

46 Zur Entwicklung des Arbeitsrechts in Deutschland und Europa*

Prof. Dr. Hellmut Wißmann, Präsident des BAG a. D., Erfurt

Das mir gestellte Thema ist scheinbar uferlos. Also will ich anhand von Beispielen den Blick auf einige Entwicklungslinien richten, die mir wichtig erscheinen und Ihnen hoffentlich auch. Den Rahmen dafür gibt der Anlass, der 60. Geburtstag von Arbeit und Recht, AuR.

I. AuR – auch ein Zauberspiegel

So habe ich mir Rechtsentwicklungen der letzten 6 Jahrzehnte daraufhin angesehen, wie sie sich in AuR gespiegelt haben. Dabei fand ich, dass die Zeitschrift durchaus auch die magischen Kräfte eines Zauberspiegels entfalten kann. Sie sprengt dann die Fesseln der physikalischen Gesetze, nach denen ein Spiegel nur die Lichtstrahlen reflektiert, die auf ihn treffen. Nein, AuR lässt bisweilen auch Dinge erkennen, die sich hinter dem Bild im Spiegel befinden.

Zunächst sehen wir in AuR den Ehrgeiz, ernsthaft, umfassend, zuverlässig und mit wissenschaftlichem Anspruch ebenso wie mit ausgeprägtem Praxisbezug zu informieren. Natürlich will AuR auch Diskussionsforum sein und somit die Rechtsentwicklung beeinflussen. Wir können in AuR verfolgen, wie Gesetze entstehen, welche Kontroversen über ihre Auslegung geführt und wie diese von den Gerichten entschieden werden. Wir erfahren, was das jeweils geltende Recht in seiner Anwendung vermag und was nicht, und wo Änderungen diskutiert werden. Das ist das klassische Bild im Spiegel.

Nun ist AuR aber auch eine gewerkschaftliche Zeitschrift. Das heißt zwar nicht, dass sie ein Sprachrohr des DGB wäre.¹ Sie ist kein Organ für Verlautbarungen auf der Basis der jeweiligen Beschlusslage, sondern offen für Beiträge aus allen Richtungen und für Nachdenken in alle Richtungen. Aber immerhin: Herausgegeben wird AuR vom DGB. Und so erzählt uns die Zeitschrift doch auch etwas darüber, wie sich Gewerkschaften und ihr Verhältnis zum Arbeitsrecht entwickeln. Das gehört zu den Dingen hinter dem Spiegel.

Die beginnen mit dem Namen: Arbeit und Recht. AuR ist eine der führenden Zeitschriften für Arbeitsrecht, aber dieser Begriff taucht erst im Untertitel auf. Im Namen dagegen scheinen sich Arbeit und Recht in merkwürdiger Distanz gegenüber zu stehen. Das ist wohl kein Versehen: In seinem Geleitwort im ersten Heft² schreibt der damalige Vorsitzende des DGB, Walter Freitag, dass das Arbeitsrecht nicht »Zwangsjacke« des gesellschaftlichen Lebens sein dürfe. Dieses Misstrauen erscheint heute befremdlich, war damals aber verständlich. Es war ja noch nicht lange her, dass unter Berufung auf staatliches Recht die Gewerkschaften verboten, Gewerkschafter verfolgt, eingesperrt und ermordet worden waren. Und schaute man nur ein paar Jahrzehnte weiter zurück, dann war man in einer Zeit, in der das Kaiserreich mit

rechtlichen Mitteln, etwa dem Vereinsrecht,³ zeitweise auch mit Strafrecht,⁴ versucht hatte, das Entstehen und Erstarben der Gewerkschaften nach Kräften zu behindern. Das alles war tief ins kollektive Gedächtnis eingeeignet und gemahnte zur Vorsicht. Man war nicht ganz sicher, wohin die Reise des Arbeitsrechts in der jungen Bundesrepublik schließlich gehen werde.

Immerhin ist die kollektive Selbsthilfe ohne den Staat Wesensmerkmal der Gewerkschaften. Sie sind Akteure bei der autonomen Gestaltung von Arbeitsbedingungen durch TV, die gewissermaßen ihr Hausgut darstellen. Und auch darüber hinaus vertrauen sie durchaus auf die eigene Gestaltungskraft. Ich erinnere nur an die Montan-Mitbestimmung, die sie in der Stahlindustrie seit 1947 ohne Gesetz auf der Basis von Absprachen errungen hatten. Bekanntlich kam das Mitbestimmungsgesetz von 1951, das diese Errungenschaft sicherte, erst zustande, nachdem die Gewerkschaften gegen die geplante Abschaffung der Montan-Mitbestimmung mit Streik gedroht hatten. Die Sorge um die Erhaltung eigener Handlungsspielräume lag also 1953 nicht fern.

Die Furcht vor einem Arbeitsrecht als »Zwangsjacke« ist längst Vergangenheit. Staatliches Arbeitsrecht ist zur Gewährleistung wichtiger Schutzstandards willkommen. Seine Institutionen, etwa Betriebsverfassung und Mitbestimmung, bieten zur wirksamen Interessenvertretung Instrumente, die auch für Gewerkschaften kaum mehr verzichtbar sind. Dementsprechend setzen Gewerkschaften auch auf das staatliche Arbeitsrecht. Das geht bis zur Forderung nach einem gesetzlichen Mindestlohn, also Hilfestellung des Staats auf dem ureigenen Tätigkeitsfeld der Gewerkschaften, der Lohnpolitik. Mit der Erkenntnis der Grenzen eigener Durchsetzungsmacht ist die Hoffnung in die Chancen staatlicher Regelungen gewachsen.

II. Aufräumarbeiten und Konsolidierung

Aber der Reihe nach: Zunächst ging es für viele Arbeitsrechtler noch darum, Klarheit über Rolle und Bedeutung des Arbeitsrechts zu gewinnen, und für Gesetzgeber sowie Gerichte, Aufräumarbeiten zu leisten. Manches mag aus heutiger Sicht skurril wirken, etwa die Frage nach einer gesetzlichen Regelung des Heuerlingswesens.⁵ Das hat nichts mit Seefahrt zu tun, sondern war eine überkommene, jetzt wohl ausgestorbene Mischung aus Landpacht und Arbeitsverhältnis in der Landwirtschaft.

Anderes ist uns ebenso fremd, steht aber am Beginn einer wichtigen Entwicklung, die trotz aller Fortschritte noch nicht vollendet ist: die Beseitigung von Benachteiligungen der Frau. Auch Walter Freitag sprach in seinem Geleitwort nur von »Männern der arbeitsrechtlichen Wissenschaft«, obwohl dort schon Frauen aktiv waren, etwa die spätere Bundesrichterin Marie-Luise Hilger. Immerhin machte man sich Gedanken über ein Recht der Ehefrau auf Erwerbstätigkeit.⁶ Bis 1958 brauchte die Frau für ein Arbeitsverhältnis nach § 1358 BGB⁷ noch das Einverständnis des Ehemannes. Und in etlichen Arbeitsverträgen von Arbeitnehmerinnen – natürlich nicht von Männern – stand, dass das Arbeitsverhältnis im Fall der Heirat automatisch enden sollte; die Frau war ja nun versorgt und konnte überdies schwanger werden. Solche »Zölibatsklauseln«⁸ erklärte das BAG 1957 wegen Grundrechtsverstößes für nichtig.⁹

Mit diesen Absonderlichkeiten der Frühzeit will ich nicht den Blick auf vergangene Leistungen hin- und von Aufgaben der Gegenwart ablenken. Vielmehr mag die Darstellung von Erfolgen, die im Lauf von 60 Jahren errungen worden sind, daran erinnern, dass der

Kampf um ein zeitgemäßes Arbeitsrecht nie endet: Für jedes gelöste Problem scheint die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung ein neues zu schaffen, oder gar zwei.

Ein Hauptthema in AuR war schon in dieser Zeit das Arbeitskampfrecht. Bekanntlich weist es besonders viele Geheimnisse und Unsicherheiten auf, schließlich ist es bis heute nicht gesetzlich geregelt. In der Orientierungsphase der 50er Jahre ging es aber noch um viel mehr: Das Kollektivrecht und gerade das Arbeitskampfrecht musste sich erst einmal seinen Platz in der Rechtsordnung sichern, besonders im Verhältnis zum Vertragsrecht. Nahm man nur dieses in den Blick, dann war der Streik ein Vertragsbruch.¹⁰ So fragte man sich, ob der streikwillige AN kündigen müsse,¹¹ und ob umgekehrt der AG einen AN allein wegen Beteiligung an einem Streik fristlos entlassen dürfe.¹² Diese Fragen betrafen nicht nur ein dogmatisches Problem. Es ging vielmehr um die rechtlichen Grundlagen kollektiver Aktionen, die Ursprung, Kraftquelle und Existenzgrundlage der Gewerkschaften sind. Das Kollektivrecht konnte sich schließlich behaupten. Der Große Senat des BAG erkannte 1955, dass die Beteiligung an einem zulässigen Streik von Art. 9 III GG gewährleistet ist und den Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht berührt, sondern lediglich die gegenseitigen Hauptpflichten suspendiert: also keine Pflicht zur Arbeitsleistung und kein Anspruch auf Lohn.¹³

Für AuR blieben die Grundlagen des Arbeitskampfrechts ein zentrales und häufig behandeltes Thema. Nur beispielhaft ist an die Auseinandersetzungen darüber zu erinnern, wann ein Streik zulässig oder, etwa als »wilder« Streik,¹⁴ als unerlaubte Handlung zu betrachten ist,¹⁵ unter welchen Voraussetzungen den AG die Aussperrung als Kampfmittel zur Verfügung steht,¹⁶ welche Rechtsfolgen sie bejahendenfalls hat¹⁷ und wer das Lohnrisiko trägt, wenn ein nicht in den Arbeitskampf einbezogener Betrieb seine Tätigkeit wegen Fernwirkungen des Streiks einschränken muss.¹⁸

Zu den Aufräumarbeiten zähle ich auch die Überwindung von scheinbar unverfänglichen Vorstellungen, deren Wirkkraft jedoch ganz wesentlich auf der nationalsozialistischen Ideologie einer Gemeinschaft aus »Betriebsführer« und »Gefolgschaft« im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit von 1934 beruhte. Ich denke hier an das Verständnis des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis¹⁹ mit daraus fließender Treuepflicht des AN und Fürsorgepflicht des AG. Es hat eine Weile gedauert, bis sich die nüchterne vertragsrechtliche Betrachtung des Arbeitsverhältnisses als Austauschverhältnis mit flankierenden gegenseitigen Schutz- und Vertragsförderungspflichten durchgesetzt hatte.

Ein Thema aus der Anfangszeit ist noch zu erwähnen, weil es uns noch heute umtreibt, und weil es hierzu in AuR doch zu einer der höchst seltenen Verlautbarungen des DGB kam, AuR also »Sprachrohr« wurde. Schon 1957 sah der Bundesvorstand des DGB Veranlassung, sich nachdrücklich für die Erhaltung einer eigenständigen Arbeitsgerichtsbarkeit und für deren weitere Ressortierung in den Arbeitsministerien auszusprechen.²⁰ Das Thema war damals offenbar so heiß, dass der Verfasser eines Beitrags, der sich gegen eine Zusammenfassung der Gerichtszweige aussprach, seinen Namen in AuR hinter 3 Kreuzen verbarg.²¹ Nun, die ministerielle Zuständigkeit liegt inzwischen meist bei den Justizressorts.²² Unterschiedlich motivierte Forderungen nach einer Zusammenlegung von ordentlicher und Arbeitsgerichtsbarkeit wurden zuletzt vor etwa einem Jahrzehnt ernsthaft diskutiert,²³ scheinen zur Zeit aber nicht auf der Agenda zu stehen, was ich begrüße.

III. Neues wagen

In AuR lässt sich gut verfolgen, wie im Arbeitsrecht nach und teilweise auch schon während dieser Konsolidierungsphase Neues in Angriff genommen wurde. Ich meine jetzt nicht neue Gesetze, mit denen Lücken wieder gefüllt wurden, die in der NS-Zeit und infolge des Krieges gerissen worden waren, etwa im Kündigungsschutz, dem Tarifvertragsrecht, der Betriebsverfassung und der Arbeitsgerichtsbarkeit. Es geht mir vielmehr um Arbeitsrecht, das in neue Felder vordrang. Denken Sie nur an den Bildungsurlaub für AN,²⁴ die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall für Arbeiter,²⁵ den Übergang des Arbeitsverhältnisses beim Betriebsübergang, den Mutterschaftsurlaub²⁶ und die Regelung der bis dahin ausgeschlossenen, vom BVerfG aber geöffneten²⁷ gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung.²⁸ Es gab eine Menge Bewegung, besonders in den 70er Jahren. Zweierlei greife ich heraus: die Unternehmensmitbestimmung und Europa:

48Das Mitbestimmungsrecht nenne ich nicht etwa, weil es in AuR von Anfang an bemerkenswert viel Raum eingenommen hat.²⁹ Es verdient vielmehr schon deshalb besondere Aufmerksamkeit, weil es gemeinsam mit dem Betriebsverfassungsrecht ein Markenzeichen der dt. Sozialordnung ist. Es stellt den AN und ihren Gewerkschaften zusätzliche Instrumente zur kollektiven Wahrnehmung von Interessen zur Verfügung, gewissermaßen als 2. Säule neben dem Koalitions- und dem Tarifvertragsrecht. Und in seiner Gesamtheit ist das Kollektivrecht eben die dogmatisch auffälligste und praktisch bedeutsamste Besonderheit des Arbeitsrechts. Nicht zuletzt deshalb verbinden sich mit Veränderungen auf diesem Gebiet meist besonders heftige Auseinandersetzungen.

Nach rudimentären Ansätzen in der Weimarer Zeit – ein oder zwei Betriebsratsmitglieder in Aufsichtsräten (AR) – ging es mit einer wirklichen Mitbestimmung erst 1947 los, wie bereits erwähnt. Diese Mitbestimmung stand auch für eine Richtungsentscheidung der dt. Gewerkschaften an der wohl wichtigsten Weggabel: für ihre Bereitschaft, sich nicht ausschließlich als Kampfverbände zu verstehen, sondern – zunächst zähneknirschend – mit einer kapitalistisch fundierten Marktwirtschaft zu arrangieren und für die dort agierenden UN Verantwortung mit zu übernehmen. Das hatte einiges mit der Notwendigkeit zu tun, ein in jeder Hinsicht zerstörtes Land gemeinsam wieder aufzubauen, war aber keineswegs selbstverständlich und in der Anfangszeit durchaus umstritten. Außerdem war das zunächst ein deutscher Sonderweg: Die Schwesterverbände im Ausland hielten damals nichts von Mitbestimmung und betrachteten sie als Verkleisterung fundamentaler Gegensätze, die der Durchsetzungskraft der AN abträglich sei.

Die dt. Gewerkschaften blieben bei ihrer Linie und setzten weiter auf Mitbestimmung in Betrieb und UN, die in beachtlichem Umfang eine Mitgestaltung der dortigen Entscheidungsprozesse ermöglicht, obwohl sie das klassische Druckmittel des Arbeitskampfes ausschließt. Die Notwendigkeit, auch ohne Streikdruck Kompromisse auszuhandeln, hat über Jahrzehnte den Charakter der dt. Gewerkschaften geprägt. Das hat sich auch auf das Tarifgeschäft ausgewirkt. Mir scheint, die AN sind damit insg. nicht schlecht gefahren.

Die erwähnte Weichenstellung war allerdings eine Vorleistung der Gewerkschaften im Vertrauen darauf, dass die Politik den erforderlichen Werkzeugkasten zügig komplettieren werde. Schwere Enttäuschungen ließen freilich nicht auf sich warten: Schon die rechtliche Konsolidierung der Montan-Mitbestimmung durch das Gesetz v. 1951 war nur mit gewaltigem Kraftaufwand zu erreichen, und eine Ausweitung auf die anderen Wirtschaftszweige war nicht mehr durchsetzbar: Das BetrVG 1952 sah für die Arbeitnehmerseite nur 1/3 der Aufsichtsratssitze vor.

Dabei blieb es über 2 Jahrzehnte. Nachdem 1972 mit dem neuen BetrVG unter vorsichtigem Beifall der Gewerkschaften³⁰ die Beteiligungsrechte der BR erheblich ausgebaut worden waren,³¹ brachte erst das Mitbestimmungsgesetz 1976 einen Fortschritt auf der Unternehmensebene: Auch für Großunternehmen außerhalb der Montanindustrie gilt seither die zahlenmäßige Parität von AN- und Kapitalvertretern im AR. Vorangegangen war ein äußerst mühseliges Gesetzgebungsverfahren mit erbitterten Kontroversen um dieses »Ermächtigungsgesetz für Fremdbestimmung« (gemeint war: durch die Gewerkschaften), wie es von Gegnern geschmäht wurde³². Man sah die Grundlagen unserer Wirtschaftsordnung in Gefahr. Und 1977 griffen die BDA und etliche Großunternehmen das Gesetz vor dem BVerfG an, freilich ohne Erfolg.³³

Die Gewerkschaften sahen ihre Erwartungen allerdings erneut enttäuscht, denn das neue Gesetz erstreckte keineswegs, wie jahrelang gefordert, die Montan-Mitbestimmung auf die anderen Wirtschaftszweige: Insbes. brachte die numerische Parität kein wirkliches Gleichgewicht der Kräfte im AR, denn ein Arbeitnehmersitz ist für die leitenden Angestellten reserviert, und in Pattsituationen hat bei einer erneuten Abstimmung der Aufsichtsratsvorsitzende, ein Anteilseignervertreter, eine zweite Stimme. Die Unzufriedenheit war bei einigen so groß, dass sich der damalige Vorsitzende des DGB, Heinz-Oskar Vetter, veranlasst sah, zur Nutzung der mit dem neuen Gesetz eröffneten Chancen aufzurufen und eine loyale Anwendung durch die Gewerkschaften anzukündigen.³⁴ Inzwischen gilt das Gesetz im 4. Jahrzehnt. Ich habe den Eindruck, dass die Gewerkschaften seine – wenn auch begrenzten – Wirkungen schätzen gelernt haben. AuR erzählt von Anstrengungen, das Gesetz gegen vielfältige Versuche zu verteidigen, diese Wirkungen etwa durch die Gestaltung der Satzung noch abzuschwächen,³⁵ es durch Rückgriff auf ausländische oder europäische Unternehmensformen zu unterlaufen oder gar unter Berufung auf die Situation in anderen Staaten in Richtung auf ein niedrigeres Mitbestimmungsniveau zu verändern.³⁶

Das führt uns zur nächsten Neuheit, dem europäischen Recht. Zwar haben wir ihm die Grundlagen für grenzüberschreitende Arbeitnehmervertretungen zu verdanken, den EBR und die international zusammengesetzte Arbeitnehmerbank im AR einer Eur. Aktiengesellschaft (SE). Zugleich gehen vom EU-Recht aber auch Gefahren für die Mitbestimmung aus: Die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) ermöglicht es, UN, obwohl sie ihren Verwaltungssitz und ihre Betriebe in Deutschland haben, in einer ausländischen Rechtsform mit ausländischem Satzungssitz zu betreiben und damit der dt. Unternehmensmitbestimmung zu entziehen. Und die Verwendung der unionsrechtlichen Rechtsform der SE erlaubt es einem in Deutschland ansässigen und bisher als AG dem Drittelbeteiligungsgesetz unterliegenden UN, auch nach einem Anwachsen der Beschäftigtenzahl auf über 2000 die Drittelbeteiligung im AR beizubehalten. Bei einer AG wäre dagegen nach dem Mitbestimmungsgesetz nunmehr die Parität im AR herzustellen.³⁷ Entsprechendes gilt für Kapitalgesellschaften dt. Rechts, die aus der Verschmelzung mit einem ausländischen UN hervorgegangen sind; deren Mitbestimmungsregime ist entsprechend zwingenden Vorgaben des Unionsrechts demjenigen der SE nachgebildet.³⁸ Wird auch noch eine Eur. GmbH eingeführt, drohen weitere Gefahren.³⁹

Doch zurück zu den Anfängen des eur. Arbeitsrechts, dessen Bedeutung in erster Linie auf anderen Gebieten zu suchen ist. Es begann mit Verboten der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 48 EWGV)⁴⁰ und wegen des Geschlechts (Art. 119 EWGV).⁴¹ Beide sollten der Schaffung eines Binnenmarktes dienen, auch das 49Verbot der Geschlechtsdiskriminierung beim Lohn: Es entsprang der Überlieferung zufolge nicht einem Bedürfnis der Vertragsparteien, etwas für die Frauen zu tun, sondern Forderungen Frankreichs, das Wettbewerbsnachteile für seine UN befürchtete, weil es dort keine

Lohndiskriminierung gebe. Im Lauf der Zeit hat sich der eur. Gesetzgeber auch die Sozialpolitik als eigenes Aktionsfeld vorgenommen und eine Menge arbeitsrechtlicher Normen geschaffen. Ein geschlossenes Konzept hierfür ist freilich nicht erkennbar; auf einen grenzüberschreitenden Bezug der Vorschriften kommt es jedenfalls schon längst nicht mehr an.

Einen Schwerpunkt eur. Arbeitsrechts bilden immer noch die Diskriminierungsverbote, die inzwischen um eine Reihe weiterer verpönte Kriterien erweitert worden sind, bis hin zum Verbot der Benachteiligung wegen des Alters. Das erweist sich je nach Standpunkt als Wundertüte oder Büchse der Pandora: Wir sind noch dabei herauszufinden, was alles darin steckt. Ein Grund dieser Unsicherheit ist, dass es in beide Richtungen schützt und Benachteiligungen sowohl gegenüber Jüngeren als auch gegenüber Älteren erfasst. Damit knüpft es, anders als die übrigen Diskriminierungsverbote, nicht an einer feststehenden Eigenschaft der Arbeitnehmer an, sondern an einer, die sich ständig ändert: Wir alle haben jung angefangen und werden – hoffentlich – alle immer älter. Das macht die Rechtfertigungsprüfung einer differenzierenden Regelung nicht leicht. Sie kennen das Urteil zur Altersstaffelung beim Tarifurlaub,⁴² die für alle gleichermaßen auf eine Art Wartezeit hinauslief: Die Jüngeren bekamen zunächst ein paar Tage weniger, wussten aber schon, ab wann sie den längeren Urlaub erhalten würden; die Älteren hatten die Jahre mit dem kürzeren Urlaub schon abgedient. Da das unzulässig ist, sollen jetzt alle gleich viel Urlaub bekommen, natürlich weniger als zuvor die Höchstdauer. Ich will hier nicht für Altersstaffelungen streiten, frage mich bloß, ob hier wirklich Wertentscheidungen auf dem Spiel stehen, die vom eur. Recht geschützt werden müssen.

Das eur. Diskriminierungsrecht hat allerdings dem dt. Recht bei überfälligen Entwicklungen in verdienstvoller Weise auf die Sprünge geholfen. An 1. Stelle steht hier das bereits erwähnte Thema der Frauendiskriminierung. Vieles von dem, was wir heute als selbstverständlich ansehen, verdanken wir Europa: So kommt der AG, der bei der Besetzung eines freien Arbeitsplatzes eine Bewerberin wegen des Geschlechts benachteiligt, nicht mehr wie noch bis in die 80er Jahre⁴³ mit der Erstattung ihrer Portokosten davon, sondern muss mindestens eine spürbare Entschädigung zahlen (§ 15 AGG). Und was für die Praxis noch viel wichtiger ist: Die Verbote gelten auch für mittelbare Diskriminierungen, also Regelungen, die nicht nach dem verpönten Merkmal (Geschlecht usw.) unterscheiden, sondern nach scheinbar neutralen Kriterien, wodurch aber auf Grund tatsächlicher Verhältnisse bei der Zuweisung von Vor- und Nachteilen doch wieder überwiegend eine Sortierung nach dem Geschlecht usw. herauskommt. Als erste haben davon die Teilzeitbeschäftigten profitiert, bei denen der Frauenanteil deutlich höher ist als bei Vollzeitarbeitnehmern. Etliche Ansprüche waren ihnen nur erschwert zugänglich oder ganz verwehrt, und so etwas bestimmten in aller Unbefangenheit nicht nur AG, sondern auch Tarifvertragsparteien und der Gesetzgeber. Denken Sie nur an den Ausschluss von der betrieblichen Altersversorgung⁴⁴ und Erschwernisse beim Bewährungsaufstieg⁴⁵ in TV sowie an den teilweisen Ausschluss von der gesetzlichen Lohnfortzahlung im Krankheitsfall,⁴⁶ alles von der Rspr. erst auf der Grundlage eur. Rechts bereinigt.

Eine entscheidende Rolle spielte und spielt dabei die Durchsetzungskraft des EU-Rechts, die es von sonstigem internationalem Recht unterscheidet: Es beansprucht Vorrang vor allem nationalen Recht und verlangt da, wo es auf das einzelne Arbeitsverhältnis nicht unmittelbar anwendbar ist, jedenfalls die europarechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts. Im Arbeitsrecht kommt hinzu, dass Richtlinien regelmäßig als Mindestregeln konzipiert sind: Der nationale Gesetzgeber muss zu Gunsten der AN mindestens den von der Richtlinie vorgegebenen Standard erfüllen, kann aber auch darüber hinausgehen.⁴⁷ So verwundert es

nicht, dass bei nationalem Stillstand ein Fortschritt des Arbeitnehmerschutzes aus Europa erhofft – und bisweilen auch erreicht – wurde. Als vieldiskutierte Beispiele nenne ich nur die Ausweitung des Schutzes beim Betriebsübergang durch die umfangreiche Rspr. des EuGH zur Betriebsübergangs-Richtlinie,⁴⁸ die Einbeziehung des Bereitschaftsdienstes in die von der Arbeitszeit-Richtlinie begrenzte Arbeitszeit⁴⁹ und den Ausbau des technischen Arbeitsschutzes besonders durch die Rahmen-Richtlinie⁵⁰ v. 1989.

Dieser Europa-Optimismus weicht inzwischen einer skeptischeren Haltung. EU-Recht greift durchaus auch begrenzend in Positionen ein, die den AN nach nationalem Recht sicher schienen. So geschieht das, wenn eine der 4 Grundfreiheiten des Binnenmarktes berührt ist, besonders die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) oder die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV). Trotz aller gegenteiligen Beteuerungen und wohl auch Bemühungen ist für die EU die Wirtschaftspolitik immer noch erstrangig. Das wurde in den Fällen Viking⁵¹ und Laval⁵² schmerzhaft deutlich. Hier kollidierte das – auch in der EU als Grundrecht gewährleistete (jetzt Art. 28 GRC) – Streikrecht mit den erwähnten Grundfreiheiten. Der EuGH löste den Konflikt zwischen diesen gleichrangigen Rechtspositionen nicht nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz, nach denen beide so zu begrenzen sind, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam bleiben. Er nahm vielmehr jeweils die Grundfreiheit als Maßstab und prüfte, ob deren Einschränkung durch Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt und verhältnismäßig sei. Die umgekehrte Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Grundfreiheit das Streikrecht beschränken kann, spielte dagegen keine erkennbare Rolle.

Ebenso ging der EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland⁵³ vor. Es ging um einen TV für kommunale Be50schäftigte über Entgeltumwandlung für die betriebliche Altersversorgung. Der TV schrieb dafür die Anlage bei bestimmten, mit der Arbeitgeberseite verbundenen Finanzinstituten vor und schloss damit auch ausländische Konkurrenten aus. Das hielt der EuGH für einen ungerechtfertigten Eingriff in deren Grundfreiheiten. Dass der TV das Ergebnis oft mühsam erreichter Kompromisse und gerade das schwierige Verfahren seiner Entstehung Gegenstand der Gewährleistung der Tarifautonomie in Art. 28 GRC ist, hatte wieder keine erkennbare Bedeutung.

Im Übrigen kann auch die Grundrechtecharta, etwa die Gewährleistung der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRC), die Auslegung einer Richtlinie gebieten, die zu Gunsten der AN bestehende Spielräume des nationalen Rechts einengt. So hat der EuGH kürzlich angenommen,⁵⁴ Art. 3 der Betriebsübergangs-Richtlinie⁵⁵ sei so auszulegen, dass er dem Übergang einer dynamischen arbeitsvertraglichen Verweisung auf einen TV entgegenstehe. Eine solche Klausel beeinträchtigt die Interessen des Betriebserwerbers in unangemessener Weise. Sie könne deshalb, obwohl günstiger für die AN, auch vom nationalen Recht nicht zugelassen werden

IV. Arbeitsrecht und Arbeitsmarkt

Auf das dt. Arbeitsrecht kam mit steigender Arbeitslosigkeit seit Mitte der 80er Jahre eine ungewohnte neue Aufgabe zu: Es wird seither auch für Zwecke des Arbeitsmarkts in Dienst genommen, um Anreize für die Erhaltung oder Schaffung von Arbeitsplätzen zu setzen. Zunächst geschah das dadurch, dass an manchen Stellen der von AG als zu weitgehend beklagte Arbeitnehmerschutz gelockert wurde. So erleichterte das heiß umkämpfte Beschäftigungsförderungsgesetz 1985⁵⁶ die Befristung von Arbeitsverhältnissen und erweiterte die Einsatzmöglichkeit der Leiharbeit. Im Lauf der folgenden Jahrzehnte gab es

eine Reihe weiterer Gesetze, für die arbeitsmarktpolitische Ziele ins Feld geführt wurden. Besonders der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses lag im Fokus dieser Maßnahmen, denken Sie nur an die Anhebung der Anwendungsschwelle des KSchG von über 5 auf über 10 AN im Betrieb.⁵⁷ Dabei gab es auch eine Menge Hin und Her, dem hier nicht weiter nachzugehen ist. Immerhin lassen sich diese Bewegungen, so einschneidend sie im Einzelfall auch sein mögen, als übliche Nebenwirkungen des Gezeitenwechsels in den politischen Machtverhältnissen verbuchen.

Systematisch tiefer greifen Vorschriften, in denen von einer materiellen Verminderung des Arbeitnehmerschutzes zwar abgesehen, ein Unterschreiten gesetzlicher Schutzstandards aber durch TV erlaubt wird. Der TV als Instrument, mit dessen Hilfe traditionell zu Gunsten der AN über das gesetzliche Niveau hinaus Regelungen getroffen werden, wird durch solche Öffnungsklauseln in der Gegenrichtung mobilisiert, nämlich zu Ungunsten der AN. Dieser teilweise Funktionswandel des TV bei zentralen Arbeitsbedingungen⁵⁸ führte zu einer Scheinblüte von Verbänden, die als Gewerkschaften auftraten und bereitwillig »Tarifverträge« schlossen, in denen gesetzlicher Arbeitnehmerschutz abbedungen wurde. Besonders verbreitet ist das in der Leiharbeit, wodurch sich DGB-Gewerkschaften in Zugzwang gesetzt sahen und ähnliche Tarife vereinbarten:⁵⁹ Eigentlich haben Leiharbeiter Anspruch auf das Entgelt, das vergleichbare AN des Einsatzbetriebs bekommen (»equal pay«; § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 4 AÜG). Das soll die wirtschaftliche Attraktivität der Leiharbeit für die UN und damit die Verwendung dieser Beschäftigungsform begrenzen. Durch TV oder einzelvertragliche Bezugnahme auf diesen kann indessen ein niedrigeres Entgelt vereinbart werden, so dass equal pay bisher sehr selten war. Traurige Prominenz hat in diesem Zusammenhang die »Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen« (CGZP) erlangt, weil sie weder eine Gewerkschaft noch eine tariffähige Spitzenorganisation ist.⁶⁰ Die von ihr abgeschlossenen TV sind unwirksam, die betr. Leiharbeiter hatten Anspruch auf equal pay, und in vielen Prozessen müssen die Gerichte jetzt die Scherben aufräumen.⁶¹

V. Perspektiven

Was liegt nun vor uns? Eine große Aufgabe wird darin bestehen, für möglichst auskömmliche Einkommen in möglichst sicheren Arbeitsverhältnissen zu sorgen. Beides greift ineinander, denn Unsicherheit der Beschäftigung gefährdet nicht nur die auf dem Einkommen aufbauende individuelle Existenzplanung, sondern schwächt auch die Durchsetzungsfähigkeit der AN und ihrer Gewerkschaften. Hier gibt es mehrere große Baustellen: Der gesetzliche Mindestlohn ist ein Stichwort, die Eindämmung – nicht Abschaffung – von Leiharbeit und Werkverträgen ein anderes. Der Schutzbedarf eines Menschen, der betriebliche Arbeit als selbständiger Werkunternehmer leistet, ist oft nicht geringer als der eines AN, also sollte das Recht reagieren. Nicht die vorhandenen dogmatischen Strukturen sind für den Gesetzgeber entscheidend, sondern der Regelungsbedarf. Das Arbeitsrecht muss diejenigen, die es schützen soll, auch tatsächlich erreichen. Eine gewisse Hilfestellung können Beteiligungsrechte des BR leisten.

Im Kollektivrecht brodeln die Erregung weiter, nachdem das BAG die Lehre von der Tarifeinheit – ein Betrieb, ein TV – aufgegeben hat.⁶² Die hieraus möglicherweise resultierenden Probleme, besonders beim Arbeitskampf, werden beschworen, und es erklingt der Ruf nach dem Gesetzgeber, ursprünglich sogar im Duett von DGB und BDA.⁶³ Noch wissen wir nicht, inwieweit sich diese Probleme tatsächlich manifestieren und als gewichtig erweisen werden. Wir wissen aber, dass die verfassungsrechtlichen Spielräume eng⁶⁴ und

punktueller Regelungen im Arbeitskampfrecht kaum möglich sind. Für ein umfassendes Arbeitskampfgesetz hat aber die Kraft des Gesetzgebers bisher nicht ausgereicht. So wird es wohl weiterhin dem BAG obliegen, auch für die neuen Probleme Lösungen zu finden.

Und Europa? Wir werden noch viel damit zu tun haben, die vorhandenen eur. Elemente in unserem Arbeitsrecht zu verarbeiten. Weitere Vorgaben der EU scheinen mir nicht geboten. Ich bin mir 51 auch nicht sicher, ob deren Kompass immer in die vertraute Richtung zeigen würde. Denken Sie nur an den Primat des Sparens zur Rettung des €.

Noch ein Wort zur Arbeitnehmerbeteiligung: Das eur. Recht hat uns Vereinbarungslösungen näher gebracht. Für ein Kooperationsmodell wie die Mitbestimmung liegt so ein Ansatz eigentlich nahe. Man muss aber aufpassen: Es geht um Machtverteilung. Für Vereinbarungslösungen anstelle von gesetzlichen Vorgaben braucht die Arbeitnehmerseite Druckmittel, denn sie will ja von der Gegenseite ein Stück der Entscheidungsmacht. Im EU-Recht liegt dieses Druckmittel in den gesetzlichen Auffangregelungen, die eingreifen, wenn eine Vereinbarung nicht zustande kommt.

Aber vielleicht ließe sich dieses Instrument auf einem Feld ausprobieren, auf dem es nicht um die Balance zwischen AN und Anteilseignern geht und deshalb die Positionen nicht so verhärtet sind wie sonst im Mitbestimmungsrecht. Bekanntlich bezieht das dt. – anders als das eur. – Recht die Belegschaften ausländischer Konzerntöchter in die Mitbestimmung in der dt. Konzernspitze nicht ein; sie zählen nicht und sie wählen nicht. Ich teile nicht die Auffassung, hierin liege eine gegen Art. 45 AEUV verstoßende Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Dennoch erscheint es mir wünschenswert, auch ausländische Belegschaften in die Konzernmitbestimmung einzubeziehen und dadurch deren Legitimationsgrundlage zu verbreitern; die Entscheidungen der Konzernmutter betreffen schließlich alle. Leider kann das der dt. Gesetzgeber nicht so einfach, denn er kann z. B. ein ausländisches UN nicht verpflichten, seine AN zur Tätigkeit im Wahlvorstand oder im AR freizustellen. Der EU-Gesetzgeber hätte zwar die Macht dazu, denkt aber bisher nicht an eine solche Hilfestellung für das nationale Mitbestimmungsrecht. Hier könnte eine Öffnung des dt. Rechts für Vereinbarungen als Krücke dienen. Die Vereinbarung müsste zumindest von Vertretern derjenigen unterschrieben werden, in deren Rechte sie eingreift: Das sind neben der ausländischen Tochtergesellschaft die Belegschaften der dt. Konzernunternehmen und die bisher im AR vertretenen Gewerkschaften, denn sie werden in der einen oder anderen Form Sitze an die Auslandsbelegschaften verlieren.⁶⁵

Zum Schluss erinnere ich noch an eine ganz alte Aufgabe der Gesetzgebung: die Kodifikation des Arbeitsverhältnisrechts in einem Arbeitsvertragsgesetz. Vorschläge hat es schon viele gegeben, aber wir leben weiter mit unserem Flickenteppich und seinen Löchern, wobei die vorhandenen Teile auch nicht immer so recht zueinander passen. Ich fürchte, dass sich in absehbarer Zeit hieran nichts ändern wird. Es fehlt der politische Schub. In AuR spielt das Thema zurzeit übrigens auch keine Rolle. Sollten wir damit wieder beim Stichwort »Zauberspiegel« angelangt sein?

[*] Mit Fn. versehene Fassung eines Vortrags auf Campus Arbeitsrecht, 60 Jahre AuR, 8.11.2013 Frankfurt/M.

[1] Engelen-Kefer, AuR 1994, 123, 124; anders offenbar noch die Erwartung von Freitag, AuR 1953, 2.

[2] Freitag, AuR 1953, 2.

- [3] Nach § 61 BGB i. d. am 1.1.1900 in Kraft getretenen Fassung (RGBl. I 1896, 195) konnte die Verwaltungsbehörde der Gründung eines Vereins mit sozialpolitischer Zielsetzung widersprechen.
- [4] Hierzu und generell zum Verhältnis zwischen Recht und Gewerkschaften bis zu deren Auflösung 1933 Blanke, AuR 1994, 113.
- [5] Reichel, AuR 1956, 197.
- [6] Schnorr, AuR 1954, 161.
- [7] Aufgehoben durch das am 1.7.1958 in Kraft getretene Gleichberechtigungsgesetz (BGBl. I 1957, 609).
- [8] Diese noch für zulässig erachtend Kunze, AuR 1953, 76.
- [9] BAG 10.5.57 – 1 AZR 249/56, AP GG Art. 6 Abs. 1 Ehe und Familie Nr. 1.
- [10] Dazu Meissinger, AuR 1954, 353.
- [11] Frey, AuR 1953, 289.
- [12] Schnorr, AuR 1953, 139.
- [13] BAG 28.1.55 – GS 1/54, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 1.
- [14] BAG 20.12.63 – 1 AZR 428/62, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 32.
- [15] Deziert gegen BAG (Fn. 13) Ramm, AuR 1964, 321, und gegen BAG (Fn. 14) Ramm, AuR 1964, 353.
- [16] Z. B. Radke, AuR 1964, 67; Tacke, AuR 1964, 73; schrittweise und partielle Klärung seit BAG 21.4.71 – GS 1/68, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 43.
- [17] Reuß, AuR 1963, 225.
- [18] Ballerstedt, AuR 1966, 225; grundlegend BAG 22.12.80 – 1 ABR 2/79, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 70.
- [19] So noch BAG 10.11.55 – 2 AZR 591/54, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 2; dagegen Radke, AuR 1965, 302, 305; Fenn, AuR 1971, 321.
- [20] DGB-Bundesvorstand, AuR 1957, 371; nochmals zur Ressortierung AuR 1969, 81.
- [21] XXX, AuR 1958, 33.
- [22] Außer in Bayern, Berlin und beim Bund.
- [23] Satirisch dazu risor silvaticus, Das Rechtswegeoptimierungsgesetz, AuR 2004, 175 ff.; Nachdruck in risor silvaticus, FS Buschmann 2013, S. 211.
- [24] Schelp, AuR 1962, 65.
- [25] Trieschmann, AuR 1969, 354.
- [26] Zmarzlik, AuR 1979, 171.
- [27] BVerfG 4.4.67 – 1 BvR 84/65, AP AVAVG § 37 Nr. 7; dazu Monjau, AuR 1968, 257.
- [28] Kindereit, AuR 1971, 327; Mayer, AuR 1974, 353.
- [29] Beginnend mit Schnorr, AuR 1953, 108.
- [30] Z. B. des stv. DGB-Vorsitzenden Muhr, AuR 1982, 1.
- [31] Auffarth, AuR 1972, 33, 37.
- [32] Wenn ich mich recht entsinne, in einer Schrift des Wirtschaftsrats der CDU.
- [33] BVerfG 1.3.79 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290.
- [34] Vetter, AuR 1976, 257.

- [35] Schwab, AuR 1981, 33.
- [36] So seitens der Unternehmensvertreter in der Kommission zur Modernisierung der dt. Unternehmensmitbestimmung, Bericht 2006 S. 61; vgl. Seyboth, AuR 2007, 15.
- [37] Meißner, AuR 2012, 61, 64.
- [38] Vgl. Heuschmid, AuR 2006, 184.
- [39] Sick/Thannisch, AuR 2011, 155; dagegen Hommelhoff, AuR 2011, 203.
- [40] Dazu erstmals Schnorr, AuR 1960, 161.
- [41] Dazu wohl erstmals Wolter, AuR 1981, 129.
- [42] BAG 20.3.12 – 9 AZR 529/10, AP TVöD § 26 Nr. 2.
- [43] bis BAG 14.3.89 – 8 AZR 447/87 und 351/86, AP BGB § 611 a Nr. 5, 6, nach Anstoß durch EuGH 10.4.84 – 14/83, Colson und Kamann, AP BGB § 611 a Nr. 1.
- [44] EuGH 13.5.86 – 170/84, Bilka, AP EWGV Art. 119 Nr. 10; darauf BAG 14.10.86 – 3 AZR 66/83, AP EWGV Art. 119 Nr. 11.
- [45] EuGH 7.2.91 – C-184/89, Nimz, AP BAT § 23 a Nr. 25; darauf BAG 2.12.92 – 4 AZR 152/92, AP BAT § 23 a Nr. 28.
- [46] EuGH 13.7.89 – 171/88, Rinner-Kühn, AP EWGV Art. 119 Nr. 16; darauf BAG 9.10.91 – 5 AZR 598/90, AP LohnFG § 1 Nr. 95.
- [47] Z. B. Art. 8 der Betriebsübergangs-RL 2001/23/EG; s. aber unten V.
- [48] Prominent EuGH 14.4.94 – C-392/92, Christel Schmidt, AP BGB § 613 a Nr. 106; u. a. dazu Gaul, AuR 1995, 119.
- [49] Seit EuGH 3.10.2000 – C-303/98, SIMAP, AP EWG-RL 93/104 Nr. 2; dazu Karthaus, AuR 2001, 485.
- [50] RL 89/391/EWG v. 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit; zur Umsetzung der Richtlinie durch das Arbeitsschutzgesetz s. Pieper, AuR 1996, 465.
- [51] EuGH 11.12.2007 – C-438/05, Viking, AP EG Art. 43 Nr. 3; dazu Nagel AuR 2009, 155; optimistisch noch Blanke, AuR 2006, 1.
- [52] EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Laval, AP EG Art. 49 Nr. 15; dazu Nagel AuR 2009, 155.
- [53] EuGH 15.7.2010 – C-271/08, Kommission ./.. Deutschland, AP RL 2004/18/EG Nr. 1; dazu Buschmann, AuR 2010, 522.
- [54] EuGH 18.7.2013 – C-426/11, AuR 2013, 498, mit Anm. Heuschmid.
- [55] Richtlinie 2001/23/EG.
- [56] Krit. Herschel, AuR 1985, 265: »Gefährdung der Rechtskultur«.
- [57] Krit. schon Hagemeyer, AuR 1985, 144.
- [58] Krit. schon Hagemeyer, AuR 1985, 144.; Buschmann, in FS Richardi, 2007, S. 93 ff.
- [59] Vgl. Martin, AuR 2004, 247; zu jetzt daraus resultierenden Problemen Krause, AuR 2012, 55.
- [60] BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 6; vgl. schon Schüren/Riederer Frfr. v. Paar, AuR 2004, 241.
- [61] Vgl. Heimann, AuR 2012, 50.
- [62] BAG 7.7.2010 – 4 AZR 549/08, AP GG Art. 9 Nr. 140.

- [63] Gemeinsame Erklärung von BDA und DGB v. 4.6.2010, AuR 2011, 60; dazu Kempen, AuR 2011, 51.
- [64] Dieterich, AuR 2011, 46.
- [65] Einzelheiten in: Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung, Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder, 2006 S. 35.