrungen und seine aktuelle Arbeitsrechtstheorie überzeugend einbringen. Er war zudem als Sachverständiger an fast allen arbeitsrechtlichen Projekten vom Betriebsräte- (1920) über das Arbeitsgerichtsgesetz (1926) bis zu dem von *F. Naphtali* vorgelegten Konzept für eine »Wirtschaftsdemokratie« beteiligt, das vom ADGB 1928 übernommen wurde.[45]

Zu den Rechtsinstitutionen der Weimarer Arbeitsverfassung zählte *Sinzheimer* 1927 auch die staatliche Schlichtung von Arbeitskämpfen.[46] Das überrascht, weil er doch ein entschiedener Vertreter der autonomen tariflichen Rechtssetzung gewesen ist. Tatsächlich war er seit 1929 öffentlich für staatliche Zwangsschlichtung eingetreten[47] – eine Wende, die im Hinblick auf die permanenten Reparationsschuldzahlungen und die Bankenkrise mit ihren desaströsen Folgen für Tariflöhne, Renten und Arbeitsmarkt (Notverordnungspolitik) zu erklären ist.[48] Die Stimmengewinne der NSDAP wurden sodann für *Sinzheimer* als Juden, SPD-Mandatsträger und Gewerkschaftsberater hochgefährlich. Als die NSDAP am 17.3.1933 in Frankfurt fast die Hälfte der Stimmen erhielt, wurde *Sinzheimer* für 2 Wochen in »Schutzhaft« genommen. Danach flüchtete er zunächst ins Saarland, dann nach Amsterdam, wohin er als Professor der Rechtssoziologie berufen wurde. Als er 1936 an die Uni Leiden ging, waren ihm Lehrbefugnis,[49] Doktor-Würde und Staatsangehörigkeit in Deutschland bereits entzogen. Nach Einmarsch der Deutschen in die Niederlande konnten die *Sinzheimers* 1940 gerade noch versteckt werden und haben dort den Krieg überstanden.[50] *Hugo Sinzheimer* hat das Dunkel nicht wirklich überlebt: Er starb am 16.9.1945, dem Tag vor seiner Abschiedsvorlesung.

Heute ist er viel mehr als ein »jüdischer Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft,«[51] denn auf ihn gehen Koalitionsfreiheit und Tarifrecht zurück. Deshalb muss man *Sinzheimer* wirklich als »Schöpfer« des kollektiven Arbeitsrechts in Deutschland verstehen.

---

39 Vgl. die einschlägigen Spekulationen bei *R. Erd*, Hugo Sinzheimer, in: Streitbare Juristen, 1988, S. 282, 289.

40 *F. Gamillscheg*, Fn. 39, S. 116; *G. Anschütz*, Die Verfassung des Dt. Reiches v. 11.8.1919, 14. Aufl. 1933, S. 728.

41 *H. Sinzheimer*, Fn. 2, S. 87; *M. Becker*, Fn. 25, S. 297 f.

42 Vgl. *H. Sinzheimer*, Die Neuordnung des Arbeitsrechts (1919), in: ders., Fn. 2, S. 62, 68; *ders*., Theorie der Rechtsquellen des Arbeitsrechts (1934), in ders., Fn. 7, S. 79, 83; dazu *O. Kahn-Freund*, Fn. 4, S. 9, 13 f.; *O.E. Kempen*, Subsidiaritätsprinzip, europäisches Gemeinschaftsrecht und Tarifautonomie, KritVJ 1994, 13, 18 f.; *M. Becker*, Fn. 25, S. 297.

43 *BVerfG* 24.5.1977, E 44, S. 322, 342.

44 *O.E. Kempen*, Der BDA/DGB-Vorschlag für eine gesetzliche Tarifeinheitsregelung und die staatliche Schutzpflicht gegenüber Art.9 Abs. 3 GG, AuR 2011, 51, 54 f.; Kempen/Zachert-*Kempen*, Fn. 35, Grundl. Rn. 149 ff., 164 ff.

45 *F. Naphtali*, Wirtschaftsdemokratie, 2. Aufl. 1928.

46 *H. Sinzheimer,* Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 212 f.

47 *H. Sinzheimer,* Zur Frage der Reform des Schlichtungswesens, in ders., Fn. 2, S. 226.

48 Zur Vergleichbarkeit mit den Auflagen für die Euro-Krisenstaaten: *W. Plumpe*, Schulden, Merkur 2015, S. 52, 54ff.

49 Dokumentiert bei *S. Simitis*, Einleitung, in: Hugo-Sinzheimer-Gedächtnisveranstaltung zum 100. Geburtstag, O. Brenner Schriftenreihe 7, 1977, S. 20 ff.

50 *U. Postma-Sinzheimer,* In memoriam Hugo Sinzheimer, in V. Jacob u.a. (Hg.), Anne Frank war nicht allein – Lebensgeschichte deutscher Juden in den Niederlanden, 1988, s. 210 ff.

51 *H. Sinzheimer,* Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft, 1. Aufl. 1938, 2. Aufl. 1953; dazu *O.E. Kempen*, Assimilation–Integration–Kooperation: Das jüdisch-sozialistische Arbeitsrecht von Weimar als Vehikel gesellschaftlichen Aufstiegs, in Brumlik u.a (Hg.), Der Antisemitismus und die Linke (Arnoldshainer Texte 72), 1991, S. 33 ff.

Hausarbeit = Frauenarbeit?

Laura Krüger, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/O

Dieser Beitrag befasst sich u.a. mit dem Beschluss des BVerfG v. 1979 zum nordrhein-westfälischen Hausarbeitstagsgesetz. Der Beschluss ist letztlich nur ein Höhepunkt und zugleich teilweiser Abschluss längerer Auseinandersetzungen. Jahrzehntelang bot der Hausarbeitstag Anlass zu Diskussionen. Dies wird anhand der Vielzahl der Verfahren hierüber deutlich: Von 1949-1962 wurden mehr als 1000 Arbeitsgerichtsprozesse im Zusammenhang mit dem Hausarbeitstag geführt, das BAG entschied rd. 40 mal.[1] Stets ging es dabei auch um grundsätzliche Fragen zur Vereinbarkeit von Haus- und Erwerbsarbeit.[2] Damit automatisch verbunden waren Fragen zur Gleichberechtigung sowie zu Rollenbildern von Mann und Frau.[3]

Wozu diente der Hausarbeitstag?

Eingeführt wurde der Hausarbeitstag durch die Anordnung des Reichsarbeitsministers über Arbeitszeitverkürzung für Frauen, Schwerbeschädigte und minderleistungsfähige Personen (Freizeitanordnung) v. 22.10.1943 für »Gefolgschaftsmitglieder, die in Betrieben und Verwaltungen aller Art beschäftigt werden.«[4] Weiblichen »Gefolgschaftsmitgliedern« stand danach mind. einmal im Monat ein unbezahlter Hausarbeitstag zu.[5] Millionen von Zwangsarbeiter/Innen während des 2. Weltkrieges arbeiteten demgegenüber faktisch ohne jeglichen Arbeitszeitschutz, zumal wenn hier schon der Charakter des Arbeitsverhältnisses geleugnet wurde.[6] Nach dem 2. Weltkrieg wurde der Hausarbeitstag 1946 zunächst in einigen Ländern der damaligen »Ostzone« eingeführt, 1952 wurde er in der DDR dann gesetzlich vereinheitlicht. In Westdeutschland traten 1948/49 in 4 Ländern (Bremen, Hamburg, Niedersachsen und NRW) Gesetze in Kraft, die Arbeitnehmerinnen mit eigenem Hausstand einen arbeitsfreien, nunmehr bezahlten Tag für ihre Haushaltsführung gewährten. In anderen westdeutschen Ländern galt die Freizeitanordnung v. 1943 weiter. Der Hausarbeitstag sollte den mit Beruf und Haushalt doppelt belasteten Arbeitnehmerinnen ermöglichen, »größere Haushaltsarbeiten zu erledigen, die mehr Zeit als den nach Arbeitsende jeweils verbleibenden Teil des Tages in Anspruch nehmen,«[7] wie waschen, putzen, flicken, Haushaltsversorgung, etc.[8] Gemeinsam war sämtlichen Gesetzen zum Hausarbeitstag, dass nur Frauen anspruchsberechtigt waren.

Verstießen die Hausarbeitsgesetze deswegen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz?

Diese Frage stellte sich nicht nur zwischen Männern und Frauen, sondern auch zwischen Frauen untereinander.

Sollten sämtliche Frauen einen Anspruch auf Gewährung des Hausarbeitstags haben? Oder nur Mütter und/oder Ehefrauen?

Auch Frauen wurden nicht alle gleich behandelt. Nach der Hausarbeitsverordnung v. 1952 hatten allein stehende Frauen in der DDR kein Recht auf den Hausarbeitstag.[9] Dies änderte sich erst mit dem Arbeitsgesetzbuch v. 1977.[10] In Westdeutschland führte erst die Rspr. des *BAG* dazu, dass nicht nur verheiratete, sondern auch alleinstehen-

1 *Sachse*, Der Hausarbeitstag. Gerechtigkeit und Gleichberechtigung in Ost und West 1939-1994, S. 19.

2 S. hierzu sowie zu nachfolgenden Fragen *Sachse*, Fn. 1, S. 15.

3 *Sachse*, Fn. 1, S. 16.

4 Freizeitanordnung, FAO, v. 22. 10. l943, RABl. I S. 508; hierzu sowie zum Folgenden *BVerfG* 13.11.1979, 1 BvR 631/78, AuR 1980, 122; *Sachse*, Fn. 1, S. 11, 18 f., 35, 49 f.

5 **§ 2 FAO Hausarbeitstag**
(1) Frauen mit eigenem Hausstand, die wöchentlich mind. 48 Std. beschäftigt werden, sind auf ihr Verlangen folgende Freizeiten zur Erledigung häuslicher und persönlicher Angelegenheiten zu gewähren:
a) wöchentlich eine zusammenhängende Freizeit von mind. 4 Std., wenn die Frau an keinem Vor- oder Nachmittag eines Werktags arbeitsfrei ist und nicht in regelmäßigem Wechsel in Früh- oder Spät-(Tag- oder Nacht-) Schichten arbeitet; der Vor- oder Nachmittag eines Werktags gilt als arbeitsfrei, wenn die Frau bis 12 Uhr oder ab 15 Uhr nicht beschäftigt wird;
b) in einem Zeitraum von 4 Wochen mind. ein Hausarbeitstag (ganzer freier Arbeitstag), in einem Zeitraum von 4 Wochen mind. 2 Hausarbeitstage, wenn die Frau ein oder mehrere Kinder unter 14 Jahren im gemeinsamen Haushalt ohne ausreichende Hilfe betreuen muß; in der Woche, in die ein Hausarbeitstag fällt, braucht keine Freizeit nach Buchst. a gewährt zu werden.
(2) Soweit die Arbeitszeit durch Gewährung von Freizeit nach Abs. 1 in 2 aufeinanderfolgenden Wochen 96 Std. unterschreitet, sollen die ausfallenden Arbeitsstunden vor- oder nachgearbeitet werden.
(3) Ein Anspruch auf Vergütung für die nach Abs. 1 und 2 ausfallende Arbeitszeit besteht nicht. Der *Reichstreuhänder der Arbeit (Reichstreuhänder für den ö.D.)* kann von dieser Vorschrift Ausnahmen zulassen.

6 Vgl. *Pawlita*, AuR 1999, 426 ff.

7 *BVerfG* 13.11.1979, 1 BvR 631/78 1979, B. II. 2. a); dieses Ziel verfolgte bereits die Freizeitanordnung v. 1943, s. ebd., B. II. 1.

8 *BAG* 16.03.1962, GS 1/61 1962, B. III. 5.

9 *Sachse*, Fn. 1, S. 24.

10 *Sachse*, Fn. 1, S. 119. **§ 185 AGB (DDR) idFv. 16.6.1977:**
(1) Vollbeschäftigte werktätige Frauen mit eigenem Haushalt erhalten monatlich einen Hausarbeitstag, wenn
a) sie verheiratet sind,
b) Kinder bis zu 18 Jahren zum Haushalt gehören,
c) pflegebedürftige Familienangehörige zum Haushalt gehören und die Pflegebedürftigkeit ärztlich bescheinigt ist,
d) sie das 40. Lebensjahr vollendet haben.
(2) Der Hausarbeitstag ist im laufenden Monat zu gewähren und zu nehmen. Zwischen der werktätigen Frau und dem AG wird der Tag, an dem der Hausarbeitstag genommen wird, vereinbart.
(3) Der Hausarbeitstag wird im laufenden Monat nicht gewährt, wenn die werktätige Frau der Arbeit unentschuldigt ferngeblieben ist. Hat die werktätige Frau im laufenden Monat den Hausarbeitstag bereits in Anspruch genommen, wird dieser im darauffolgenden Monat nicht gewährt.
(4) Der Hausarbeitstag wird auch
a) vollbeschäftigten alleinerziehenden Vätern mit Kindern bis zu 18 Jahren, wenn es die Betreuung des Kindes bzw. der Kinder erfordert,
b) vollbeschäftigten Männern bei ärztlich bescheinigter Pflegebedürftigkeit der Ehefrau, wenn es die Erfüllung der Aufgaben im Haushalt erfordert, gewährt.
(5) Für die durch den Hausarbeitstag ausfallende Arbeitszeit wird ein Ausgleich in Höhe des Tariflohnes gezahlt. Eine Abgeltung des Hausarbeitstages in Geld ist nicht zulässig.

de Arbeitnehmerinnen mit eigenem Hausstand einen Hausarbeitstag beanspruchen konnten.[11] Nicht über die Diskriminierung von bestimmten Frauengruppen, sondern über die von Männern hatte das *BVerfG* im Beschluss v. 1979 zu entscheiden. Konkret ging es um die Frage:

Sollten nur Frauen Recht auf den Hausarbeitstag haben? Oder auch Männer?

Männer hatten nach den Hausarbeitsgesetzen keinen Anspruch auf den Hausarbeitstag. Dagegen wehrte sich ein männlicher AN mit eigenem Hausstand im Dienst des Landes NRW, dem die Gewährung des Hausarbeitstages durch seinen AG versagt worden war. Seine Verfassungsbeschwerde betraf die Verfassungsmäßigkeit des § 1 des Gesetzes des Landes NRW über Freizeitgewährung für Frauen mit eigenem Hausstand v. 27.7.1948 (HATG NRW).[12] Danach hatten Frauen mit eigenem Hausstand, die im Durchschnitt wöchentlich mind. 40 Std. arbeiten, in Betrieben und Verwaltungen aller Art Anspruch auf einen arbeitsfreien Wochentag (Hausarbeitstag) in jedem Monat. Nach der Rspr. des *BAG* konnten nicht nur verheiratete, sondern auch alleinstehende Arbeitnehmerinnen mit eigenem Hausstand einen Hausarbeitstag beanspruchen.[13] Für Männer galt § 1 HATG NRW aufgrund des eindeutigen Wortlauts nicht.[14] Der BF rügte, dass das HATG NRW gegen Art. 3 Abs. 2 GG verstoße, wonach Männer und Frauen gleichberechtigt seien. Insbes. könne die Nichtgewährung des Hausarbeitstages an männliche AN nicht mit dem Hinweis auf die traditionelle Arbeitsteilung der Geschlechter gerechtfertigt werden. Zwar werde eine Arbeitsteilung, nach der die Frau den Haushalt führe und der Mann einen Beruf ausübe, noch häufig praktiziert; als gesellschaftliches Prinzip sei dieser Grundsatz jedoch längst überwunden. Es sei heute gesellschaftlich nicht mehr verpönt, wenn eine Frau einen Beruf ausübe. Auch sei es nicht mehr typisch, dass nur die alleinstehende Frau ihren Haushalt selbst führe, während der Mann sich versorgen lasse. Entscheide eine Person, gleichgültig ob Mann oder Frau, sich für Selbstversorgung, sei die Situation für Mann und Frau gleich.

Kann gegen diese Ansicht eingewandt werden, dass Hausarbeit eine »typisch frauliche« Arbeit ist?[15]

Zur Vereinbarkeit von § 1 HATG NRW mit Art. 3 Abs. 2 GG hatte sich das *BAG* bereits Jahrzehnte zuvor geäußert: Es hielt die Regelung für verfassungskonform. Sie sei einerseits als Arbeitsschutzrecht für erwerbstätige Frauen zu verstehen und knüpfe andererseits an die typische Arbeitsteilung der Geschlechter an:[16] Zweck des Gesetzes war lt. *BAG* »die Lösung eines ganz bestimmten typischen Konfliktes, der sich dann ergibt, wenn Frauen – nicht Männer – berufstätig sind und daneben für einen eigenen Hausstand zu sorgen haben.«[17] Der Hausarbeitstag werde Frauen gewährt, bei denen eine Konfliktsituation aus dem Bereich »Beruf« auf der einen Seite und »Wohnung und Eigenversorgung« auf der anderen Seite dergestalt entstehe, dass sich daraus die »typische frauliche Überhangarbeit« ergebe, die sich nicht im Nebeneinander von Beruf und Haushalt erledigen lasse. Die Lebensumstände von Mann und Frau waren nach Auffassung des *BAG* unterschiedlich, »da innerhalb der Ehe die funktionale Beziehung der Frau zur Führung des gemeinschaftlichen Haushalts nach wie vor eine andere ist als die des Mannes, dem diese Aufgabe nicht obliegt.«[18] »Zu den Unterschiedlichkeiten der Lebensumstände gehört (…) die »Rolle« schlechthin, die der Frau mit Haushalt typischerweise zufällt.«[19] Denn: »Hier gilt immer noch für die Angehörigen des weiblichen Geschlechts, und zwar nicht nur nach einer nur traditionellen Vorstellung, sondern durchaus handfest und gegenwartsnah, daß es für sie typisch ist, bei eigenem Hausstand in ihm selbst tätig zu sein. Dagegen ist für Männer grundsätzlich und typisch das Gegenteil der Fall.«[20]

Auch diejenigen, die einen Hausarbeitstag für Männer forderten, beanspruchten das Argument der »typisch fraulichen« Arbeit für sich. Denn schließlich – so die Argumentation – bräuchten Männer viel mehr Zeit für Hausarbeit als Frauen, die dafür ja gerade gemacht seien. So die Beschwerde eines Mannes 1981 an den FDGB-Bundesvorstand: »Warum soll ich nun – nur weil ich männlichen Geschlechts bin – keinen Hausarbeitstag erhalten? Als Mann braucht man naturgemäß sogar einen höheren Zeitaufwand zum Bewältigen der Hausarbeiten als eine Frau.«[21] Die Argumentation der »typisch fraulichen« Arbeit warf weitere Fragen auf:

Werden durch die Gewährung des Hausarbeitstags allein an Frauen nicht tatsächlich Frauen benachteiligt?

Ist es nicht ungerecht, wenn die Frau trotz ihrer Erwerbstätigkeit zusätzlich noch allein oder hauptsächlich für Hausarbeit zuständig ist? Wenn Frauen und Männer einer Erwerbsarbeit nachgehen, müssen sich dann nicht auch Männer an der Hausarbeit beteiligen? Oder diese ggf. sogar allein übernehmen?

Teilweise fühlten sich nicht nur Männer, sondern auch Frauen durch die Gewährung des Hausarbeitstags allein an Frauen benachteiligt, drängte sie der Hausarbeitstag dadurch doch in die Rolle der Hausfrau. Schließlich lautete § 1356 Abs. 1 BGB noch idFv. 1958: »*[1] Die Frau führt den Haushalt in eigener Verantwortung. [2] Sie ist berechtigt, erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist.*« Und § 1360 BGB: »*(…) Die Frau erfüllt ihre Verpflichtung, durch Arbeit zum Unterhalt der Familie beizutragen, idR. durch die Führung des Haushalts.*« Daher wurde eine Diskriminierung der Männer durch das HATG vom *BAG* u.a. mit dem Argu-

11 S. z. B. *BAG* 14.07.1954, 1 AZR 105/54; *BAG* 16.03.1962, GS 1/61; *BVerfG* 13.11.1979, 1 BvR 631/78, A. I. 2.

12 *BVerfG* 13.11.1979, 1 BvR 631/78.

13 S. z. B. *BAG* 14.07.1954, 1 AZR 105/54; *BAG* 16.03.1962, GS 1/61; *BVerfG* 13.11.1979, 1 BvR 631/78, A. I. 2.

14 *BVerfG* 13.11.1979, 1 BvR 631/78, B. I.

15 So *BAG* 16.03.1962, GS 1/61, B. III. 5.

16 S. z. B. *BAG* 14.07.1954, 1 AZR 105/54; *BAG* 16.03.1962, GS 1/61; *BVerfG* 13.11.1979, 1 BvR 631/78, A. I. 2.

17 *BAG* 16.03.1962, GS 1/61, B. III. 5.

18 *BAG* 14.07.1954, 1 AZR 105/54, Rn. 24.

19 *BAG* 14.07.1954, 1 AZR 105/54, Rn. 25.

20 *BAG* 14.07.1954, 1 AZR 105/54, Rn. 26.

21 Schreiben *Dieter R.* v. 31.07.1981, zit. aus *Sachse*, Fn. 1, S. 244, Fn. 411.

ment abgelehnt, dass ohnehin allein Frauen die Hausarbeit erledigten: »In der Gewährung eines Hausarbeitstages an die berufstätige Frau liegt nach dem Gesagten auch kein Verstoß gegen das Bevorzugungs- und Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG. In Wahrheit hat nämlich der arbeitende Mann eine Vorgabe, da er im typischen Fall keine Hausarbeit zu leisten hat. Die berufstätige Frau hingegen, die einen eigenen Haushalt führt, ist von vornherein doppelt belastet. Sie ist insofern gegenüber dem berufstätigen Mann in einem bestimmten Nachteil. Die Gewährung eines Hausarbeitstages durch den Gesetzgeber bevorzugt also gar nicht die Frau und benachteiligt nicht den Mann. Vielmehr wird hier versucht, die Doppelbelastung der Frau ein wenig auszugleichen«.[22]

Aber was ist mit Männern, die doppelt belastet sind?

Anders als das *BAG* hielt das *BVerfG* § 1 HATG NRW wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG für verfassungswidrig, soweit die Vorschrift die Gewährung des Hausarbeitstags nur für alleinstehende Frauen mit eigenem Hausstand vorsah. Das Gebot der Gleichberechtigung von Mann und Frau verbiete, dass der Geschlechtsunterschied einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht abgeben könne.[23] Lt. *BVerfG* knüpft die Regelung aber allein an den Geschlechtsunterschied an und nimmt damit eine verfassungsrechtlich unzulässige Differenzierung vor. Der Hausarbeitstag soll den Arbeitnehmerinnen ermöglichen, »Arbeiten zu erledigen, die sich nur schwer im täglichen Nebeneinander von Beruf und Haushalt bewältigen lassen, insbes. umfangreiche Wasch- und Putzarbeiten«.[24]

Eine solche Doppelbelastung durch Berufstätigkeit und Haushaltsführung könne jedoch auch Männer treffen. Dies gelte insbes. für alleinstehende Männer, die sich in einer eigenen Wohnung selbst versorgen, da bei ihnen Berufstätigkeit und Haushaltsführung zwangsläufig zusammen fallen. Insofern sei es nicht gerechtfertigt, alleinstehende AN, die die Doppelbelastung von Beruf und Haushalt tragen, anders zu behandeln als alleinstehende Arbeitnehmerinnen. Maßgeblich ist dabei, dass es lt. *BVerfG* »nicht zu den geschlechtsbedingten Eigenheiten von Frauen (gehört), Hausarbeit zu verrichten. Wenn in diesem Bereich gleichwohl in erster Linie die Tätigkeit von Frauen erwartet wird, beruht dies allein auf der herkömmlichen Vorstellung, daß es der Frau zufällt, den Haushalt ganz oder mindestens überwiegend zu besorgen.«[25] Zudem könne die Regelung auch nicht durch »funktionale (arbeitsteilige) Unterschiede der Geschlechter« gerechtfertigt werden. Zwar entspricht es lt. *BVerfG* »einer hergebrachten Vorstellung, daß die Haushaltsführung als eine der Frau zufallende Aufgabe bei der Aufteilung der soziologischen Funktionen zwischen den Geschlechtern empfunden wird«.[26] Dennoch rechtfertige dies nicht die Benachteiligung der Männer, die ihren eigenen Haushalt tatsächlich selbst führen. Dies wirft direkt die nächste Frage auf:

Sollten sämtliche Männer Anspruch auf den Hausarbeitstag haben? Oder nur die alleinstehenden?

Die Diskussionen bzgl. der Gewährung des Hausarbeitstags an Männer weisen eine Besonderheit auf: Es wurde nicht gefordert, sämtlichen Männern den Hausarbeitstag zu gewähren; vielmehr wollten nur Männer in besonderen Lebenslagen (Junggesellen, Witwer, allein erziehende Väter, Männer mit zu pflegenden Ehefrauen, etc.) den Tag für sich beanspruchen.[27] Diese Männer sahen sich als Ausnahmefall. Dass auch Ehemännern der Tag gewährt werden sollte, stand gar nicht zur Debatte. Denn es war für die Gesellschaft kaum vorstellbar, dass verheiratete Männer die anfallenden Hausarbeiten selbst erledigten. So gewährte auch die DDR mit dem AGB 1977 den Hausarbeitstag nur allein stehenden Vätern und Ehemännern mit einer pflegebedürftigen Frau. In Westdeutschland erklärte das *BVerfG* § 1 HATG NRW im Beschluss v. 1979 zwar wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG für verfassungswidrig, jedoch nur »soweit die Vorschrift nur für alleinstehende Frauen mit eigenem Hausstand die Gewährung eines Hausarbeitstages vorsieht«.[28] Folglich galt auch der Beschluss nur für alleinstehende Männer.

Sollte der Gesetzgeber tätig werden, um den Hausarbeitstag sämtlichen Männern und Frauen zu gewähren?

Tatsächlich kam es in der BRD nie dazu, dass der Hausarbeitstag auch Männern gewährt wurde. Vielmehr hatte der Beschluss des *BVerfG* zur Verfassungswidrigkeit des § 1 HATG NRW zur Folge, dass der Hausarbeitstag weder Frauen noch Männern gewährt wurde, da der Gesetzgeber im Anschluss an den Beschluss nicht tätig wurde, um ihn beiden Geschlechtern zu gewähren.[29] Anders war es in der DDR: Dort wurde der Hausarbeitstag mit dem AGB 1977 auch – aber eben auch nur – allein stehenden Vätern und Ehemännern mit pflegebedürftiger Ehefrau gewährt. Neben der Frage der Gleichberechtigung stellte sich auch die der Arbeitszeitgestaltung. AN wie AG diskutierten diesbezüglich:

Soll der Hausarbeitstag ein freier, bezahlter Tag sein?

Während der Hausarbeitstag von den AN als zusätzliches Freizeitkontingent angesehen wurde, sahen ihn AG als finanzielle Last.[30] Gerade in der Nachkriegszeit, als Arbeitszeiten von 50 Std. sowie Sechstagewochen nicht unüblich waren und der jährliche Urlaubsanspruch selten mehr als 15 Tage betrug, machten 12 freie, bezahlte Hausarbeitstage im Jahr einen erheblichen Unterschied – sowohl für AN als auch für AG.[31] Daher waren mit der Diskussion um den Hausarbeitstag auch Diskussionen um Arbeitszeiten, insbes. um die Fünftagewoche, verbunden.[32]

22 *BAG* 14.07.1954, 1 AZR 105/54, Rn. 27.

23 *BVerfG* 13.11.1979, 1 BvR 631/78.

24 *BVerfG* 13.11.1979, 1 BvR 631/78, B. II. 1.

25 *BVerfG* 13.11.1979, 1 BvR 631/78, B. II. 2. a).

26 *BVerfG* 13.11.1979, 1 BvR 631/78, B. II. 2. b).

27 S. hierzu und zum Folgenden *Sachse*, Fn. 1, S. 119, 318 f., 378.

28 *BVerfG* 13.11.1979, 1 BvR 631/78, B.

29 *Sachse*, Fn. 1, S. 378; s. zu dieser Problematik auch *Sachs,* NVwZ 1982, 657 ff.

30 *Sachse*, Fn. 1, S. 19 f.

31 S. dazu *Sachse*, Fn. 1, S. 19 f., 255.

32 S. dazu *Haberkorn,* MDR 1961, 990 ff.; *BAG* 16.03.1962, GS 1/61.

Lässt eine andere Arbeitszeitgestaltung das Bedürfnis nach dem Hausarbeitstag entfallen?

Wenn die Arbeitswoche nur 5 statt 6 Tage beträgt, könnte dann nicht der Hausarbeitstag entfallen?[33]

Auf jeden Fall bliebe dann ja mehr Zeit für die Hausarbeit. Daher hatte der Hausarbeitstag in der BRD schon lange vor seiner endgültigen Abschaffung an Bedeutung verloren:[34] In 3 Bundesländern war Bedingung für den Hausarbeitstag, dass die Arbeitszeit über 6 Tage verteilt und kein Werktag im Monat arbeitsfrei war. Die Einführung von freien Samstagen gegen Ende der 50er Jahre führte in diesen Bundesländern zum faktischen Ende des Hausarbeitstags. Nur in NRW wurde eine bestimmte Verteilung der Arbeitszeit nicht zur Bedingung für den Hausarbeitstag gemacht, eine wöchentliche Mindestarbeitszeit von 40 Std. reichte nach dem Gesetzeswortlaut für seine Gewährung aus. Allerdings entschied das *BAG* hier, dass der Anspruch nicht besteht, sobald die Arbeitnehmerin in einer Fünftagewoche beschäftigt ist.[35] Diese an die Arbeitszeitverkürzung gebundene faktische Abschaffung des Hausarbeitstags begründete das *BAG* mit »der seit Erlaß des Gesetzes inzwischen eingetretenen grundlegenden Änderung aller Verhältnisse«.[36] Der Hausarbeitstag war ursprünglich eine Sonderregel der Kriegs- und Nachkriegsjahre.[37] In der Nachkriegszeit, als die Gesetze erlassen worden sind, waren die arbeitenden Frauen schwerstens belastet: Die gesundheitlichen Verhältnisse waren schlecht, die Frauen mussten Schlange stehen vor Läden, Ernährungsämtern und Behörden, sich um die Beschaffung von Kohlen bemühen, Hamsterfahrten unternehmen etc.[38] Ihre Männer waren häufig im Krieg gefallen oder kehrten verletzt zurück, so dass die Frauen für ihren Unterhalt selbst sorgen, zusätzlich Hausarbeit erledigen und ggf. noch ihre kranken Männer pflegen mussten. Zudem war Hausarbeit damals deutlich zeitintensiver: Gewaschen und gespült wurde per Hand. Seit Erlass der Gesetze ist das Leben für berufstätige Frauen lt. *BAG* aufgrund moderner eigener oder fremder maschineller Einrichtungen, der Möglichkeiten einer vernünftigen Vorratswirtschaft für den Haushalt und der weitgehend verbreiteten Kantinenbetreuung hingegen wesentlich leichter geworden.[39] Auch die Neugestaltung der Arbeitszeit als Fünftagewoche habe die berufliche und gesundheitliche Belastung der berufstätigen Frau entscheidend geändert.

Offiziell abgeschafft wurde der Hausarbeitstag dennoch erst durch Art. 19 des Arbeitszeitrechtsgesetzes v. 6.6.1994. In der DDR wurde er bis zum Ende – und darüber hinaus – gewährt: Ostberliner AN durften den Hausarbeitstag nach der Wiedervereinigung gem. dem Einigungsvertrag noch bis zum 31.12.1991 nach ostdeutschem Recht nehmen.[40] Heutzutage stellt sich die Frage, ob die Diskussionen rund um den Hausarbeitstag noch aktuell sind.

Ist das Bedürfnis für den Hausarbeitstag tatsächlich entfallen? Sind Beruf und Hausarbeit mittlerweile zu vereinbaren?

Trifft die Frage der Vereinbarkeit Männer und Frauen gleichermaßen? Sind die Diskussionen um Gleichberechtigung abgeschlossen?

Zuzustimmen ist dem *BAG* darin, dass seit Entstehung der Hausarbeitsgesetze tatsächlich ein grundlegender Wandel der Lebensverhältnisse eingetreten ist. Ob dadurch das Bedürfnis für den Hausarbeitstag entfallen ist, ist hingegen schon fraglicher. Zwar wird Wäsche nicht mehr per Hand gewaschen, es wird nicht mehr gestopft und geflickt, Supermärkte, Geschäfte und Arztpraxen haben länger auf. Aber Arbeiten, »die sich nur schwer im täglichen Nebeneinander von Beruf und Haushalt bewältigen lassen«,[41] gibt es weiterhin: Hausarbeiten wie Staubsaugen, Staub wischen, Kochen, etc. fallen weiterhin neben der Arbeit an, Behördengänge lassen sich mit einer 40-Std.-Wo. nur schwer erledigen, nicht selten müssen AN und Arbeitnehmerinnen hierfür frei nehmen. Die Vereinbarkeit von Hausarbeit und Beruf stellt weiterhin ein viel diskutiertes Problem dar. Der Gesetzgeber versucht das Problem u.a. durch Steuerermäßigungen für Haushaltsdienstleistungen zu lösen (§ 35a EStG). Haushaltshilfen können sich jedoch nur die AN leisten, die genug verdienen. Einige AG versuchen dem Problem der Vereinbarkeit von Hausarbeit und Beruf durch flexible Arbeitszeiten Rechnung zu tragen. Als weitere Alternativen, Hausarbeit und Beruf vereinbaren zu können, werden bspw. Teilzeitarbeit und Minijobs genannt. Allerdings bezahlt hier der AN die durch geringere Arbeitszeit gewonnene Freizeit mit Einkommensverlusten. Das war bei dem gesetzlichen Hausarbeitstag gerade nicht der Fall.

Auch die Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau bietet weiterhin Anlass für Diskussionen. Das zeigt das »*Roca Alvarez*«-Urteil v. 2010.[42] Hier entschied der *EuGH*, dass ein Gesetz, nach dem weibliche AN mit Kind in den ersten 9 Monaten nach der Geburt stets Urlaub beanspruchen können, während männliche AN mit Kind dies nur tun können, wenn die Mutter des Kindes ebenfalls Arbeitnehmerin ist, gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen verstößt. Die spanische Regierung argumentierte in dem Verfahren ähnlich wie die Frauen, die bzgl. der Gewährung des Hausarbeitstags allein an Frauen monierten, dieser dränge sie in die Rolle der Hausfrau: Das Gesetz führe zu einer Verfestigung der herkömmlichen Rollenverteilung zwischen Mann und Frau, indem Männern eine im Hinblick auf die Wahrnehmung ihrer Elternschaft nur subsidiäre Rolle gegenüber den Frauen zugewiesen werde.[43] Das Urteil des *EuGH* veranschaulicht, dass Rollenbilder von Männern und Frauen auch heute noch existieren und teilweise sogar in Gesetzen Niederschlag finden. Das Thema Gleichberechtigung ist folglich auch heute noch hochaktuell. Das gilt auch bzgl. der Vereinbarkeit von Beruf und Hausarbeit. Theoretisch sind Mann und Frau zwar gleichberechtigt, häufig gehen beide einer Erwerbstätigkeit nach. Dass allerdings beide gleichberechtigt für Hausarbeit zuständig sind, bleibt – zumindest in der Praxis – zu bezweifeln.

33 S. *Sachse*, Fn. 1, S. 254 ff.

34 S. hierzu und zum Folgenden *Sachse*, Fn. 1, S. 19, 119 f; *Haberkorn,* MDR 1961, 990 (991).

35 *BAG* 16.03.1962, GS 1/61.

36 *BAG* 16.03.1962, GS 1/61, B. II. 3.

37 *Sachse*, Fn. 1, S. 254.

38 *BAG* 16.03.1962, GS 1/61, B. II. 3.

39 *BAG* 16.03.1962, GS 1/61, B. II. 3.

40 *Sachse*, Fn. 1, S. 13.

41 *BVerfG* 13.11.1979, 1 BvR 631/78, B. II. 1.

42 *EuGH* 30.09.2010, C-104/09 »Roca Alvarez«.

43 *EuGH* 30.09.2010, C-104/09 »Roca Alvarez«, Rn. 36.

» Von Ritualen und plumpen Findlingen – 60 Jahre Arbeitskampfrechtsprechung in Deutschland – Interview mit Präsident des BAG a.D. Prof. Dr. Thomas Dieterich

Waldemar Reinfelder / Jürgen Treber

Das Arbeitskampfrecht in Deutschland ist gesetzlich nicht geregelt. Die Arbeitsgerichte tragen, wie der Richter des BverfG und Präsident des BAG a.D. *Prof. Dr. Thomas Dieterich* es formuliert hat, die »Last der Situation«. Über die Entwicklung der Arbeitskampfrechtsprechung, seine Tätigkeit als Richter sowie damit verbundene Eindrücke und Erkenntnisse sprachen mit *Thomas Dieterich* die Richter am BAG *Waldemar Reinfelder* und *Dr. Jürgen Treber*.

Herr Dieterich, der Beginn ihrer Tätigkeit am BAG im Jahr 1972 lag in der »Nach-68er«-Zeit. Es gab, zumindest an den Hochschulen, eine Blütezeit der Sozialwissenschaften – wie etwa der Rechtssoziologie. Im ersten Heft der neuen Zeitschrift »Kritische Justiz« wurde das richterliche Selbstverständnis mit einem Aufsatz zur Kritik und Selbstkritik der Richter1 in Frage gestellt. Haben sich diese gesellschaftlichen Veränderungen am BAG widergespiegelt?

Ich kam aus Heidelberg, dort ging es in der Universität »drunter und drüber«. Auch andere Kollegen der jüngeren Generation hatten solche Erfahrungen gemacht. In Kassel spielte die Studentenbewegung keine Rolle. Das *BAG* war ein ruhiger, statischer Block. Selbstgewiss und in sich ruhend. Kam man nach Kassel, landete man im Hauptbahnhof, einem Sackbahnhof in der Stadtmitte. Zum *BAG* musste man sich durchfragen. Und es spricht für sich, dass man schneller eine Antwort erhielt, wenn man nach dem Generalkommando[2] fragte. Kassel hatte mit dem *BAG* erstaunlich wenig zu tun. Wir Jüngeren staunten über ein Kollegium, das die Vorgänge »da draußen« gar nicht auf sich bezog. Juristerei war nach damaligem Verständnis ein geschlossenes, komplexes System. Sozialwissenschaften waren dabei nur »Sepsis im Operationssaal«. Mein Eindruck war – Erstens: Wer sich für Sozialwissenschaften interessierte, musste feststellen, dass hier etwas fehlte. Zweitens: Innerhalb dieses geschlossenen positivistischen Diskurses war man Außenseiter und kam gegen die konservativen Argumente kaum an.

Mit welchen Themen waren Sie zunächst am BAG befasst?

Ich war schon in den Jahren 1965/66 als wiss. Mitarbeiter am *BAG* in Kassel gewesen, damals im *3. Senat*. Als Richter begann ich 1972 im *4. Senat*;[3] einem Senat übrigens, der schon mehrfach Entscheidungen zur Eingruppierungen aus meiner Zeit am LAG, wo ich eine Fachkammer für den ö.D. führte, aufgehoben hatte. Ich wurde im Senat dann zuständig für die Sozialkassen im Baugewerbe und die vielen, vielen Zulagen im ö.D. Nach einem Jahr wurde im *3. Senat* ein Platz frei. Es war die Zeit der Rechtsfortbildung im Betriebsrentenrecht, bspw. die Unverfallbarkeitsrechtsprechung. Auch wurde die Dynamisierung der Betriebsrente ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage aus der Idee des Vertrages entwickelt – aus der Vertragsgerechtigkeit. Das fand ich gut, aber das Thema war hoch brisant. Man hatte die gesamte Zivilrechtsjustiz und die Wirtschaftswissenschaften gegen sich, die in der Dynamisierung eine Gefahr für die Stabilität des Systems sahen.

Das koll. Arbeitsrecht wurde für sie dann vor allem ab 1980 von größerer Bedeutung, als Sie in den 1. Senat wechselten.

Das lag daran, dass der *1. Senat* ein wenig in Verlegenheit geraten war. Dort lagen Stapel von Akten, u. a. Massenklagen zum Thema leitende Angestellte. Durch das BetrVG 1972 und das MitbestG waren die leitenden Angestellten ein zentraler Begriff geworden. Vorher war man zum leitenden Angestellten einfach »befördert« worden; es war eine Ehrung, spielte aber rechtlich keine Rolle. Der Gesetzgeber hatte der Rspr. nur einen Katalog merkwürdiger, nicht zusammengehöriger Begriffe an die Hand gegeben. Die Aufgabe war nun, klar zu bestimmen, wer leitender Angestellter ist.[4]

Danach kam das Thema Aussperrung an die Reihe – ebenfalls wieder Stapel von Akten. Arbeitskämpfe hatten bisher in der Rspr. keine große Rolle gespielt. Das merkt man schon an den beiden Entsch. des *GS* aus den Jahren 1955 und 1971,[5] die eigentlich nur ganz spezielle, kleine Fallgestaltungen betrafen, nämlich zunächst die Löhne der Netzmacher und dann die Arbeitskämpfe der Croupiers um Haustarifverträge. Dass nun viele der Sachen aus den Arbeitskämpfen zu Beginn der 70er Jahre bis ans *BAG* kamen, lag daran, dass neue und schwerwiegende Konflikte dahinter standen. Die Wirtschaft fing plötzlich an, in großem Stil zu rationalisieren. So fielen in der Druckindustrie ganze Berufsgruppen weg. Dort wurde nicht um Geld gekämpft, sondern um Rationalisierungsschutz. In der Metallindustrie ging es darum, dass die Vergütungssysteme aufgrund struktureller Änderungen der Belegschaften nicht mehr stimmten. Beide Arbeitskämpfe waren keine reinen Lohnkonflikte. Der Verteilungskampf bekam eine sozialpolitisch und rechtspolitisch schwierige Note, für die eingespielte Rituale noch nicht da waren.

An dieser Stelle sind dann die sozialpolitischen Veränderungen doch im Gerichtssaal angekommen?

Ja, die waren da, wurden aber nicht entschieden, sondern zunächst einmal gestapelt. Der Konflikt war ja schon 1973 entstanden. Die ganzen Verfahren waren durch die Instanzen gelaufen, die Verfahrensform der Musterprozesse noch nicht eingespielt. Es gab massenhaft Prozesse um den durch Aussperrungen ausgefallenen Lohn für wenige Stunden.

1 *Hans G. Joachim*, Kritik und Selbstkritik der Richter, KJ 1968, 29 ff.; zur Entstehung der Zeitschrift etwa *Buckel/Fischer-Lescano/Haschmann*, KJ 2008, 235 ff.

2 Dazu etwa www.bsg.bund.de → »Geschichte des Gerichtsgebäudes«.

3 Der *4. Senat* war damals zuständig für Allgemeines Tarifrecht und Auslegung von TV, soweit die Materie nicht anderen Senaten zugewiesen war.

4 S. etwa *BAG* 29.1.1980 – 1 ABR 45/79, BAGE 32, 381.

5 *BAG* (GS) 28.1.1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291 = AuR 1955, 218; 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292.

Auch wir bemerken heute am BAG, dass vermehrt Massenverfahren bis in die Revisionsinstanz durchgeführt werden.

Wenn es bei den Arbeitsgerichten in den Instanzen nicht gelingt, sich auf Musterverfahren zu einigen, ist das immer ein Zeichen für unruhige Zeiten. Bezogen auf die Aussperrungsverfahren kann das aber auch damit zusammenhängen, dass die bisherige Rspr. zu diffus, wenig konturiert war. Die IG Metall hat die Massenverfahren außerdem bewusst als Druckmittel benutzt. Die dachten, dann merken die Gerichte endlich mal, was unten los ist.

Ein anderes Instrument der IG Metall, um die Rspr. zum Arbeitskampfrecht zu thematisieren, war die Konferenz »Streik und Aussperrung« 1973?[6]

Die IG Metall hatte bemerkt, dass sich nicht nur bei den Tarifinhalten, sondern auch bei den arbeitskampfrechtlichen Regelungen etwas bewegen musste. Schon *Otto Brenner* hatte, kurz bevor er starb, die Meinung vertreten, dass die Gewerkschaften ein eigenes rechtspolitisches Konzept brauchen.

Und zu der Tagung wurden die Richterinnen und Richter des BAG eingeladen?

Ja, ich war ja gerade frisch gewählt ans *BAG* gekommen, war neugierig, fand das alles wahnsinnig spannend. Jetzt werden die Grundsatzfragen angepackt, jetzt machen wir im Arbeitskampfrecht nicht mehr klein, klein. Erstmals wurde auch rechtstatsächlich gefragt. Die traditionelle Vorstellung, es passe überhaupt nicht in das Zivilrecht, Vertragspartner zu schädigen, um sie zu einem Vertragsschluss zu bewegen, wurde in Frage gestellt. Auch in den Gewerkschaften gab es übrigens verbreitet die traditionelle Sichtweise, das Recht habe noch nie Rücksicht auf AN genommen und man müsse damit leben.

Wie ist denn die Einladung innerhalb des Kollegiums angekommen?

Es gab Kollegen, die fanden das juristisch interessant, blätterten in der Einladung, stellten dann aber fest: Abenteuerliche Forderungen, abwegig, Wahnsinn, viel zu radikal formuliert. Die meisten Einladungen landeten wohl im Papierkorb: Das sind erstens »Spinner« und zweitens haben wir dafür keine Zeit. Letztlich fuhren nur etwa 5 oder 6 Richter zur Tagung. Auf der Konferenz war eine viel aufgeheiztere Stimmung, als man hätte erwarten können. Dort überlagerten sich verschiedene Konfliktlinien: Zum einen zwischen Gewerkschaften und Rspr. des *BAG*, zum anderen innerhalb der Rechtswissenschaft zwischen Lehrstuhlinhabern und deren Assistenten, die zu den »68ern« gezählt werden konnten. Wir haben dabei nur zugehört. Der Vizepräsident des BAG *Poelmann* hat schließlich ein Grußwort gehalten, für das er danach – inhaltlich unzutreffend – von *Rüthers* heftig kritisiert wurde. Für die Diskussion innerhalb des *BAG* hatte die Konferenz zunächst keine Folgen, die ruhte bis 1980. Allenfalls war vielleicht klar geworden, dass man mit den beiden Entscheidungen des *Großen Senats*[7] nicht wirklich weiter kommen würde. Sie lagen wie plumpe Findlinge in der arbeitskampfrechtlichen Landschaft. Es wurde darin ja noch nicht einmal die Frage gestellt, welche rechtliche Grundlage der Arbeitskampf denn hat. Der klassische Zivilist sah das damals so: Arbeitskämpfe sind zwar möglich, aber ein Übel. Wir müssen das als Regelwidrigkeit halt dulden. Das war nicht mehr, als schon das *Reichsgericht* getan hatte.[8] Es war nicht einmal klar, auf welches legitime Ziel sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beziehen sollte.

Was war das Neue an den Aussperrungsentscheidungen vom 10.6.1980?[9]

Ich würde 2 Neuerungen sehen: Erstens war die Realität maßgebend. Es wurde gefragt: Wie funktioniert Arbeitskampf und zu welchem Zweck? Was ist der reale Sinn des Ganzen? Zweitens wurde nach einer normativen Grundlage gefragt. Ohne eine normative Grundlage, die einen Zweck benennt, auf den sich das Ganze hin orientiert, hängt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im luftleeren Raum. Dabei war klar, dass wir kein Arbeitskampfrecht kodifizieren können, sondern jeweils einen konkreten Fall vor uns haben, den wir entscheiden – einen Fall in einer bestimmten Lage. Die einzelnen Arbeitskämpfe waren zu unterschiedlich, dazu wechselte die Taktik zu sehr, war das ganze System zu sehr auf Überraschung und Novität angelegt. Der Arbeitskampf lebt ja vom Überraschungseffekt, er darf nicht zum Ritual werden. Wir dürfen den Arbeitskampf nicht in ein Konzept stecken, wo beide Parteien gezwungen sind, dies schrittweise abzuarbeiten. Und zum Schluss sind sie beide nicht weiter gekommen, weil sie nur das vorgegebene Ritual vollzogen haben. Vor allem aber ist erstmals in den Entscheidungen Art. 9 Abs. 3 GG voll ins Spiel gekommen, allerdings iVm. dem Tarifrecht. Deshalb war ich der Auffassung, in Zukunft könne man das Tarifvertragsrecht nicht mehr kommentieren, ohne sich zugleich mit Arbeitskampfrecht zu befassen. Wir haben die beiden Materien so zusammen geknüpft, dass ihre Bearbeitung nur noch gemeinsam überzeugen kann.

Dabei musste doch als Problem auftreten, dass der Gesetzgeber sich beim Arbeitskampf zurückhält. Es gibt einerseits Art. 9 Abs. 3 GG, andererseits das TVG; dazwischen klafft eine Lücke.

Da waren wir nicht originell, das war die allgem. Klage, die wir lediglich bestätigt haben. Daraus ergab sich die methodische, ja verfassungsrechtliche Frage: Was dürfen wir als Richter? Und einer der Hauptangriffe später beim *BVerfG*[10] gegen eine Folgeentscheidung[11] war der Vorwurf, die Bindung an Recht und Gesetz missachtet zu haben. Die Kritiker wollten zur Entscheidung des *GS* mit einer unbegrenzten Aussperrungsoption zurückkehren. Denn die jetzigen Urteile hatten ja die Aussperrung praktisch auf die Abwehraussperrung zurückgedrängt und dann auch noch quantifiziert. Das war aber nicht das Ziel der Rspr., sondern nur die Folge der tarifpolitischen Lage. Solange die Bundesrepublik bestanden hat, waren es immer die AN gewesen, die Veränderungen erkämpft haben –

6 Tagung der IG Metall »Streik und Aussperrung«, München, 13.-15. September 1973; dazu Tagungsband von *Kittner* (Hrsg.), Streik und Aussperrung, 1974; vgl. auch *Kittner*, AuR 2015, G5 ff.

7 Vgl. Fn. 5.

8 *RAG* 16.11.1929, ARS 7, 476; 7.5.1930, ARS 9, 393.

9 *BAG* 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, BAGE 33, 140; – 1 AZR 168/79, BAGE 33, 185; – 1 AZR 331/79, BAGE 33, 195; – 1 AZR 690/79, AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 67.

10 *BVerfG* 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 = AuR 1992, 29ff. (Anm. *Däubler*).

11 *BAG* 12.3.1985 – 1 AZR 636/82, BAGE 48, 196.

die aber die Zeit gegen sich hatten. Die Arbeitnehmerseite war einfach genötigt, Dampf zu machen, weil die andere Seite durch bloßes Verzögern Geld sparen konnte – und dies schon dadurch, dass sie sich erst einmal nicht auf Verhandlungen einließ. Wenn das genau andersherum wäre, so dass die AG eine Veränderung herbeiführen müssten, dann könnte man diskutieren, ob vielleicht eine Angriffsaussperrung zulässig wäre. Wir haben aber in den Entscheidungen auch gesagt, dass die Möglichkeiten der AG, ihren Interessen Geltung zu verschaffen, vielfältig sind. So macht doch etwa schon allein die bloße Drohung einer Betriebsverlagerung manchmal Gewerkschaften windelweich.

Noch einmal zurück zur Verhandlung im Jahre 1980. Sie war auf 2 Tage angesetzt, man ahnte ja schon, dass es ein großes öffentliches Interesse geben werde. Das verstärkte sich aber noch durch einen Vorgang, den heute kaum jemand im Gedächtnis hat, nämlich die Bombenexplosion vor dem BAG.

Ja, das war schon ein Hammer, dass am Abend vorher im Haus die Fenster herausflogen. Das Bekennerschreiben bedrohte uns auch ganz persönlich, wir wurden namentlich genannt: Ihr werdet jetzt verfolgt, ihr könnt euch darauf gefasst machen. Absender war komischerweise: »Rote Zelle Otto Brenner.«[12] Eine Zeitlang standen wir dann auch unter Personenschutz. Anders als nach der öff. Vorbereitung durch die Beteiligten zu erwarten, lief die Verhandlung selbst ganz friedlich ab. Die IG Metall hatte nach dem Bombenanschlag eine zunächst geplante Demonstration abgesagt.

In der Sache ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Arbeitskampfrecht zu einer zentralen Kategorie geworden?

Auf der Tagung der IG Metall 1973 hatte der Präsident des HessLAG *Hans G. Joachim* einen flammenden Vortrag gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip gehalten.[13] Er hat ihm seine Beliebigkeit vorgeworfen: ein Arbeitskampfrecht, das mit dieser beliebigen Grenze versehen wird, sei nicht praktikabel, und zwar auch wegen des Prozessrisikos für die Gewerkschaften. Das habe ich sehr verinnerlicht, andererseits aber auch gemerkt, dass man am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vorbeikommt: Es ist die einzige offene Formel, die man hat. Wir als Richterinnen und Richter sind aber verpflichtet, den Grundsatz in Falltypizitäten herunter zu brechen und lebbar zu machen. Die Rspr. hat dies auch bei § 242 BGB – Treu und Glauben – gemacht und Untertypen gebildet. Sie kann sich nicht darauf beschränken, nur von Fall zu Fall zu sagen, dies war jetzt verhältnismäßig oder nicht. Vielmehr müssen Typen analysiert und bewertet werden, damit dann, wenn dieser Typus wieder auftritt, genauso entschieden werden kann. Darauf sollten sich die Verbände verlassen können. Mit anderen Worten: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darf nicht zur faulen Ausrede für denjenigen Richter werden, der, wenn er nicht mehr weiter weiß, sagt, das ist aber unzumutbar. Die Rspr. muss also konkretisieren. Da hat die Offenheit des Grundsatzes ihre Grenzen. Gleichzeitig darf sie sich nicht in ein zu enges dogmatisches Korsett begeben. Auch deshalb war ich dagegen, den *GS* anzurufen. Denn das hätte zur Folge gehabt, in Zukunft immer den *GS* anrufen zu müssen, wenn kleine Abweichungen erforderlich sind. Der Fachsenat muss einen gewissen Bewegungsspielraum haben. Aber: Er muss seine Rspr. prognostizierbar machen.

In der Festschrift Herschel[14] gab es schon eine Verteidigung der Entscheidung von Ihnen, aber die Stelle zum GS ist knapp – ein wenig liest sich die Stelle so, als sei die gesetzliche Konstruktion eine untaugliche.

Wenn sie das so verstehen, dann haben sie meine Meinung herausgelesen. Als ich den Beitrag aus Anlass dieses Gesprächs noch einmal gelesen habe, war ich mit dieser Stelle auch nicht ganz zufrieden. Ich fand sie zu sehr pragmatisch, zu sehr von Zweckmäßigkeitserwägungen geprägt. Ich habe nicht gesagt, warum wir den *GS* gar nicht anrufen mussten, warum dies auch nicht sinnvoll war. Später hat ja auch das *BVerfG* entschieden, dass die Einschaltung des *GS* nicht erforderlich war. Mein Problem mit dem *GS* ist, dass die Fragen an ihn sehr abstrakt gehalten sein müssen und die Breite des Sachverhalts beim jeweiligen Senat bleibt. Allerdings hatte sich der *GS* 1955 und 1971[15] nicht an die Vorlagefragen gehalten – fast nach dem Prinzip, jetzt sind wir schon einmal dabei und befinden auch über das, was bei dieser Gelegenheit noch gesagt werden könnte. Das fand ich problematisch. Ich hatte aber nicht das Recht zu sagen, ihr habt damals einen Fehler gemacht. Beim *EuGH* ist es so, dass dieser Fragen gestellt bekommt, die nicht das ganze Thema der Entscheidung abdecken. Es wird nur eine Fachfrage entschieden. Beim *GS* gibt der vorlegende Senat das Verfahren quasi aus der Hand und ist nachfolgend gebunden. Hinzu kommt noch: Wozu haben wir die Fachsenate, die doch selbst schon auf Grundsatzfragen beschränkt sind. Was mir damals noch nicht so ganz klar war, ist der Umstand, dass das Arbeitskampfrecht zu beweglich ist, als dass man es stets dem *GS* anvertrauen könnte.

Zugespitzt gefragt: Warum haben sie sich in einer Festschrift zu den Urteilen überhaupt noch einmal geäußert?

Ich wollte vor allem zeigen, an welchen Stellen zu viel in die Urteile hineingelesen wird. Der Beitrag diente dazu, Überinterpretationen zu verhindern. Eigentlich wollte ich ihn überschreiben mit: »Die Offenheit der Aussperrungsentscheidungen«. Davon wurde mir aber dringend mit dem Hinweis abgeraten, dass man dann meinen könnte, der Senat kündige schon eine Änderung seiner Rspr. an. Deswegen habe ich nur von »methodischen Bemerkungen« gesprochen. Ich wollte ausdrücklich die Entscheidungen nicht selber interpretieren. Aber sie haben Recht, es liest sich ein wenig wie eine Verteidigung. Dies liegt darin begründet, dass alle Kritiker etwas hinein gelesen hatten, was so in der Entscheidung nicht drin war. *Peter Hanau*[16] hat damals den einzigen empfindlichen Punkt getroffen: Er fand es gefährlich, dass wir aus rechtstatsächlichen Annahmen so weit reichende Rechtsfolgen abgeleitet haben. Das war die eigentliche Konfliktlinie zwischen Rechtswissenschaft und Richtern. Ich war der Ansicht, Richterinnen und Richter sind für die Rechtstatsachen offen und zuständig. Das ist ihre Aufgabe. Sie haben einen konkreten Fall, der hat konkrete

12 Dies geschah am 23.4.1980, S. etwa http://regiowiki.hna.de/Bundesarbeitsgericht (zuletzt abgefragt am 21.7.2015).

13 *Hans G. Joachim*, Ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein geeignetes Kriterium für die rechtliche Erfassung des Phänomens ‚Arbeitskampf'?«, in: Kittner (Hrsg.), Streik und Aussperrung, 1974, S. 27 ff.

14 »Methodische Bemerkungen zu den Aussperrungsurteilen des Bundesarbeitsgerichts vom 16. Juni 1980«, FS Herschel, 1982 S. 37 ff.

15 Vgl. Fn. 5.

16 *Hanau*, AfP 1980, 126, 131.

Fakten, und sie müssen feststellen, ob das Recht darauf passt. Wenn sich Lücken ergeben, muss man das Recht unter Umständen fortbilden.

Sie sind im Jahr 1994 als Präsident an das BAG zurückgekehrt. Die arbeitskampfrechtliche Rspr. war damals – im Grundsatz – akzeptiert, wenn auch je nach Ausgang des Verfahrens die eine oder andere Seite Kritik geübt hat. Was hatte sich zwischenzeitlich im Arbeitskampfrecht verändert?

Es gab eine Novität im Arbeitskampf – die Gewerkschaften hatten den Wellenstreik erfunden. Der bestand darin, dass nur kleine Gruppen kurz die Arbeit niederlegten und zwar in produktionstechnisch entscheidenden Augenblicken. Das war ein neues Problem. Damit stellte sich zugleich ein uraltes Problem, zu dem der Senat kurz zuvor neue Grundsätze entwickelt hatte: Wie ist es eigentlich im Arbeitskampfrecht, wenn der AG trotz Streiks den Betrieb fortführt, aber nicht alle AN arbeitskampfbedingt beschäftigen kann? Noch 1993 war die Fragestellung rein vertragsrechtlich über die Arbeitskampfrisikolehre nach Zumutbarkeitskriterien gelöst worden.[17] In der Folgeentscheidung haben wir das Problem hingegen arbeitskampfrechtlich betrachtet.[18] Bestreikt wurde der öff. Personennahverkehr, und der AG hatte Bus- und Straßenbahnlinien stillgelegt. Einige AN waren aber bereit zu arbeiten und wollten, dass eine Schulbuslinie für sie wieder in Betrieb genommen wird. Der AG wandte ein, dass diese auch von normalen Fahrgästen benutzt werden würde – »die stürmen doch da rein«, und weigerte sich. Das Ganze geschah also im Arbeitskampfgebiet, es handelte sich nicht um eine arbeitskampfbedingte Fernwirkung. Hier muss der AG beschließen können, den Betrieb insg. stillzulegen. Das ist eine Möglichkeit, auf Streiks zu reagieren. Wendet er diese Kampfmethode nicht an, muss er die Konsequenzen tragen und die Arbeitswilligen soweit als möglich beschäftigen. Diese neue Möglichkeit, auf Streiks zu reagieren, wurde den AG durch die Taktik des Wellenstreiks aber unmöglich gemacht. Stattdessen kamen nur unterschiedliche Notprogramme in Betracht, die arbeitskampfrechtlich einzuordnen waren, je nachdem wie vorhersehbar die Streikaktionen waren.[19]

Teilweise gab es an diesem Rechtsprechungswechsel eine sehr auf ihre Person zugespitzte Kritik.

Eine solche Personalisierung finde ich zum Teil nicht sehr appetitlich, aber auf der anderen Seite wird Rspr. durch Personen gemacht und auch durch Richterpersönlichkeiten. Dann muss man in der Lage sein, seinen Kopf dafür hinzuhalten. Schlimm wird es allerdings, wenn durch die Personalisierung eine bestimmte Haltung unterstellt werden soll – also etwa: mal wieder *Dieterich*, der kann gar nicht anders. Diese Art von Kritik finde ich übel, so wollte ich nie festgelegt sein.

In Ihrer Zeit am BVerfG haben sie sich intensiv mit grundrechtlichen Schutzpflichten auseinandergesetzt. Im Arbeitsrecht war man bei dieser Frage anfangs vergleichsweise zurückhaltend.

Zunächst: Vom *BVerfG* zurückzugehen zum *BAG* war eine schwere Entscheidung. Am *BVerfG* hatte ich durchaus das Gefühl, als Richter an der schönsten und wichtigsten Stelle, die es in der Bundesrepublik gibt, angekommen zu sein. In der Handelsvertreter-[20] und in der Bürgschaftsentscheidung[21] hatte ich es erreicht, dass auch die unterlegene Vertragspartei als Träger von Grundrechten zur Geltung kommt. Vorher kannte ich es so, dass sich immer nur der Stärkere auf die Vertragsfreiheit berief, etwas anderes gab es nicht. Als ich zum *BAG* zurückging, war es mir wichtig, dass diese Dimension der Grundrechte auch in der Rspr. der Arbeitsgerichte ankommt. Dort begegnete man der Vorstellung, das Arbeitsrecht sei ein gegen die Vertragsfreiheit gerichtetes Schutzrecht. Ich hielt dem entgegen: das Arbeitsrecht ist ein die Vertragsfreiheit wiederherstellendes Schutzrecht. Auch das BGB steckt eigentlich voller Schutzvorschriften, das Arbeitsrecht hatte sie nur nicht vollständig »auf dem Schirm«. Ohne Schutz kann die Vertragsfreiheit in Wahrheit gar nicht existieren. Das kollektive Arbeitsrecht ist sozusagen das Musterbeispiel – es ist eine Form, wie auf der kollektiven Ebene das Gleichgewicht der Kräfte wieder hergestellt wird. Auch der Arbeitskampf ist ein Mittel dazu. Für mich schloss sich so der Kreis. Und dieses System im Arbeitsrecht abzurunden, fand ich unerhört reizvoll.

Stichwort Rückblick und aktuelle Baustellen. Gibt es etwas, wo Sie rückblickend sagen würden, das würde ich anders machen.

Manchmal zweifle ich daran, ob es so klug war, die Stilllegung des Betriebes als ein eigenes Arbeitskampfmittel zu bezeichnen. Oder ob man nicht besser hätte sagen können: Das ist nichts anderes als richterliche Rücknahme der Zumutbarkeitskontrolle, weil die Entscheidung unter dem Druck des Arbeitskampfes kurzfristig getroffen werden muss. Aber auf der anderen Seite ist es so, wie entschieden, wohl rechtssicherer, weil einfach klarer.

Es gibt 2 große Baustellen im Arbeitskampfrecht: Die erste ist die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die ist noch nicht durchdacht. Das sieht man beim Streik der Lokführer, wenn dort z.T. hilflos mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hantiert wurde. Eine zweite denkbare Baustelle könnte der Streik in der Daseinsvorsorge sein. Zunächst einmal müsste man dann allerdings den Begriff bestimmen und ihn sehr eng fassen, statt ihn geradezu flächendeckend zu verstehen. Als Sonderproblem sehe ich in diesem Zusammenhang den Notdienst. Das Arbeitskampfrecht lebt von Notdienstvereinbarungen. Es war immer eine heikle Sache gewesen: Wer macht das eigentlich, und was passiert, wenn man sich nicht einigen kann? Dass es Notdienstvereinbarungen geben muss, war aber eigentlich immer Bestandteil des Arbeitskampfrechts – es spielte nur in der Rspr. komischerweise kaum eine Rolle. Für übertrieben halte ich die Sorge, dass auch die Konkurrenz zwischen Gewerkschaften zu großen Problemen führen werde. Der Lokführerstreik war doch ganz untypisch.

---

17 *BAG* 14.12.1993 – 1 AZR 550/93, BAGE 75, 186 = AuR 1995, 35 (Anm. *Buschmann*).

18 *BAG* 22.3.1994 – 1 AZR 622/93, BAGE 76, 196 = AuR 1995, 36 (Anm. *Buschmann*).

19 *BAG* 12.11.1996 – 1 AZR 364/96, BAGE 84, 302 = AuR 1996, 501; 17.2.1998 – 1 AZR 386/97, BAGE 88, 53 = AuR 1998, 121; 15.12.1998 -1 AZR 289/98, BAGE 90, 280, und – 1 AZR 216/98, AP Nr. 155 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AuR 1999, 196.

20 *BVerfG* 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242.

21 *BVerfG* 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 = AuR 1994, 311.