

Die offenen Flanken des Arbeitsrechts

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Einführung

Die abhängige Arbeit untersteht spezifischen Rechtsnormen. Dies gilt in Deutschland nicht anders als in der Türkei oder in Frankreich; auch in den USA und in China gibt es bei allen Unterschieden ein nach eigenen Grundsätzen ausgerichtetes „Arbeitsrecht“. Äußerer Anlass ist die Unterworfenheit des Arbeitnehmers unter die Weisungen eines andern; dazu kommt in aller Regel die typischerweise ebenfalls anzutreffende wirtschaftliche Abhängigkeit.

Das Arbeitsrecht ist überall Produkt von aktuellen oder zumindest potentiellen Auseinandersetzungen zwischen Kapital und Arbeit. Sein ältester Teil ist der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz,¹ der auch auf Arbeitgeberseite die höchste Akzeptanz findet. Im Mittelpunkt standen die Begrenzung der Arbeitszeit und der Schutz vor physischer Schädigung durch die industrielle Produktion, der sich heute nur mit Mühe zu einem Schutz auch vor psychischen Belastungen weiterentwickeln lässt. Dazu kam als zweites die Anerkennung des Rechts der Arbeitnehmer, ihre Kräfte zu bündeln und sich gemeinsam für eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen einzusetzen. Koalitionsfreiheit, Kollektivverhandlungen und – häufig mit Verspätungen und vielen Einschränkungen – der Streik finden sich in manchen Ländern als Grundrechte, in andern als gesetzliche oder als richterrechtliche Garantien wieder.² Dazu kommen nationale Sonderentwicklungen wie die deutschen und österreichischen Betriebsräte, denen die Interessenvertretung im betrieblichen Alltag anvertraut ist.

Gesundheitsschutz und Koalitionsfreiheit sind die Kerne, um die herum sich – unterschiedlich von Land zu Land – weitere Teile des Arbeitsrechts gebildet haben. Ein gewisses Maß an Bestandsschutz wurde wohl überall erreicht. Selbst die Employment-at-will-Doktrin in den USA kennt ihre Ausnahmen und wird von

¹ S. etwa Hepple (ed.), *The Making of Labour Law in Europe*, London and New York, p. 77 ff.
² Hepple, *op. cit.*, p. 193 ff.

einem ausdifferenzierten Diskriminierungsschutz überlagert, der einen vernünftig denkenden Arbeitgeber davon abhält, ohne einigermaßen überzeugenden sachlichen Grund zu kündigen.³ In manchen Ländern ist aus dem Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz ein Persönlichkeitsschutz geworden, der beispielsweise auch die Gewissens- und die Meinungsfreiheit erfasst; andere sehen im Arbeitnehmer weiterhin nur den Vertragspartner, der sich beispielsweise auch verpflichten kann, über seine Arbeit selbst Familienangehörigen gegenüber zu schweigen oder auf Liebesbeziehungen zu anderen Beschäftigten desselben Unternehmens zu verzichten.⁴

Die Gemeinsamkeiten der Arbeitsrechtsordnungen sind recht abstrakter Natur. Die konkreten Regelungen unterscheiden sich sehr viel stärker als dies etwa im Zivilrecht der Fall ist; von „Rechtsfamilien“ zu sprechen, ist riskant und führt leicht zu Fehlschlüssen. Natürlich gibt es da und dort Ähnlichkeiten, und selbst die Übernahme einzelner Rechtsinstitute aus einem andern Land kommt vor. Freilich zeigen etwa Versuche, die deutschen Betriebsräte nach Slowenien und nach Südafrika zu „exportieren“, dass der andere Kontext das praktische Funktionieren entscheidend und meist negativ beeinflusst.⁵ Arbeitsrecht ist immer noch nationales Recht, das bisweilen sogar mit einer gewissen nationalistischen Färbung gesehen wird: Die Vorstellung, deutsche Arbeitnehmer seien beispielsweise gegen Kündigungen hervorragend geschützt, ist in Deutschland weit verbreitet, wenn auch angesichts fehlender Abfindung bei sozial gerechtfertigter Kündigung alles andere als überzeugend. Das Arbeitsvölkerrecht⁶ besitzt bestenfalls eine Art Hintergrundexistenz: Wenn es sozialpolitisch erwünscht ist, wird von seinen Vorschriften Gebrauch gemacht, andernfalls widmet man ihm (jedenfalls in Deutschland) bei der Lösung konkreter Konflikte so gut wie keine Aufmerksamkeit.⁷

³ Thüsing AuR 2000, 328; Kittner-Kohler, Beilage 4/2000 zu BB, S. 6 ff.

⁴ Zum unterschiedlichen „Menschenbild“, das darin zum Ausdruck kommt, s. Finkin ZVglRWiss 94 (1995) S. 109 ff.

⁵ S. die Beispiele bei Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. 2006, Rn 73i

⁶ Dazu Güzel, Der Einfluss der internationalen und supranationalen Normen auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts, in: Ekonomi-v. Maydell-Hänlein (Hrsg.), Der Einfluss internationalen Rechts auf das türkische und das deutsche Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2003, S. 17 ff.

⁷ Zum Umgang der deutschen Rechtsprechung mit den ILO-Übereinkommen s. Däubler, FS 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV (=Deutscher Anwaltsverein), 2006, S. 1183 ff.

Dies alles soll an dieser Stelle nicht näher analysiert, sondern lediglich in Erinnerung gerufen werden. Der hier interessierende Untersuchungsgegenstand ist eine Gemeinsamkeit, die bisher kaum ins Blickfeld geraten ist: Wie sind die Mechanismen beschaffen, die es der Arbeitgeberseite ermöglichen, sich arbeitsrechtlichen Regeln zu entziehen?

Die Möglichkeiten sind beträchtlich. Der Arbeitgeber kann vertragliche Gestaltungsmittel einsetzen, um bestimmte arbeitsrechtliche Normen unanwendbar zu machen oder das Arbeitsrecht ganz auszuschließen. Dies gilt im Verhältnis zum einzelnen Arbeitnehmer wie auch im Verhältnis zur kollektiven Interessenvertretung.

Unternehmenseigentümer und ihre Vertreter verfügen weiter über Freiheiten der Investition und Desinvestition, die außerhalb der Reichweite des Arbeitsrechts liegen. Der Aufkauf eines Unternehmens durch einen Hedge-Fonds ist kein arbeitsrechtliches Problem, obwohl er Tausende von Arbeitsplätzen kosten kann. Unternehmen und Konzern lassen sich so gestalten, dass die Entscheidungsträger gegenüber jeder Einflussnahme durch die Beschäftigten und ihre Interessenvertreter immunisiert sind. Sitzt die Konzernleitung in der Schweiz oder auf den Bahamas, wird man häufig in Deutschland oder der Türkei nicht einmal die Namen der Entscheidungsträger kennen.

Arbeitsrecht ist schließlich in der Gefahr, auch innerhalb seines Anwendungsbereichs nicht wirklich ernst genommen und umgesetzt zu werden. In Deutschland ist die staatliche Arbeitsaufsicht darauf beschränkt, die Einhaltung des Arbeitsschutzrechts zu überwachen; andere staatliche Behörden sind für die Bekämpfung der Schwarzarbeit zuständig. Bei allen übrigen Konflikten ist es Sache der Betroffenen, sich auf ihre Rechte zu berufen und sie notfalls im Wege eines gerichtlichen Verfahrens durchzusetzen. Typischerweise geschieht dies erst nach Ende des Arbeitsverhältnisses; in vielen Staaten ist auch dies nicht der Fall. Manche Länder beschließen einen von ausländischen Experten entworfenen „progressiven“ Kodex nur zu dem Zweck, als demokratischer Staat zu erscheinen und so leichter Kredite der Weltbank oder des Internationalen Währungsfonds zu erhalten. Law in the books und law in action fallen dabei völlig

auseinander; selbst ein ausländischer Investor wird dies bald erkennen und sein Verhalten darauf einstellen.

Angesichts dieser drei offenen Flanken kann und muss man sich die Frage stellen, ob das Arbeitsrecht überhaupt noch handlungsleitende Funktion besitzt oder ob es zu einer schönen Vorstellung verkommen ist, die die wahren Machtverhältnisse verschleiert und die die abhängig Beschäftigten nur noch besänftigen soll. Wenn dies nicht so sein sollte – was sind die Mechanismen, die dem Arbeitsrecht trotz aller Schwierigkeiten zu einem gewissen Maß an Durchsetzungskraft verhelfen?

II. Vertragliche Gestaltungen zur Vermeidung des Arbeitsrechts

Das Arbeitsrecht besteht aus zahlreichen Vorschriften, von denen nicht zu Lasten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf. Der Schutz vor Gesundheitsgefahren und der Kündigungsschutz sind nicht verzichtbar, ebenso wenig ist es die Koalitionsfreiheit. Diese allgemein anerkannten Grundsätze wären sinnlos, könnte man auf der anderen Seite ihren Anwendungsbereich beliebig einschränken, indem man Arbeitnehmer im Vertrag einfach zu Nicht-Arbeitnehmern erklären würde. Wer weisungsabhängige Arbeit leistet, ist notwendigerweise Arbeitnehmer; gegenteilige Klauseln im Arbeitsvertrag bleiben ohne Wirkung. Ein Fließbandarbeiter und eine KassiererIn im Supermarkt können nicht zu Selbständigen erklärt werden.

Was in der traditionellen industriellen Produktion und bei bestimmten Dienstleistungen gilt, lässt sich nicht auf alle Tätigkeitsbereiche erstrecken. Den Außendienst eines Unternehmens kann man beispielsweise auch so gestalten, dass die einzelnen Beschäftigten „freie Mitarbeiter“ sind, die ihre Arbeit selbst organisieren können und die sich deshalb nicht mehr als „weisungsabhängig“ qualifizieren lassen. Ihr gutes „Funktionieren“ wird dadurch sichergestellt, dass sich der Arbeitseinsatz in der Höhe der monatlichen Überschüsse niederschlägt. Die deutsche Rechtsprechung hat eine solche „Flucht aus dem Arbeitsrecht“ sogar erleichtert, indem sie die Änderung der Beschäftigungsform als nicht überprüfbare unternehmerische Entscheidung qualifizierte, die die Kündigung der

bisher beschäftigten Arbeitnehmer zulässig macht.⁸ Ob diesen wenigstens eine Fortsetzung ihrer Tätigkeit als „freie Mitarbeiter“ angeboten werden muss, blieb letztlich unentschieden. Welche Tätigkeiten sich für eine solche „Autonomisierung“ eignen, ist nicht abschließend geklärt; ob man einen angestellten Friseur zum selbständigen „Inhaber eines Friseurstuhls“ oder einen Kellner zum „Vertriebsbeauftragten für die Tische 1 bis 10“ machen kann, hängt davon ab, wie hoch die Sensibilität der nationalen Rechtsordnung für Umgehungsstrategien ist.

Das „Herausfallen“ aus dem Arbeitsrecht muss kein totales sein. Im deutschen Recht hat man die Figur der arbeitnehmerähnlichen Person entwickelt, die zwar ihre Arbeit selbst gestalten kann, die aber vorwiegend von einem Auftraggeber abhängig und deshalb vergleichbar schutzwürdig wie ein Arbeitnehmer ist.⁹ Zu den anwendbaren Grundsätzen zählt die Koalitionsfreiheit, kraft ausdrücklicher Vorschriften aber auch das Urlaubsrecht, das Antidiskriminierungsrecht und der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz. Die Defizite sind gleichwohl gravierend: Es fehlt der normale Kündigungsschutz und die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, der Einzelne bleibt außerhalb der Betriebsverfassung, und es gibt keine obligatorische Einbeziehung in die Sozialversicherung. Aus Arbeitgebersicht macht dies die Arbeit in der Regel sehr viel billiger als die Beschäftigung von Arbeitnehmern, so dass ein Anreiz zum Ausbrechen aus den überkommenen Strukturen besteht. Dies ist in Ländern weniger ausgeprägt, die wie Österreich oder Frankreich alle Erwerbstätigen in die Sozialversicherung einbeziehen, aber auch dort ergeben sich für den Arbeitgeber nicht zu übersehende Vorteile.

Statt diese radikale „Vermeidung“ des Arbeitsrechts zu praktizieren, kann man auch einzelne Schutznormen abbedingen. Dies geschieht nicht in der Weise, dass man ihre Anwendung im Arbeitsvertrag ausdrücklich ausschließt, da dies dem zwingenden Charakter der fraglichen Normen widersprechen würde. Vielmehr wählt man eine Gestaltung, die bestimmte Grundsätze unanwendbar macht. Wichtigstes Beispiel ist die Befristung: Sie nimmt dem Betroffenen den Bestandsschutz, weil das Arbeitsverhältnis auch ohne Kündigung endet. Dies gilt sogar dann, wenn inzwischen die Voraussetzungen für einen

⁸ BAG NZA 1996, 1145 – Weight Watcher, bestätigt durch BAG NZA 2008, 878

⁹ Näher Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rn 2093 ff., auch zum Folgenden

Sonderkündigungsschutz (Behinderte, schwangere Frauen) eingetreten sind. Rechtstechnisch beruhen alle atypischen Arbeitsverhältnisse auf diesem Prinzip: Wer nur Teilzeit arbeitet, wird häufig kein existenzsicherndes Einkommen haben, wer Leiharbeit verrichtet, gehört nicht zum Einsatzbetrieb und kann deshalb dort z. B. nicht in den Betriebsrat gewählt werden. Die Versuche, diese strukturellen Benachteiligungen wieder auszugleichen, sind bislang wenig erfolgversprechend; mit einem bloßen Diskriminierungsverbot ist es nicht getan, da es die Unterschiedlichkeiten wie z. B. den fehlenden Bestandsschutz bei der Befristung notwendigerweise voraussetzt und als solche unberührt lässt.

III. Die Ausschöpfung der unternehmerischen Freiheit

Die kollektive Interessenvertretung durch Betriebsräte hat in Deutschland selbstredend zwingenden Charakter. Auch auf ein „comité d'entreprise“ in Frankreich oder auf ein „comité de empresa“ in Spanien lässt sich nicht vertraglich verzichten. Viele Rechte hängen aber von der Größe der repräsentierten Einheit ab: In Kleinbetrieben hat die Vertretung auch rechtlich weniger Handlungsmöglichkeiten als in Großbetrieben. Manche Unternehmen wählen nun eine Struktur mit vielen kleinen Einheiten und entwerten so die betriebliche Interessenvertretung. Darin liegt freilich nur eine relativ bescheidene „Vermeidungsstrategie“.

Unternehmen und insbesondere Konzerne können die Entscheidungszentren an einen Ort verlegen, der für die Interessenvertretung der Arbeitnehmer nur schwer zu erreichen ist. Dies meint weniger die geographische als die soziale Erreichbarkeit: Die Management-Holding oder der Eigentümer befindet sich z. B. in der Schweiz und lehnt jede Kontaktaufnahme mit Gewerkschaften oder Betriebsräten ab; das sei Sache der nationalen Niederlassungen. Diese müssen jedoch die Vorgaben beachten, die von der schweizerischen Spitze kommen, sind also in Wirklichkeit kein vollwertiger Verhandlungspartner. Bei kampfwisen Auseinandersetzungen, insbesondere bei Streiks, ist dies nicht von ausschlaggebender Bedeutung; ein Kompromiss wird in solchen Fällen eben nur nach telefonischer Rücksprache mit der Spitze geschlossen. Im Normalfall der „druckfreien“ Verhandlungen verhält es sich anders. Oft ist nicht einmal

erkennbar, wer auf Arbeitgeberseite die Fäden zieht. Man kann viele Forderungen stellen, doch werden selbst einsichtige Manager nicht die Spielräume haben, ihnen auch effektiv Rechnung zu tragen.

Selbst wenn sich die Konzernspitze im Inland befindet und solche Erscheinungen eher unwahrscheinlich sind, können Arbeitnehmerrechte leerlaufen. Ist eine Tochtergesellschaft in wirtschaftlich bedrängter Lage, muss nicht notwendigerweise die Konzernmutter einspringen und die Ansprüche der Arbeitnehmer befriedigen. Nur bei der betrieblichen Altersversorgung und beim Sozialplan kommt ein „Durchgriff“ in Betracht, aber selbst dies ist nicht gesichert.¹⁰ Auch ein „konzerndimensionaler“ Kündigungsschutz hat sich bei uns (anders als in Frankreich) noch nicht durchgesetzt.¹¹ Eine Kündigung ist deshalb auch dann möglich, wenn bei der „Schwestergesellschaft“ ein vergleichbarer Arbeitsplatz verfügbar wäre. Der Zufall, dass die Arbeitgeberseite nicht als einheitliches Großunternehmen, sondern als Konzern mit vielen Töchtern und Enkeln organisiert ist, entscheidet so über die Tragweite des Kündigungsschutzes. Auch hier ist die einseitige rechtliche Gestaltung für den Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Normen maßgebend. Besonders prekär ist die Situation der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat. Sie knüpft an die Rechtsform des Unternehmens an, die in der Regel nicht obligatorisch vorgeschrieben ist. Aus einer GmbH können die Eigentümer eine Stiftung oder eine OHG machen und sich so den Mitbestimmungsgesetzen entziehen. Einfacher ist es freilich, sich als Gesellschaft ausländischen Rechts zu organisieren, die ihren Sitz aufgrund der Rechtsprechung des EuGH¹² mittlerweile auch im Inland haben kann: Dort werden ohne jede Beteiligung der Arbeitnehmerseite die wirklichen Entscheidungen getroffen. In Betracht kommt weiter die Schaffung einer „Eigentümergeellschaft“ im Ausland: Der „mitbestimmte“ Aufsichtsrat der deutschen GmbH oder AG muss sich im Wesentlichen mit der Entgegennahme von Vorgaben und einem guten Abendessen begnügen.

¹⁰ BAG NZA 2005, 818; BAG AP Nr. 59 zu § 16 BetrAVG; Fitting, Handkommentar zum BetrVG, 24. Aufl. 2008, § 1 Rn 184 ff.; Däubler-Kittner-Klebe (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 11. Aufl. 2008, §§ 112, 112a Rn 116 ff.

¹¹ Grundlegend BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NJW 1984, 381

¹² EuGH EuZW 2002, 754 - Überseering

Die Betrachtung von Mutter- und Tochtergesellschaften, konkret: der Übergang vom Einzelunternehmen zum Konzern, ist von entscheidender Bedeutung. Das Gesellschaftsrecht nimmt davon Kenntnis, nicht aber das Arbeitsrecht. Dennoch ist auch die Herangehensweise des Gesellschaftsrechts zu eng, weil sie die tatsächlichen Entscheidungsstrukturen verfehlt. Selbst ohne konzernrechtliche Verbindung hängen Zulieferer, aber genauso selbständige Vertriebsgesellschaften von der Unternehmenspolitik der Hauptgesellschaft ab. Dies lässt sich derzeit an der Automobilindustrie gut nachvollziehen; die Kurzarbeit bei Daimler hat Auswirkungen auch auf andere Unternehmen. Bei der „Just-in-time-Produktion“ ist die Verknüpfung so eng, dass der Ausfall des einen Unternehmens auch das andere lahmlegt. Dies mag Streikwirkungen potenzieren, führt jedoch im Regelfall dazu, dass erneut eine Trennung von Entscheidungszentrum und Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer eintritt – dieses Mal allerdings in der Weise, dass auch die Zulieferer- oder Vertriebsarbeitgeber ihrerseits jede Entscheidungsmacht verloren haben.¹³ Selbst im Gesellschafts- und Unternehmensrecht geht man nur zögerlich an diese Phänomene heran, am arbeitsrechtlichen Horizont sind sie noch kaum aufgetaucht. Gibt es so etwas wie eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Zulieferer und die dort tätigen Belegschaften? Muss die unternehmerische Verantwortung, die man unschwer auf die „eigenen“ Beschäftigten beziehen kann, auf sie erstreckt werden? Auch nur die Frage zu stellen, fällt aus den (neoliberalen) Diskursregeln heraus.

Noch stärker bewegt man sich außerhalb des Arbeitsrechts, wenn es um den Wechsel in den Eigentumsstrukturen geht. Werden „Betriebe“ als arbeitsorganisatorische Einheiten veräußert, greifen die EG-Richtlinie über die Erhaltung der Arbeitnehmerrechte¹⁴ und ihre nationalen Umsetzungsvorschriften ein. In vielen Ländern außerhalb der EU haben sich entsprechende Vorschriften durchgesetzt. Nur: Geht es um einen share deal, werden Aktien oder Geschäftsanteile an einer GmbH übertragen, muss man dies alles vergessen. Betrachtet der Erwerber das Unternehmen als Objekt der Kapitalanlage, das nach Abbau weniger rentabler Abteilungen mit einem erheblichen Aufpreis weiterverkauft werden soll, so bewegt er sich im Rahmen seiner Entscheidungsfreiheit. Dies gilt auch dann, wenn er das Darlehen, mit dem er

¹³ Wellenhofer-Klein DB 1997, 978 ff.

¹⁴ Richtlinie 2001/23/EG, ABIEG 2001 L 82/16 (konsolidierte Fassung)

den Kauf finanzierte, an das erworbene Unternehmen „weitergibt“: Dieses muss dann durch sparsames Wirtschaften seinen eigenen Aufkauf nachträglich finanzieren. Verstößt das alles vielleicht den Arbeitnehmern gegenüber gegen Treu und Glauben oder gegen die gute alte Fürsorgepflicht? Haben sie einen Anspruch auf nachhaltige Unternehmensentwicklung, die nicht durch Finanzakrobaten zerstört werden darf? Schon die Fragen wird man in keinem Lehrbuch des Arbeitsrechts finden, erst recht nicht plausible Antworten.¹⁵ Man begnügt sich mit der Folgenbewältigung: Wen trifft die Lohnzurückhaltung und der Personalabbau? Lässt sich vielleicht staatliche Hilfe mobilisieren? Insoweit ist es durchaus bezeichnend, dass die erste arbeitsrechtliche Rechtsnorm, die nicht nur an Unternehmen und Konzern anknüpft, sondern auch Zulieferer und nachgelagerte Unternehmen einbezieht, die EG-Verordnung über den Globalisierungsfonds ist,¹⁶ aus dem Maßnahmen der aktiven Arbeitsmarktpolitik (co-)finanziert werden können, wenn es zu „globalisierungsbedingten“ Arbeitsplatzverlusten kommt. Immerhin stellt die Öffnung zur Realität einen ersten Schritt dar, dem weitere folgen müssten.

IV. Durchsetzungsprobleme

Auch dort, wo alle die beschriebenen Erscheinungen nicht zum Tragen kommen, lässt sich das Arbeitsrecht nicht mit der Realität gleichsetzen.

Traditionell denkende Juristen geben sich damit zufrieden, die *lex lata* zu interpretieren und Unschärfen oder Widersprüche zu korrigieren. Ob das Gesetz in der Realität umgesetzt wird, ist eine Frage, die wenig wissenschaftliches Interesse hervorruft. Dies ist zu bedauern. Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers besteht nicht nur bei der Begründung und der Durchführung eines Arbeitsverhältnisses; sie existiert vielmehr auch dann, wenn es um die Rechtsdurchsetzung geht. Würde man sie allein dem einzelnen Arbeitnehmer überlassen, könnte man sicher sein, dass Rechtsverstöße nur selten korrigiert würden: Kaum jemand wird wegen der Nichteinhaltung einer Vorschrift einen Konflikt riskieren, der zu persönlichen Nachteilen bis hin zum Verlust des

¹⁵ Die Problematik ist jedoch (wie viele andere) benannt bei Wolter AuR 2008, 325 ff.

¹⁶ Verordnung (EG) Nr. 1927/2006 zur Einrichtung des Europäischen Fonds für die Anpassung an die Globalisierung ABIEG v. 30.12.2006 L 406/1 ff.; berichtigte Fassung in ABIEG v. 22.2.2008 L 48/82. Dazu Däubler dbr Heft 2/2009 S. 16 f.

Arbeitsplatzes führen kann. Unter dem Druck des globalen Wettbewerbs werden deshalb viele Unternehmen versuchen, durch Nichteinhaltung von Regeln die Produktion zu verbilligen und damit die Position auf dem Markt zu verbessern – warum sollten sie dies nicht tun, wenn sie praktisch keine negativen Konsequenzen zu befürchten haben? Dem Arbeitsrecht droht so ein umfassendes Implementationsdefizit.

Anders als bei den anderen offenen Flanken des Arbeitsrechts ist diese Problematik durchaus erkannt und von nationalen Gesetzgebern aufgegriffen worden. Im Laufe der Zeit haben sich drei Mechanismen herausgebildet, die Abhilfe bringen sollen.

- Staatliche Verwaltungsbehörden werden mit der Aufgabe betraut, die Einhaltung arbeitsrechtlicher Normen zu überwachen.

- Nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch unabhängige Instanzen haben das Recht, ein gerichtliches Verfahren einzuleiten, um Rechtsverstöße zu beseitigen.

- Belegschaften können in gewissem Umfang zur Selbsthilfe greifen und die Arbeit verweigern, wenn zu ihren Gunsten bestehende Schutznormen nicht eingehalten werden.

1. Die Einschaltung von Verwaltungsbehörden

In allen europäischen Ländern gibt es eine „Arbeitsinspektion“, die über die Einhaltung bestimmter Normen wacht. Ihre Zuständigkeit ist von Land zu Land verschieden. In Deutschland hat sie relativ beschränkte Möglichkeiten: Erfasst sind nur die Vorschriften des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz einschließlich der Einhaltung von Höchstarbeitszeiten; andere staatliche Einrichtungen sind für die illegale Arbeit, insbesondere durch ausländische Staatsangehörige, zuständig. Ansonsten ist alles der Klage des einzelnen Arbeitnehmers überlassen. In Frankreich ist die Zuständigkeit der Behörden demgegenüber sehr viel weiter: Der „inspecteur du travail“ kontrolliert die Einhaltung aller Gesetze wie auch der Kollektivverträge. Um eine solche (umfassendere oder engere) Aufgabe wirksam zu erfüllen, müssen allerdings bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein.

Die Verwaltungsbehörde muss das Recht haben, den Betrieb unangemeldet zu inspizieren, also während der Arbeitszeit dort einen Besuch zu machen, die Räumlichkeiten zu begutachten und in die Unterlagen Einblick zu nehmen. Wichtig ist weiter, dass sie aufgrund anonymer Anzeigen tätig werden kann. Nicht selten ergibt sich die Situation, dass einzelne Beschäftigte Missstände kennen, sich jedoch nicht trauen, diese im Betrieb offen zur Sprache zu bringen. Tritt ein „Hinweisgeber“ als Person in Erscheinung, so muss die Behörde zusichern können, seine Identität nicht aufzudecken und die Anzeige als vertraulich zu behandeln.¹⁷

Die Verwaltungsbehörde muss unabhängig von den zu kontrollierenden Unternehmen sein. Dafür genügt es häufig nicht, dass sie Teil der staatlichen Verwaltung ist und der Aufsicht des zuständigen Ministeriums untersteht. Vielmehr muss sichergestellt sein, dass sich keine heimlichen Allianzen zwischen einzelnen Mitarbeitern der Behörde und den zu kontrollierenden Unternehmen bilden. Dies kann am ehesten dadurch geschehen, dass von Zeit zu Zeit die Arbeit der Behörde ihrerseits einer Evaluation unterzogen wird. Auch wenn es keine „heimlichen Fäden“ zu den Unternehmen gibt, können beträchtliche Probleme auftauchen. Die Behörde muss z. B. über eine ausreichende Anzahl von Beschäftigten verfügen, um genügend Kontrollen durchführen zu können. Außerdem gibt es in Deutschland dem Vernehmen nach das Phänomen, dass die Behörde die Beachtung bestimmter Normen dadurch sicherstellt, dass sie dem Unternehmen in anderen Bereichen entgegenkommt. Verpflichtet sich dieses beispielsweise, eine Belastung mit bestimmten Schadstoffen auszuschließen oder zu reduzieren, kann dies Anlass sein, die Einhaltung der Höchstarbeitszeiten für einige Zeit nicht mehr in vollem Umfang zu kontrollieren. Auch ist es denkbar, dass sich die Behörde bei unerlaubten Emissionen damit einverstanden erklärt, das Gesetz nicht sofort zu 100 Prozent zu vollziehen. Vielmehr wird vorläufig ein Zustand toleriert, der zwischen der bisherigen Praxis und dem vom Gesetz Gewollten liegt.

¹⁷ Zum Kündigungsschutz des Whistleblowers s. Deiseroth AuR 2007, 198 und Binkert AuR 2007, 195

Die Behörde muss schließlich über genügende Sanktionen verfügen, um das Unternehmen notfalls zu einem gesetzeskonformen Verhalten zwingen zu können. Als ersten Schritt wird sie im Normalfall lediglich eine „Beanstandung“ aussprechen und das Unternehmen auffordern, einen festgestellten Fehler zu beseitigen. Hat dies keinen Erfolg oder handelt es sich um einen sehr schweren Verstoß, kommt die Verhängung einer finanziellen Sanktion, in Deutschland: eines Bußgelds, in Betracht. Dieses muss auch für sehr rentable Unternehmen mit hohen Gewinnen fühlbar sein; andernfalls verfehlt es seinen Zweck. Soweit strafbare Handlungen wie insbesondere fahrlässige oder bedingt vorsätzliche Körperverletzungen begangen wurden, ist die Staatsanwaltschaft einzuschalten, die ggf. ein Strafverfahren einleiten wird. In Ländern, in denen auch die Einhaltung von gesetzlichen Mindestlöhnen und Kollektivverträgen überwacht werden kann, kommt eine Anordnung in Betracht, ausstehende Beträge zu bezahlen; geschieht dies nicht, werden weitergehende Sanktionen verhängt. Ein entsprechendes Vorgehen sieht das neue chinesische Arbeitsvertragsgesetz bei rückständigen Löhnen vor.¹⁸ Bei wirklich schweren Verstößen ist auch die Anordnung einer Betriebsschließung denkbar, die in Deutschland wegen „Unzuverlässigkeit“ des Unternehmers möglich ist.

Wenn alle diese Voraussetzungen erfüllt sind, kommt der Verwaltungsbehörde bei der praktischen Umsetzung des Arbeitsrechts eine außerordentlich wichtige Rolle zu: Verwendet das Gesetz – wie häufig – relativ allgemeine Begriffe, so ist primär *ihre* Auslegung dafür maßgebend, wie sich die Unternehmen in der Praxis verhalten. Zwar existiert durchaus eine gerichtliche Kontrolle gegenüber verbindlichen Anordnungen von Verwaltungsbehörden, doch kann es einige Jahre in Anspruch nehmen, bevor ein rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Urteil vorliegt. Das Recht des ersten Zugriffs bei der Bestimmung dessen, was konkreter Inhalt des Rechts ist, liegt so bei der Behörde. Vertritt sie etwa den Standpunkt, zur Arbeitszeit zähle auch eine „Rufbereitschaft“, die eine Arbeitsaufnahme innerhalb von 20 Minuten vorsehe,¹⁹ wird dies für alle von ihr kontrollierten Unternehmen maßgebende Richtschnur sein.

¹⁸ Däubler-Wang AuR 2008, 85, 88

¹⁹ S. den Fall BAG NZA 2002, 871 = AiB 2003, 765; dazu Buschmann-Ulber, Arbeitszeitgesetz, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2007, § 2 Rn 18

2. Die gerichtliche Kontrolle

Eine weitere staatliche Instanz, die die Einhaltung des Arbeitsrechts überwacht und notfalls erzwingt, sind die Gerichte. In Deutschland stehen sie bei weitem im Vordergrund. Im Einzelnen ergeben sich erhebliche Unterschiede zwischen den europäischen Ländern.

In der Mehrzahl der Länder sind die ordentlichen Gerichte auch für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zuständig. In einzelnen Staaten, insbesondere in Italien und Spanien gibt es bei diesen allerdings besondere Kammern für Arbeitssachen; auch existieren spezielle prozessuale Grundsätze, die sich von denen des normalen Zivilprozesses unterscheiden.

In anderen Ländern wie Deutschland, Österreich und Slowenien gibt es spezielle Arbeitsgerichte, die selbstständig neben den ordentlichen Gerichten stehen. Die einzelne „Kammer“ („Panel“) besteht aus einem Berufsrichter, einem Vertreter der Arbeitnehmer und einem Vertreter der Arbeitgeber. Die Vertreter der Sozialpartner sollen ihr Erfahrungswissen und ihre spezifische Sicht der Probleme in das Verfahren einbringen. Auch wird erwartet, dass die Urteile mehr Akzeptanz auf beiden Seiten finden, wenn ein „eigener“ Repräsentant an der Entscheidung mitgewirkt hat.²⁰

Eine Sonderstellung nimmt Frankreich ein: In erster Instanz entscheidet ein zur Hälfte aus Vertretern der Arbeitnehmer und zur Hälfte aus Vertretern der Arbeitgeber bestehendes Gremium („conseil de prud’hommes“), für Berufung und Kassation sind spezielle Kammern der ordentlichen Gerichte zuständig.

Unterschiede bestehen auch insoweit, als in einzelnen Ländern dem gerichtlichen Verfahren eine Art Schlichtung vorausgehen muss, bei der eine einvernehmliche Lösung versucht wird. Nur wenn sie fehlschlägt, kann der Streit überhaupt vor das Gericht kommen. Dies ist etwa bei Kündigungen in Großbritannien der Fall. In Deutschland gibt es eine solche Einrichtung nicht; wer einen rückständigen Lohnanspruch hat oder gekündigt wurde, kann direkt das

²⁰ Eingehender Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn 2185 ff.

Arbeitsgericht anrufen. Allerdings besteht die Besonderheit, dass dieses nicht sofort zur Sache entscheidet. Vielmehr findet innerhalb von zwei bis sechs Wochen nach Einreichung der Klage eine sog. Güteverhandlung vor dem Berufsrichter der zuständigen Kammer statt. Dieser versucht, die Parteien zu einer einvernehmlichen Lösung zu veranlassen, was in gut 30 % aller Fälle auch gelingt.²¹ Gegenüber separaten Schlichtungsinstanzen hat dieses System den Vorteil, dass sich nur *ein* Gremium in den Fall einarbeiten muss und dass die Einigung dadurch erleichtert werden kann, dass der Richter andeutet, wie seine Entscheidung voraussichtlich ausfallen wird.

In Deutschland werden nur rund 8 % aller Klagen vor den Arbeitsgerichten durch Urteil entschieden.²² Bei der großen Mehrheit der Fälle kommt auch nach der Güteverhandlung noch ein Vergleich zustande; manchmal wird die Klage wegen ersichtlicher Aussichtslosigkeit zurückgenommen. Bis zum Urteil erster Instanz dauert es in der Regel nur sechs bis acht Monate. Die unterlegene Partei kann Berufung zum Landesarbeitsgericht einlegen, über die dann in der Regel innerhalb eines weiteren halben Jahres entschieden wird. Spielen Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung eine Rolle, wird die Revision ans Bundesarbeitsgericht zugelassen. Macht die unterlegene Partei von diesem Rechtsmittel Gebrauch, entscheidet das Bundesarbeitsgericht innerhalb von sechs bis zwölf Monaten.

Im europäischen Vergleich sind die deutschen Arbeitsgerichte relativ schnell. Sie werden auch häufig in Anspruch genommen; jedes Jahr werden rund 600.000 Klagen erhoben, was bei ca. 35 Millionen abhängig Beschäftigter eine durchaus erhebliche Zahl ausmacht.²³

Das deutsche System hat den Nachteil, dass grundsätzlich nur der einzelne Arbeitnehmer eine Klage erheben kann. Dies hat zur Folge, dass schätzungsweise 80 % aller Verfahren erst nach Ende des Arbeitsverhältnisses eingeleitet werden:²⁴ Der gekündigte oder auf andere Weise ausgeschiedene

²¹ Zahlen bei www.bmas.bund.de

²² Im Jahre 2006 wurden von 476 906 Verfahren nur 47 623 durch Urteil erledigt (Angaben nach www.bmas.bund.de)

²³ Weitere Angaben bei Grotmann-Höfling AuR 2007, 295 ff. und AuR 2008, 345 ff.

²⁴ Ältere Angaben bei Ramm, in: Naucke-Trappe (Hrsg.), Rechtssoziologie und Rechtspraxis, 1970, S. 169. Dass sich Wesentliches geändert haben könnte, wird von niemandem behauptet.

Arbeitnehmer macht z. B. geltend, die Kündigung sei rechtswidrig gewesen, der Aufhebungsvertrag sei durch widerrechtliche Drohung erzwungen worden, oder es bestünden noch rückständige Zahlungsansprüche wegen geleisteter Überstunden. Nur in ca. 20 % aller Fälle wird während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses ein Prozess eingeleitet; Kläger sind dabei normalerweise Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes. In der Privatwirtschaft fürchten viele, wegen der Erhebung einer Klage als „illoyal“ eingestuft zu werden, was zahlreiche Nachteile zur Folge haben kann: Man wird bei Beförderungen übergangen; steht Personalabbau an, riskiert man, als einer der ersten gekündigt zu werden. Diese Situation hat zu viel Kritik Anlass gegeben. Zugunsten von Heimarbeitern (die keine eigentlichen Arbeitnehmer sind) gilt eine Sonderregelung, wonach die zuständige staatliche Behörde ein Gerichtsverfahren einleiten kann, wenn Vergütungen und Arbeitsbedingungen nicht dem gesetzlich vorgeschriebenen entsprechen.²⁵ Außerdem hat die Gewerkschaft das Recht, gegen einen einzelnen tarifgebundenen Arbeitgeber zu klagen, wenn dieser einen Tarifvertrag in seinem Betrieb nicht anwendet, sondern durch eine andere kollektive Ordnung ersetzt.²⁶

In manchen Ländern können Organisationen Arbeitnehmerrechte sehr viel leichter gerichtlich durchsetzen. In Frankreich ist etwa die Gewerkschaft in weitem Umfang befugt, die aus Kollektivverträgen folgenden Rechte ihrer Mitglieder vor Gericht geltend zu machen, ohne eine Vollmacht durch die Betroffenen zu benötigen.²⁷ In den USA können sich einzelne Beschäftigte zusammenschließen und eine sog. „class action“ erheben, die für und gegen alle sich in gleicher Lage befindlichen Arbeitnehmer wirkt.²⁸ Wichtig ist sie beispielsweise dann, wenn eine Gruppe von Amerikanern schwarzer Hautfarbe oder wenn Frauen geltend machen, bei der Vergütung oder in anderer Hinsicht benachteiligt worden zu sein: Ein Urteil, das aufgrund einer Klage durch fünf Betroffene ergeht, wirkt dann auch für alle übrigen.

3. Selbsthilfe der Belegschaft

²⁵ § 25 HAG

²⁶ BAG AP Nr. 89 zu Art. 9 GG

²⁷ Aufarbeitung ausländischer Erfahrungen bei Pfarr-Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998, S. 131 ff.

²⁸ Pfarr-Kocher, aaO, S. 175 ff.; Däubler AuR 1995, 305, 311

Der Betriebsrat als gewählte Vertretung aller Beschäftigten eines Betriebes hat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz u. a. die Aufgabe, die Einhaltung des Arbeitsrechts und anderer zugunsten der Arbeitnehmer geltender Vorschriften zu überwachen. Stellt er einen Verstoß fest, kann er sich an den Arbeitgeber wenden und diesen auffordern, in Zukunft das Recht korrekter anzuwenden. Trägt der Arbeitgeber dem nicht Rechnung, sind allerdings keine spezifischen Sanktionen gegen ihn möglich. In besonders weitreichenden Fällen der Verletzung von Arbeitsschutznormen kann der Betriebsrat die staatlichen Behörden einschalten oder auch die Presse informieren.

Wer von einem rechtswidrigen Verhalten des Arbeitgebers betroffen ist, kann die eigene Leistung nach § 273 BGB „zurückhalten“, d. h. er kann vorübergehend die Arbeit einstellen. Dies hat nichts mit einem Streik zu tun, sondern bedeutet nur, dass vertragliche Rechte ausgeübt werden. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat anerkannt, dass dies etwa dann zulässig ist, wenn Teile des Lohnes nicht bezahlt werden oder wenn der Arbeitgeber nicht dafür sorgt, dass das Arbeitsschutzrecht eingehalten wird und so die Gefahren für die Gesundheit des Arbeitnehmers minimiert werden.²⁹ Sind zahlreiche Beschäftigte von einer solchen Situation betroffen, können sie gemeinsam die Arbeit verweigern, müssen allerdings klarstellen, dass es sich nicht um einen Streik, sondern um die koordinierte Ausübung vertraglicher Rechte handelt.³⁰ Ist beispielsweise bei Arbeitsbeginn die Temperatur in den Arbeitsräumen zu niedrig, können alle Betroffenen die Arbeit solange verweigern, bis die vorgeschriebene Temperatur erreicht ist. In dieser Zeit behalten sie die vereinbarte Vergütung, da es ja am Verhalten des Arbeitgebers liegt, dass die Arbeit nicht erbracht werden konnte.

Gewerkschaften und Betriebsrat haben die unbestrittene Befugnis, die Beteiligten über ihre Rechte aufzuklären und die gemeinsame Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts zu organisieren. In der Praxis wird von dieser Möglichkeit bisweilen durchaus Gebrauch gemacht. Allerdings setzt dies voraus, dass der Rechtsverstoß des Arbeitgebers auf der Hand liegt und die Betroffenen

²⁹ BAG DB 1994, 1087 = AuR 1994, 173; BAG DB 1996, 2446; BAG DB 1997, 535

³⁰ BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

keine Schwierigkeiten haben, gegenüber dem Arbeitgeber oder der Geschäftsführung auch einmal „nein“ zu sagen.

V. Perspektiven

Die Existenz des Arbeitsrechts ist in vieler Hinsicht prekär. Insbesondere im Dienstleistungsbereich lassen sich viele Funktionen auch in der Weise erfüllen, dass der Beschäftigte seine Arbeit selbst organisiert und damit die Arbeitnehmereigenschaft verliert. Allerdings scheint es Mechanismen zu geben, die manche Arbeitgeber davon abhalten, diese Möglichkeiten in vollem Umfang auszuschöpfen. Den Umständen nach kann dies am ehesten die Erwägung sein, bei aufgedrängter Selbstständigkeit könnte die Loyalität und die Einsatzbereitschaft leiden; beides ist notwendig, wenn die Arbeit nicht unerhebliche Entscheidungsspielräume eröffnet. Wo diese spezifische Rahmenbedingung nicht besteht, sollte man mehr darüber nachdenken, wie man das Ausweichen in eine Beschäftigung außerhalb des Arbeitsrechts verhindern oder beschränken könnte. Eine „kleine Lösung“ wäre eine relativ flexible und würde darin bestehen, die arbeitnehmerähnlichen Personen einem wachsenden Teil arbeitsrechtlicher Normen zu unterstellen. Auch müsste man erwägen, das durchaus erfolgreiche Modell der Künstlersozialversicherung auf andere Beschäftigtengruppen zu übertragen, um so die „Attraktivität“ sozialversicherungsfreier Beschäftigung zu reduzieren. Eine „große Lösung“ wäre die Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs, der alle diejenigen erfassen müsste, die nicht als „echte“ Selbständige mit eigenen Risiken und eigenen Chancen angesehen werden können.³¹

Die viel schwierigere Frage ist die Einwirkung auf alle jene Entscheidungen, die Auswirkungen auf die Arbeitnehmer haben: Man müsste Staatsgrenzen überwinden (wie man dies ansatzweise beim Europäischen Betriebsrat tut), aber auch von der Vorstellung Abschied nehmen, das Einzelunternehmen als ausschließlichen Adressaten arbeitsrechtlicher Pflichten auf Arbeitgeberseite zu sehen. Es gibt keine prinzipiellen Hindernisse, vom Arbeitsrecht determinierte Rechtsbeziehungen auch zu solchen Einheiten anzunehmen, die die

³¹ Dafür Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988. Entsprechende Überlegungen finden sich im sog. 1 plus - Entwurf des DGB zu einem Arbeitsvertragsgesetz (dazu AuR 2009, 127)

Durchführung des Arbeitsverhältnisses faktisch beeinflussen, ohne zuvor einen Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer geschlossen zu haben. Der BGH hat Entsprechendes schon vor Jahrzehnten im Verhältnis zu Arbeitnehmern angenommen, die von ihrem Arbeitgeber in Erfüllung eines Werkvertrags aufs Werksgelände geschickt wurden, und den Inhaber des Einsatzbetriebs nach § 618 BGB haften lassen³² – dies ließe sich auf aktuelle Konstellationen übertragen.³³ Wer Teile des Lebens anderer dirigiert, muss dabei zumindest Rücksicht walten lassen.

Die meisten Vorarbeiten existieren im dritten Bereich. Die Implementationsprobleme des Arbeitsrechts lassen sich bewältigen; man müsste nur bereit sein, von den Erfahrungen anderer Länder zu lernen. Gerade in Deutschland darf man nicht mehr darauf vertrauen, die Gerichte würden es schon richten: Sie können nur aktiv werden, wenn sich ein Kläger findet. Insoweit hat eine staatliche Behörde strukturelle Vorteile, während die Selbsthilfe bis auf weiteres nur als ultima ratio in Betracht kommt.

³² BGHZ 5, 62 = NJW 1952, 458 (Großer Senat in Zivilsachen); weiter BGH NJW 1958, 710, 711; OLG Stuttgart NJW 1984, 1904

³³ Näher dazu Däubler, Das partielle Arbeitsverhältnis, FS Buchner, 2009 (im Erscheinen)