

# Wolfgang Däubler

## Befreiung der Arbeit – Auf den Krücken des Arbeitsrechts?

1. In der Wissenschaft wie in der gewerkschaftlichen Praxis ist man sich weithin einig: In der BRD sind die Arbeitsbeziehungen in hohem Maße verrechtlicht. An die Stelle einer offenen Austragung von Konflikten tritt die Berufung auf bestehende Rechte und ihre Durchsetzung in gerichtlichen Verfahren. Ob es um Sozialversicherung oder Kündigungsschutz, um Tarifverträge oder um Betriebsratsbefugnisse geht – überall stehen Gesetzesvorschriften, BAG-Urteile oder herrschende Kommentarmeinungen bereit, die eine verbindliche Lösung vorschreiben. Dem entspricht eine verbreitete Bewußtseinsstruktur von Betriebsräten und Gewerkschaftsfunktionären, die »das Recht« als ausschließlichen Handlungsrahmen akzeptieren und die sich eine Veränderung der Arbeits- und Lebensbedingungen nur als Rechtsänderung vorstellen können. Diese wird von einem aufgeklärten, für Sachargumente offenen Gesetzgeber erwartet, dessen Aufmerksamkeit auf die bestehenden Probleme gelenkt werden muß. Die Tarifpolitik, d. h. das verbleibende Mittel direkter Interessenwahrung, beschränkt sich im wesentlichen auf den Lohn und andere Gegenleistungen des Arbeitgebers, spart aber die betrieblichen Arbeitsabläufe weithin aus. In den Tarifverträgen wird der von Staat und Öffentlichkeit vorgegebene Rahmen nicht verlassen; »stabilitätswidrige« Abschlüsse sind so gut wie nie zu verzeichnen.

Die Fixierung auf das geltende Recht – gemeinhin mit dem Schlagwort »Legalismus« umschrieben – wird durch die Rechtsvorschriften selbst zumindest gefördert. Ein Ausbrechen aus dem überkommenen System, etwa ein Kampf um andere Arbeitsbedingungen, mehr Mitbestimmung oder effektiven Arbeitsplatzschutz stößt alsbald an juristische Grenzen – sei es, daß die betreffenden Gegenstände nach herrschender Auffassung gar nicht tariflich regelbar sind (so daß ein um solche Ziele geführter Streik rechtswidrig wäre), sei es, daß die Unternehmergrundrechte auf freie gewerbliche Betätigung und auf Eigentum ins Feld geführt werden, die keine weitere Einschränkung vertragen.<sup>1</sup> Erst recht gilt dies für alle Aktionen auf betrieblicher Ebene – den Betriebsrat trifft nach § 74 Abs. 2 BetrVG eine absolute Friedenspflicht, nicht-(offiziell)gewerkschaftliche Streiks sind rechtswidrig, und schließlich darf auch die Gewerkschaft in diesem Bereich

nicht kämpfen, da nach einer neueren BAG-Entscheidung alle jene Sachgebiete vom Streikrecht ausgenommen sind, die im BetrVG Erwähnung gefunden haben.<sup>2</sup> Zur bislang praktizierten kooperativen Gewerkschaftspolitik scheint es keine legale Alternative zu geben.

Die vorrangige, ja überragende Bedeutung des Rechts legt die Vermutung nahe, daß Arbeitnehmern und Gewerkschaften auf diesem Wege »Erfolgsmöglich sind, die etwa in England oder Italien nur in direkter Konfrontation mit dem Arbeitgeber erreichbar wären. Man hat eben – so ließe sich argumentieren – ein großes Stück Freiheit gegen die Garantie zahlreicher Rechte eingetauscht; die Arbeitgeber müssen für die praktizierte Sozialpartnerschaft ihren Preis bezahlen. Wie anders ließe sich sonst der imponierende Katalog von Mitbestimmungsrechten in § 87 BetrVG erklären, verglichen etwa mit den »ärmlichen« Rechten des italienischen Arbeitnehmerstatuts, das schlicht die Meinungsfreiheit am Arbeitsplatz und das Recht auf gewerkschaftliche Betätigung garantiert? Spricht nicht die Tatsache, daß im Jahre 1977 insgesamt 302 106 Klagen von den Arbeitsgerichten erledigt wurden und dabei fast immer die Arbeitnehmer als Kläger in Erscheinung traten<sup>3</sup>, für eine umfassende Problembewältigung durch das Recht? Betrachten wir die Dinge etwas genauer.

2. Das geltende Arbeits- und Sozialrecht erfaßt schon von seinem Gegenstand her nur einen Teil der betrieblichen Existenz des Arbeitnehmers. Während die Gegenleistung des Arbeitgebers weithin durchnormiert ist und selbst dann rechtlichen Regeln folgt, wenn sie nicht tariflich abgesichert wurde, fehlen entsprechende Normen für die Verausgabung der Arbeitskraft: Wie die Arbeit im einzelnen beschaffen ist, welches Tempo z. B. eingehalten werden muß und welche sozialen Kontakte am Arbeitsplatz möglich bleiben, interessiert »die Rechtsordnung« grundsätzlich nicht. Ihrer Grundstruktur nach ist sie auf den Warenbesitzer ausgerichtet, dem ein angemessener Zugang zum Markt garantiert wird. Konkret bedeutet dies, daß der Inhaber der Ware Arbeitskraft innerhalb gewisser Grenzen gegen Beeinträchtigungen seiner Gesundheit geschützt wird und daß sein »Persönlichkeitsrecht« gewisse Eingriffe wie z. B. die unbefugte Weitergabe von Personaldaten, die Diskriminierung aus unsachlichen Gründen usw. verbietet. Von diesem auf die Zirkulation bezogenen Modell wird der Produktionsvorgang als solcher, wird die Art und Weise der Arbeit an Maschinen und der Erbringung von Dienstleistungen nicht erfaßt. Dies führt zu scheinbar erstaunlichen Ergebnissen. So ist es etwa nicht rechtswidrig, wenn ein Arbeiter jede Stunde sechshundertmal denselben Handgriff machen muß, auch wenn ihn diese Tätigkeit im Laufe der Zeit zu sinnvollen Eigeninitiativen unfähig macht. Auf der anderen Seite wäre es ein mit

Schadensersatzsanktionen belegter Eingriff in das Persönlichkeitsrecht, wenn derselbe Beschäftigte ohne seine Einwilligung auf einem Werbefoto für ein potenzstärkendes Mittel erscheinen würde<sup>4</sup> – bei möglichen Beeinträchtigungen der Vermarktungschancen (und seien sie noch so fiktiv) reagiert die Rechtsprechung mit einem außerordentlichen Maß an Sensibilität.

Die Ausklammerung des Arbeitsvorgangs als solchen aus der rechtlichen Reglementierung erfährt in der Praxis einige – allerdings nur marginale – Durchbrechungen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats über die betriebliche Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Ziff. 1 BetrVG) macht nach der Rechtsprechung vor allen sogenannten arbeitsnotwendigen Maßnahmen Halt. So brauchte in einem vom BAG entschiedenen Fall der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht einzuschalten, als er allen in der Margarineherstellung beschäftigten Arbeitnehmern das Tragen von weißen Mützen befahl.<sup>5</sup> Die Forderung nach der Humanisierung der Arbeitsbedingungen, die gerade auf diesen bislang nicht erfaßten Bereich der Verausgabung der Arbeitskraft abzielt, hat in den §§ 90, 91 BetrVG lediglich einen bescheidenen Niederschlag gefunden. Danach besitzt der Betriebsrat nur dann ein Mitbestimmungsrecht, wenn die Arbeitnehmer »durch Änderungen der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsumgebung, die den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit offensichtlich widersprechen, in besonderer Weise belastet« werden. Das bedeutet, daß allenfalls eine Verschlechterung abgewehrt, nicht aber ein inhumaner status quo beseitigt werden kann. Auch gehen Meinungsverschiedenheiten in der Arbeitswissenschaft oder Unklarheiten in den betrieblichen Auswirkungen letztlich zu Lasten des Betriebsrats und der Arbeitnehmer. Ungleich größere Bedeutung kommt unter diesen Umständen einzelnen Tarifverträgen zu, die z. B. bezahlte Erholungs- und Bedürfniszeiten bei Akkordarbeitern oder Mindesttaktzeiten festlegen. Bis heute sind sie allerdings eine absolute Ausnahmeerscheinung<sup>6</sup> – im Regelfall wird die Arbeit im »rechtsfreien« Raum geleistet. Faktisch bedeutet dies, daß insoweit allein das Wort des Arbeitgebers gilt.

3. Auch dort, wo »an sich« arbeitsrechtliche Normen eingreifen könnten, wird die betriebliche Praxis nur teilweise durch das geltende Recht bestimmt. Zu denken ist dabei einmal an Kleinbetriebe mit weniger als fünf ständig beschäftigten Arbeitnehmern: Nach § 1 BetrVG kann dort kein Betriebsrat gewählt werden, nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG versagt der Kündigungsschutz, und häufig scheitert die Berufung auf Tarifverträge schon daran, daß der Arbeitgeber keinem Arbeitgeberverband oder der

Arbeitnehmer keiner Gewerkschaft angehört. Die verbleibenden Vorschriften vermitteln nur wenig Schutz – ein nicht unbeträchtlicher Teil der Arbeitnehmer arbeitet so unter rechtlichen Bedingungen, die der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg erheblich näherstehen als sozialstaatlichen Ansprüchen der Gegenwart.

Zum zweiten existieren zahlreiche Betriebe, in denen zwar das gesamte Arbeitsrecht anwendbar ist, wo es in der Praxis jedoch weithin unbeachtet bleibt. So bestand etwa im Jahre 1968 nur in 6% aller dem BetrVG unterliegenden Betriebe auch tatsächlich ein Betriebsrat.<sup>7</sup> Die »Restgröße« von 94% betraf allerdings vorwiegend kleinere und mittlere Betriebe, doch beschäftigten sie immerhin ein Drittel der vom Gesetz erfaßten Arbeitnehmer.<sup>7</sup> In der Zwischenzeit ist zwar die Zahl der Betriebsräte um einiges angestiegen, doch dürften kaum mehr als 10% der Betriebe erfaßt sein.<sup>8</sup> Das Fehlen des Betriebsrats hat für die betroffenen Arbeitnehmer gravierende Konsequenzen: Hat der Arbeitgeber sich entsprechende Befugnisse im Arbeitsvertrag vorbehalten, so kann er z. B. einseitig Überstunden oder Kurzarbeit anordnen, die Vorgabezeiten beim Akkord ändern oder Versetzungen vornehmen. Bei Kündigungen muß niemand vorher angehört werden, bei Betriebsänderungen, insbesondere bei Stilllegungen entfällt der Sozialplan. Das BetrVG bleibt in solchen Fällen toter Buchstabe.

Auch soweit ein Betriebsrat existiert, bedeutet dies nicht schon die volle Verwirklichung des BetrVG. So hat etwa eine breit angelegte Untersuchung ergeben, daß der Betriebsrat bei der Verhängung betrieblicher Disziplinarmaßnahmen nur in 46% aller Fälle um seine Zustimmung gefragt wird, obwohl er nach der BAG-Rechtsprechung hierin ein volles Mitbestimmungsrecht besitzt.<sup>9</sup> Ein weiteres Indiz liefert die Feststellung, wonach nur in 12% aller Konkursverfahren der im Gesetz vorgesehene Sozialplan mit dem Betriebsrat vereinbart wird.<sup>10</sup>

Das im Betriebsverfassungsrecht offenkundige »Zurückbleiben« der Wirklichkeit vieler Betriebe hinter der Norm läßt sich auch in anderen Teilen des Arbeitsrechts feststellen, ohne daß dort allerdings repräsentative Untersuchungen vorliegen. So weiß man nur wenig darüber, inwieweit Tarifverträge tatsächlich ein nicht unterschreitbares Mindestniveau darstellen, da nur in Einzelfällen die Öffentlichkeit auf Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung in den Betrieben hingewiesen wurde.<sup>11</sup> Sicherlich nicht erreicht ist die volle Lohngleichheit von Mann und Frau bei gleichwertiger Arbeitsleistung.<sup>12</sup> Etwas präzisere Angaben lassen sich zur Einhaltung arbeitschutzrechtlicher Vorschriften machen. So wurde schon Anfang der sechziger Jahre durch empirische Untersuchungen festgestellt, daß über 95% aller Fernfahrer mindestens einmal wöchentlich die für sie geltenden Höchstarbeitszeiten überschreiten.<sup>13</sup> Daß Arbeitsunfälle häufig auf der Nichteinhaltung von Unfallverhütungsvorschriften beruhen, dürfte kaum zweifelhaft

sein. Besonders eingehende Darstellung haben die Verletzungen des Jugendarbeitsschutzgesetzes erfahren.<sup>14</sup> So wurde bei einer repräsentativen Befragung von Berufsschülern in NRW festgestellt, daß 41,8% der Auszubildenden an einem oder mehreren Wochentagen länger als die gesetzlich zwingend vorgeschriebenen acht Stunden gearbeitet hatten. In den Jahren zwischen 1967 und 1970 stellten die Gewerbeaufsichtsämter jährlich zwischen 46 000 und 67 000 Verstöße gegen das Jugendarbeitsschutzgesetz von 1960 fest.<sup>15</sup> Nicht einmal in 4% aller Fälle konnte jedoch eine Sanktion (Verwarnung, Bußgeldbescheid, Strafanzeige, Strafe) verhängt werden.<sup>15</sup> Die tatsächlichen Verstöße werden von Sachverständigen auf etwa 1 Million pro Jahr geschätzt, so daß rund zwei Drittel aller im Arbeitsprozeß befindlichen Jugendlichen betroffen sind.<sup>16</sup>

Wie sind diese zahlreichen Vollzugsdefizite zu erklären? Für den Arbeitgeber als den Organisator von Betrieb und Unternehmen stellen arbeitsrechtliche Normen primär einen Kostenfaktor dar. Die Existenz eines Betriebsrats beeinträchtigt z. B. die Verfügbarkeit der Betriebsratsmitglieder für den Produktionsprozeß, die Ausübung von Mitbestimmungsrechten kann zur Verlangsamung der Entscheidungsabläufe, unter Umständen aber auch dazu führen, daß sich besonders kostensparende Formen der Arbeitsorganisation (etwa die Überwachung aller Arbeitnehmer durch Fernsehkameras) nicht realisieren lassen. Dieselbe Wirkung haben Arbeitsschutzvorschriften sowie die Gleichstellung von Mann und Frau am Arbeitsplatz. Diese »Belastungen« wären an sich nichts Außergewöhnliches, wenn der Arbeitgeber nicht dem Wettbewerb durch andere Unternehmer ausgesetzt wäre, der ihn zu möglichst kostensparender Produktion zwingt. Beginnt man ein Konkurrent, sich des Kostenfaktors »arbeitsrechtliche Schutznormen« teilweise zu entledigen, beschäftigt er z. B. Auszubildende mit Hilfsarbeitertätigkeiten, so bringt er die anderen Unternehmer in eine schwierige Situation: Wollen sie seinem Beispiel nicht folgen, so sind sie ihm gegenüber kostenmäßig benachteiligt. Unter den Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs sind somit Arbeitsrechtsnormen immer in Gefahr, unterlaufen oder offen mißachtet zu werden. Es trübe den Kern der Sache nicht, wollte man dabei von »Unternehmerwillkür« reden; zu kritisieren sind weniger die konkreten Personen als die aus der marktwirtschaftlichen Verfassung folgenden Zwänge. An ihnen ändert auch die verbreitete Konzentration von Kapital und Produktion nichts Grundsätzliches, da Großunternehmen ihrer (meist) höheren Produktivität wegen zwar mehr finanziellen Spielraum besitzen und von daher »belastbarer« sind, jedoch gleichfalls am Ziel optimaler Rentabilität festhalten müssen.

Dem objektiven Arbeitgeberinteresse an der »Unterlaufung« von Arbeitsrechtsnormen steht kein effektives Durchsetzungsverfahren auf Arbeitnehmerseite gegenüber. Liberalen Vorstellungen entsprechend wird ein arbeits-

gerichtliches Verfahren nicht von Amts wegen, sondern nur auf Klage eines Betroffenen eingeleitet. Der Weg zum Gericht, aber auch das gerichtliche Verfahren selbst weist so viele Hindernisse auf, daß – verglichen mit der Zahl der realen Konflikte – der Arbeitsgerichtsprozeß zur Ausnahmeerscheinung wird. Die auf den ersten Blick so eindrucksvolle Zahl von mehr als 300 000 erledigten Klagen pro Jahr erfaßt offensichtlich nur einen Bruchteil der Auseinandersetzungen, die sich zwischen den rund 20 Millionen Arbeitern und Angestellten auf der einen und ihren Arbeitgebern auf der anderen Seite abspielen. Die rechtssoziologische »Zugangsforschung« hat eine Reihe typischer Schwierigkeiten herausgearbeitet, die den einzelnen von einem Gang zum Gericht abhalten. Hervorzuheben sind insbesondere folgende Gesichtspunkte<sup>17</sup>:

– Der einzelne Arbeitnehmer erkennt überhaupt nicht, daß es sich um ein Rechtsproblem handelt. So hält es z. B. der in einem kleineren Handwerksbetrieb beschäftigte Lehrling für eine absolute Selbstverständlichkeit, daß er auch zum Hofkehren und Bierholen abkommandiert wird. Die Ursache wird meist in ungenügender Aufklärung über das bestehende Recht liegen, das sich in seiner Kompliziertheit dem einzelnen ja nicht spontan erschließt.

– Denkbar ist weiter, daß der betroffene Arbeitnehmer zwar der Ansicht ist, »an sich« sei das, was ihm widerfahren sei, rechtlich nicht in Ordnung, daß er jedoch nicht weiß, was er konkret unternehmen soll. Er kennt – etwa als Unorganisierter – niemanden, der ihn beraten könnte, eine eigene Lektüre des Gesetzestextes scheitert aus sprachlichen Gründen.

– Der Arbeitnehmer erkennt zwar das Rechtsproblem, hält jedoch ein gerichtliches Vorgehen für aussichtslos. Er vertraut etwa den Rechtsauskünften, die er in der Personalabteilung erhalten hat.

– Der Arbeitnehmer ist der Auffassung, ein gerichtliches Verfahren sei zu teuer. Dies ist im Arbeitsgerichtsprozeß dann wichtig, wenn der Arbeitnehmer keinen gewerkschaftlichen Rechtsschutz erhält. Bei Streitwerten bis 200 DM lohnt sich wegen der Regelung des § 61 Abs. 1 Satz 2 ArbGG eine Prozeßführung für ihn selbst dann nicht mehr, wenn er in der Sache selbst obsiegt.<sup>18</sup>

– Wichtigste Zugangsbarriere ist jedoch die Befürchtung, daß eine Klageerhebung vom Arbeitgeber als Illoyalität gewertet wird: Damit wären betriebliche Aufstiegschancen, unter Umständen auch der Arbeitsplatz selbst gefährdet. Die Statistik belegt diese Vermutung: So wurden in den sechziger Jahren 80% aller Klagen erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhoben<sup>19</sup> und bei einer 1976 in Berlin durchgeführten Untersuchung ergab sich, daß nur sehr wenige Kläger noch im Betrieb der beklagten Partei beschäftigt waren.<sup>20</sup> Die relativ wenigen Ausnahmen kommen meist aus dem öffentlichen Dienst, wo der Vorgesetzte und manchmal auch der

Personalsachbearbeiter dem gerichtlichen Verfahren u. U. durchaus aufgeschlossen gegenüberstehen: Es beendet nicht nur endlose Auseinandersetzungen, sondern bietet evtl. auch eine entscheidende Legitimation gegenüber dem Rechnungshof. Weitere Ausnahmen sind in Großbetrieben denkbar, soweit es um Arbeitnehmer mit besonderem Kündigungsschutz wie insbesondere Betriebsräte und Schwerbehinderte geht. Die im Regelfall gegebene soziale Ohnmacht des Einzelnen könnte nur durch eine gemeinsame Aktion der ganzen Belegschaft (oder eines wesentlichen Teils) aufgehoben werden: etwas Derartiges sieht jedoch die Prozeßordnung ihrer individualistischen Ausrichtung nach grundsätzlich nicht vor. Was als besonders ausgeprägter Schutz des »einzelnen Rechtsinhabers« erscheint, erweist sich so als effiziente Rechtswegsperre.

Auch wer bis zum Gericht vordringt, kann nicht unbedingt mit Chancengleichheit rechnen. Im Kündigungsschutzverfahren z. B. treten Mechanismen hinzu, die in aller Regel dazu führen, daß der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz endgültig verliert. In vielen Fällen hat er im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung bereits einen neuen Arbeitsplatz: Nach § 100 AFG erhält er Arbeitslosengeld nur dann, wenn er dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht, d. h. zur Annahme einer zumutbaren anderen Arbeit bereit ist. Ist die neue Umgebung einigermaßen akzeptabel, wird der Arbeitnehmer nicht zurückkehren wollen, sondern eher eine Abfindung wählen. Auch wenn die Dinge anders liegen, wenn der neue Arbeitsplatz erheblich schlechter ist oder wenn der Betroffene überhaupt nicht vermittelt werden konnte, wird das Ergebnis in aller Regel kein anderes sein. Zum ersten lassen sich in vielen Kündigungsschutzverfahren die Erfolgsaussichten nicht sicher einschätzen. Ob eine Kündigung wegen Krankheit wirklich gerechtfertigt war, ob das Zuspätkommen für eine verhaltensbedingte Kündigung ausreichte, ob die soziale Auswahl korrekt war – dies alles ist letztlich eine Frage der richterlichen Abwägung, deren Ergebnis schwer vorzusehen ist. Hier alles auf eine Karte zu setzen und auf ein positives Ergebnis zu vertrauen, erscheint vielen Arbeitnehmern verständlicherweise als allzu riskant. Zum zweiten läßt sich gleichfalls nicht voraussagen, ob bei begründeter Klage nicht das Gericht einem Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach § 9 KSchG stattgeben und auf diese Weise das Ziel der Rückkehr an den Arbeitsplatz zunichte machen wird. Zum dritten hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, auch nach verlorenem Prozeß die Wiedereingliederung in den Betrieb zu sabotieren: Er kann die Weiterbeschäftigung verweigern mit der Folge, daß der Arbeitnehmer erneut klagen muß, er kann – was wichtiger sein wird – noch einmal kündigen und so wiederum ein sich unter Umständen über Jahre erstreckendes Verfahren in Gang setzen. Ein Arbeitnehmer, der diese Risiken kennt (oder dem sie von seinem Prozeßvertreter mitgeteilt werden), wird relativ erfreut sein, mit ein paar tausend

Mark Abfindung als »halber Sieger« aus dem Verfahren hervorgehen zu können.

Gibt es neben dem ineffizienten Rechtsschutz andere Mittel, um das Arbeitsrecht durchzusetzen? Insbesondere die Einhaltung des Arbeitsschutzrechts (Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Jugendarbeitsschutz usw.) ist Sache der Gewerbeaufsicht und anderer staatlicher Behörden. Die Schwierigkeit liegt hier jedoch darin, daß zum einen auch in solchen Fällen Zugangsbarrieren auftauchen können, so wenn etwa die Einschaltung der Gewerbeaufsicht als Bruch der Schweigepflicht des Arbeitnehmers angesehen wird; zum anderen sind die Befugnisse der staatlichen Behörden sowie ihre personellen Kapazitäten so beschränkt, daß sie ihren Aufgaben sowieso nur teilweise nachkommen können. So verfügte etwa die Gewerbeaufsicht im Jahre 1977 über 2624 im Außendienst eingesetzte Mitarbeiter, die für rund 1,7 Millionen Betriebe mit 19,7 Millionen Beschäftigten zuständig waren.<sup>21</sup> Ein Beamter hatte daher im Durchschnitt 7492 Arbeitsplätze zu »betreuen« – ein Pensum, das niemand auch nur halbwegs bewältigen kann. In der Tat wurden denn auch nur 20% aller Betriebe kontrolliert – vier Fünftel konnten nicht besichtigt werden.

4. Die Probleme bei der Durchsetzung des Arbeitsrechts legen den Schluß nahe, daß – etwas überspitzt formuliert – der Arbeitnehmer Steine statt Brot erhält, daß das Arbeitsrecht sich als eine Art Beruhigungstherapie erweist, die ein wenig »Härtevermeidung« erreicht, im Gegenzug die Arbeitnehmer jedoch daran hindert, ihre Interessen wirksam zu vertreten. Ist es unter diesen Umständen nicht verführerisch, das gesamte Arbeitsrecht beiseite zu legen und nach nicht-juristischen Alternativen der Interessenvertretung zu suchen? Wäre es nicht sinnvoller, auf die eigene Kraft statt auf die Formulierungskünste von Rechtsanwältinnen und Rechtsschutzsekretären zu vertrauen?

Eine Interessenvertretung im »rechtsfreien« Raum ist weder »exotisch« noch »rechts nihilistisch«: Sie wird in vielen Betrieben auch in der Bundesrepublik praktiziert. Ohne daß man auf ausreichende empirische Untersuchungen zurückgreifen könnte, läßt sich aufgrund zahlreicher Gespräche und Erfahrungen die Aussage machen, daß in Betrieben häufig sogenannte informelle Normen bestehen, die in keiner Weise rechtsverbindlich sind, deren Verletzung jedoch gleichwohl zu erheblichen »Konsequenzen« einschließlich Arbeitsniederlegungen führen könnte. So kann es etwa »selbstverständlich« sein, dem Betriebsrat bestimmte Handlungsmöglichkeiten einzuräumen oder nicht an ein bestimmtes Lohnsystem zu rühren. Soziale Normen dieser Art entstehen nicht nur »naturwüchsig«, d. h. im stillschweigenden Einverständnis aller Beteiligten. In vielen Fällen sind sie

Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen, die u. U. bis zu spontanen Streiks gehen. In solchen Fällen beruhen sie auf »informellen Absprachen«, deren Einhaltung nicht durch die Gerichte, sondern allein durch die Kampfkraft der Belegschaften sichergestellt wird. In England ist diese Art »Festschreibung« erkämpfter Positionen bis heute absolut beherrschend, während die gesetzliche oder vertragliche Fixierung von Rechten die Ausnahme darstellt. Auch in Deutschland war dies so, bevor der Tarifvertrag nach dem Ersten Weltkrieg volle rechtliche Verbindlichkeit erlangte: Vor 1918 gab es fast nur die »soziale Exekution«<sup>22</sup>, d. h. die Entfaltung von sozialem Druck, um nicht oder nur schwer einklagbare Abmachungen in der betrieblichen Realität durchzusetzen.

Die »rechtsfreie« Interessenwahrung hat den großen Vorzug, jedem Beteiligten die Erfahrung zu verschaffen, daß er von der kollektiven Aktion selbst einen Nutzen hat. Unter »Kollektiv« wird dabei keine über den Individuen schwebende Größe mit einem Eigeninteresse verstanden; es geht vielmehr allein darum, durch »Bündelung« von Forderungen und Handlungspotential eine Verbesserung der Arbeits- und Lebensbedingungen zu erreichen, die der Einzelne kraft seiner schwachen (Verhandlungs-) Position nicht erreichen könnte. Das so verstandene kollektive Verhalten ist im Rahmen des Arbeitsrechts nur ausnahmsweise – etwa beim zulässigen gewerkschaftlichen Streik – möglich. Der Ausbau der »nichtjuristischen« Interessenvertretung ist daher eine sinnvolle Forderung. Bei konkreten Konflikten sollte deshalb immer auch die außerjuristische Regelung durch informelle Absprache ins Auge gefaßt werden. Vor 1914 trugen dem die Gewerkschaften sogar in organisatorischer Hinsicht Rechnung, indem die »Arbeitersekretäre« automatisch eingeschaltet wurden und zu entscheiden hatten, ob sie den Weg über das Arbeits- und Sozialrecht beschreiten oder ob sie außerjuristische Mittel einsetzen wollten. Ähnliche Strukturen bestehen heute noch in Großbritannien.<sup>23</sup>

Auf der anderen Seite ist davor zu warnen, die »rechtsfreie« Austragung von Konflikten zu idealisieren. Sind die Arbeitsbeziehungen wie in der Bundesrepublik in starkem Umfang verrechtlicht, wächst die Wahrscheinlichkeit, daß ein derartiges »abweichendes Verhalten« mit Sanktionen belegt wird und etwa eine spontane Arbeitsniederlegung zu fristlosen Kündigungen oder gar zu Schadensersatzansprüchen führt. Die »Schwelle« für eine kollektive Aktion ist daher höher als für die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens – eine Einschätzung, die unter anderem dadurch bestätigt wird, daß die im italienischen Arbeitnehmerstatut eingeräumten Rechte im wesentlichen in kleineren und mittleren Betrieben gerichtlich durchgesetzt werden, wo die Belegschaft geringere Erfahrungen mit kollektiven Aktionen besitzt.<sup>24</sup> Für den großen Bereich der »Betriebe ohne Betriebsrat« bringt die Verweisung auf die »direkte Aktion« daher so gut wie gar nichts.

Wer nicht in der Lage ist, beim Arbeitsgericht die Einsetzung eines Wahlvorstands für die Betriebsratswahl zu beantragen, wird auch keinen Streik organisieren können.

Selbst wenn die Voraussetzungen für gemeinsames Handeln im Grundsatz vorliegen, hat es der Arbeitgeber in der Hand, die rechtlich unverbindlichen Absprachen dann zu verletzen, wenn die Arbeitnehmerseite gerade nicht konfliktbereit ist: Der Unternehmer kann sich den »schwächsten Moment« aussuchen und dadurch die einmal erreichten Erfolge wieder in Frage stellen. Da die informelle Absprache meist nur auf der Ebene eines Betriebs oder Unternehmens möglich ist, hat die Arbeitgeberseite zudem die Chance, die gewerkschaftlichen Kräfte zu zersplittern und jedes einheitliche überbetriebliche Vorgehen zu erschweren. Sich *allein* auf den außerjuristischen Weg zu verlassen, wäre daher ein wenig aussichtsreiches Unterfangen. Die Stabilität und Einheitlichkeit von Rechtspositionen kann so nicht erreicht werden.

5. Wie kann das unter diesen Umständen »unvermeidbare« Arbeitsrecht weiterentwickelt oder umgestaltet werden? Deutscher Gewerkschaftstradition entspricht es, einen Katalog von Forderungen zu präsentieren, die man in der Vergangenheit ausschließlich an den Gesetzgeber adressierte, seit einigen Jahren jedoch auch an das BAG (also den »richterlichen Gesetzgeber«) richtet.<sup>25</sup> Man verlangt etwa die volle Parität im Unternehmen, eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, die Legalisierung von Effektivklauseln, die die in einzelnen Betrieben bezahlten übertariflichen Vergütungen absichern würden, sowie einen besseren Kündigungsschutz: Nicht mehr der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber soll die Arbeitsgerichte anrufen müssen, um das Vorliegen eines Kündigungsgrundes zu klären; bis zur gerichtlichen Entscheidung soll der zur Kündigung anstehende Arbeitnehmer automatisch weiterbeschäftigt werden.<sup>26</sup> Die gesellschaftlichen Voraussetzungen derartiger Rechtsreformen werden dem eingangs geschilderten Grundverständnis entsprechend nicht thematisiert. Etwas überspitzt formuliert handelt es sich um einen »Wunschzettel«, den eine aufgeklärte Parlamentsmehrheit vielleicht nicht schon zum 1. Mai des laufenden, dafür aber zum 1. Mai des nächsten oder des übernächsten Jahres erfüllen soll.

Die Gefahr, daß alles beim alten bleibt, daß das Arbeitsrecht seinen Grundcharakter die nächsten zehn bis zwanzig Jahre hindurch beibehält, besteht gleichwohl nicht. Schon vor Beginn der Rezession Anfang 1974 hat sich in beträchtlichen Teilen der Gewerkschaftsbewegung ein Politisierungsprozeß vollzogen, aufgrund dessen staatliches Recht nicht mehr als »vorgegeben«, sondern als Ergebnis von Interessenkonflikten begriffen

wird. Der Münchner Kongreß der IG Metall über »Streik und Ausspernung« vom September 1973 war das sichtbarste Zeichen dieser Entwicklung. Mit dem Einsetzen der Massenarbeitslosigkeit trat die Kritik am bestehenden Gesetzes- und Richterrecht zunächst in den Hintergrund, da die Sorge um den Arbeitsplatz im Bewußtsein der großen Mehrheit der Mitglieder absoluten Vorrang hatte. Dennoch verschwand diese Position nie völlig von der Bildfläche. Seit den Arbeitskämpfen vom Frühjahr 1978 gewinnt sie zudem wieder an Bedeutung: Die Gefährdung der Arbeitsplätze hat ein solches Maß erreicht, daß nur mit Hilfe neuartiger tariflicher Abmachungen und aufgrund von (sicher voraussehbaren) Streiks eine gewisse Absicherung erreicht werden könnte. Noch stärker ist die traditionelle kooperative Gewerkschaftspolitik durch die Flächenaussperrungen der Arbeitgeber in die Krise geraten: Wiederholen sich die in den letzten 1½ Jahren durchgestandenen Konflikte, so ist jedenfalls nicht auszuschließen, daß keine (oder keine volle) Streikunterstützung mehr bezahlt werden kann. Folge davon wäre, daß ein begonnener Streik zusammenbrechen würde bzw. daß sich die Gewerkschaft zur Vermeidung einer solchen Entwicklung zu einem »Diktatfrieden« bereit erklären würde. Damit hätte sie ihre Rolle als Verhandlungspartner und damit auch ihre Funktion, Konflikte zu absorbieren, weithin verloren. Das aber kann der hauptamtliche wie der ehrenamtliche »Apparat« nicht hinnehmen: Wohl zum ersten Mal in seiner Geschichte hat er ein Eigeninteresse, die Mitgliedschaft zu politisieren und kämpferisches Bewußtsein zur Entfaltung zu bringen, um so einen Streik auch *ohne* Streikunterstützung durchführen zu können. Begreift man das Recht als Lösung eines Interessenkonflikts, deren Inhalt von den jeweiligen Kräfteverhältnissen, d. h. von der eigenen Stärke und vom gegnerischen Widerstand abhängt, so liegt es zumindest nahe, nach Rechtsformen zu suchen, die eine effizientere Interessenwahrung ermöglichen. Für diejenigen Teile der Gewerkschaften, die schon heute einen Konflikt-Kurs steuern wollen, werden dabei aller Voraussicht nach drei Bereiche im Vordergrund stehen:

(1) Notwendig ist zum einen eine Legalisierung betrieblicher Aktionen, konkret: die Anerkennung der Rechtmäßigkeit des sogenannten wilden Streiks. Nur wenn im Betrieb selbst auf die dort anfallenden Probleme notfalls auch mit einer Arbeitsniederlegung reagiert werden kann, läßt sich im Rahmen des ökonomisch Möglichen eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen und ein Abbau von Arbeitsplätzen verhindern. Auf betrieblicher Ebene läßt sich am ehesten auch die bewußtseinsmäßige Verknüpfung zwischen eigenem Betroffensein und angemessener kollektiver Reaktion herstellen. Aufgabe der Gewerkschaft ist es, dies nicht in Betriebssyndikalismus ausarten zu lassen, sondern überbetriebliche Solidarität zu organisieren. Für die volle oder teilweise Anerkennung des »wildem« Streiks bieten

sich verschiedene rechtliche Formen an: Zu denken ist nicht nur an die Einbeziehung in das (als Menschenrecht verstandene) Streikrecht, wie dies in Frankreich, Italien und Spanien der Fall ist. Möglich wäre auch eine innerstaatliche Umsetzung der Streikgarantie des Art. 6 Ziff. 4 der Europäischen Sozialcharta, der nach richtiger Auffassung des Sachverständigenausschusses beim Europarat auch die »nichtgewerkschaftliche« Arbeitsniederlegung garantiert. Denkbar und in Ansätzen schon praktiziert ist weiter eine teilweise Anerkennung betriebsbezogener Arbeitsniederlegungen in Form des Zurückbehaltungsrechts. Danach ist der Arbeitnehmer berechtigt, seine Arbeitsleistung zu verweigern, solange der Arbeitgeber seinerseits nicht alle Pflichten erfüllt. Da dieses Recht auch gemeinschaftlich von allen Betroffenen ausgeübt werden kann, wird es insbesondere dann Bedeutung gewinnen, wenn Arbeitsschutzvorschriften oder Tarifverträge verletzt wurden.

(2) Zweite wichtige Forderung müßte eine Ausdehnung der Tarifautonomie auf alle Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sein. Dies würde insbesondere bedeuten, daß Unternehmerentscheidungen über Rationalisierungen, Betriebsschließungen usw. Gegenstand von Verhandlungen zwischen Gewerkschaften und Unternehmern werden könnten. Nach bisher herrschender Auffassung ist dies nicht so: Unternehmerentscheidungen dürfen zwar durch tarifliche Daten wie z. B. längere Kündigungsfristen, obligatorische Abfindungen usw. beeinflußt werden, sie bleiben jedoch als solche ausschließlicher Gegenstand unternehmerischer Autonomie.<sup>27</sup>

Der Rückgriff auf den Tarifvertrag aber ermöglicht allein, die besonders ausgeprägte Kampfkraft einzelner Arbeitnehmergruppen oder die günstigeren Bedingungen einzelner Branchen ins Spiel zu bringen. Tarifverträge besitzen insoweit Vorreiterfunktion: Sie realisieren bestimmte Ziele, die später vom Gesetzgeber verallgemeinert, d. h. unter anderem auch aus Konkurrenzgründen allen Unternehmern auferlegt werden. Beispiele hierfür bieten die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, der Erholungsurlaub, der Bildungsurlaub sowie die Erweiterung von Betriebsratsbefugnissen.

(3) Ein dritter wichtiger Schritt wäre die Auflösung der individualisierenden Wirkung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens. Nach bisheriger Rechtslage steht im Regelfall des Prozesses ein Arbeitnehmerindividuum dem Arbeitgeber gegenüber. Wird etwa ein Tarifvertrag nicht eingehalten, muß ein einzelner Arbeitnehmer klagen, wird eine Kündigung ausgesprochen, kann nur der Betroffene das Arbeitsgericht anrufen, obwohl auch die übrigen Arbeitnehmer am Ausgang des Verfahrens interessiert sind: Den Arbeitsplatz trotz Rationalisierung, trotz einer kleineren Vertragsverletzung oder trotz nachlassender Leistung zu behalten, ist ein Anliegen, das nicht nur das Kläger-Individuum betrifft. Die »Verdrängung« des kollektiven Moments verzerrt nicht nur die Wirklichkeit, sondern hat auch ganz praktische

Folgen: Während beim Arbeitskampf, beim Tarifabschluß und zum Teil auch in dem einer Kündigung vorausgehenden Entscheidungsprozeß die Arbeitnehmerseite kollektiv auftreten kann, ist sie in der Phase der Rechtsdurchsetzung gewissermaßen atomisiert. Die soziale Ohnmacht des einzelnen Beschäftigten führt – wie bereits dargestellt – dazu, daß während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses außerhalb des öffentlichen Dienstes so gut wie nie prozessiert wird. Genau dieses gravierende Vollzugsdefizit würde dadurch beseitigt, daß auch im Verfahren das gemeinschaftliche Interesse aller zur Geltung gebracht werden kann. Wichtigstes Mittel hierfür wäre ein gewerkschaftliches Klagerecht, d. h. die Befugnis, als Organisation Rechte der Mitglieder gerichtlich geltend zu machen. Nach bisher herrschender Auffassung besteht ein solches Recht nicht<sup>28</sup>, doch müßte gerade hier ein Wandel einsetzen. Noch um einiges wichtiger wäre die Organisation von Massenklagen, wie sie im Frühjahr 1978 durch die IG Metall erfolgte: Das gemeinsame Betroffensein und die Notwendigkeit eines Rückhalts bei den Kollegen wird auch dann nachhaltig deutlich, wenn man gleichlautende Klagen (hier gerichtet auf Lohnzahlung für die Zeit der Aussperrung) beim Arbeitsgericht einreicht.

6. Die hier skizzierten Forderungen bringen insoweit eine neue Qualität von Verrechtlichung, als sie nicht auf Normen hintendieren, die ein bestimmtes unerwünschtes Verhalten mit einer Sanktion bedrohen. Vielmehr geht es darum, effiziente Interessenvertretung zu ermöglichen, d. h. einen festen Rahmen bereitzustellen, innerhalb dessen sich die Gewerkschaftsbewegung entfalten kann: Handlungsmöglichkeiten werden nicht eingeschränkt und auf bestimmte Ziele hin kanalisiert, sondern auf eine sichere Grundlage gestellt. Rechtsnormen dieser Art sind überdies nicht in Gefahr, zu einer Entpolitisierung beizutragen und im Sinne des überkommenen legalistischen Bewußtseins als Konkretisierung vorgegebener Gerechtigkeitsideen verstanden zu werden.

Daneben werden auch in Zukunft Rechtsnormen traditionellen Zuschnitts stehen, die »abweichendes Verhalten« mit Sanktionen belegen. Solange der Gegensatz von Kapital und Arbeit existiert, wird es unvermeidlich sein, gerade durch solche Vorschriften, Grenzen der Inanspruchnahme der Arbeitskraft zu ziehen und die Lohnansprüche der Arbeitnehmer zu garantieren. Insoweit ist es nicht nur hinzunehmen, sondern erstrebenswert, wenn auch die konkrete Arbeitsleistung mehr als bisher durch Rechtsnormen reglementiert wird. Daß sich Fließbandgeschwindigkeit, Taktzeiten, Überforderung und Unterforderung am Arbeitsplatz sowie soziale Kontakte nicht zentral durch einheitliche Regeln, sondern nur betriebsbezogen-dezentral gestalten lassen, liegt auf der Hand. Insoweit kann der Gesundheits-

schutz, wie er sich z. B. in den Unfallverhütungsvorschriften niederschlägt, als Vorbild dienen. Keine Bedenken erweckt auch eine verstärkte Durchsetzung des Rechts in jenen Bereichen, in denen die gemeinsame Kraft der Belegschaften bislang nicht einmal für einen Gang zum Arbeitsgericht ausreicht: In diesen Bereichen stellt selbst die Praktizierung sozialpartnerschaftlicher Bestimmungen einen Fortschritt gegenüber dem bisher herrschenden Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers dar.

#### Anmerkungen

- 1 Vgl. etwa Koller, *ZfA* 1978, 45 ff.
- 2 BAG BB 1977, 544.
- 3 Siehe die Angaben in: *Arbeits- und Sozialstatistik* Heft 4/1978 S. 130.
- 4 So im sog. Herrenreiter-Fall BGHZ 26, 349. Die Tatsache, daß bislang fast nur »hochgestellte Persönlichkeiten« wegen Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts klagten, schließt nicht aus, daß auch ein Arbeiter eine (allerdings in der Regel geringer bemessene) Entschädigung zugestimmt bekäme (vgl. Lau, *DuR* 1976, 313 ff.).
- 5 BAG AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG 1952 Ordnung des Betriebs.
- 6 Wichtigstes Beispiel ist der 1973 erkämpfte Lohnrahmentarifvertrag II für die Metallindustrie Nordwürttemberg-Nordbadens – abgedruckt *RdA* 1974, 174. Zu den Durchsetzungsproblemen s. Steinkühler, *GMH* 1977, 390 ff.
- 7 So die unwidersprochene Aussage des Bundesarbeitsministeriums, mitgeteilt bei Becker/Leimert, *BfStR* 1978, 32 Fn. 3.
- 8 Die Zahl der Betriebsräte stieg von 24 902 im Jahre 1968 über 29 298 im Jahre 1972 auf 34 059 im Jahre 1975 (und damit um 36,7% bezogen auf die Zahl für 1968) – Angaben in *AuR* 1973, 114 und *Quelle* 1976, 122.
- 9 Kaiser/Metzger-Pregizer (Hrsg.), *Betriebsjustiz. Untersuchungen über die soziale Kontrolle abweichenden Verhaltens in Industriebetrieben*, Berlin 1976, S. 86.
- 10 Gessner/Rohde/Strate/Ziegert: *Die Praxis der Konkursentwicklung in der BRD – eine rechtstatsächliche Untersuchung*, Hamburg 1977.
- 11 Vgl. etwa zum Lohnrahmentarifvertrag II Kern, in: Jacobi/Müller-Jentsch/Schmidt, *Gewerkschaften und Klassenkampf*, Frankfurt/Main 1974, S. 37; Steinkühler, *GMH* 1977, 390.
- 12 So der Sozialbericht 1976 der Bundesregierung, BT-Drucks. 7/4953 S. 15; eingehend dazu Däubler-Gmelin, *Frauenarbeitslosigkeit*, Reinbek 1977, S. 36 ff., 43 ff.
- 13 So Mössner, in: Fechner, *Probleme der Arbeitsbereitschaft*, Tübingen 1963, S. 148.
- 14 Hierzu und zum folgenden Diekershoff/Kliemt/Diekershoff, *Jugendarbeitsschutz aus der Sicht Jugendlicher*, 2. Aufl., Essen 1972.
- 15 So die Begründung zum DGB-Entwurf, *RdA* 1973, 319.
- 16 Anders, *Der Betriebsrat*, 1976, 187.
- 17 Die folgenden Ausführungen entsprechen den in *Das Arbeitsrecht*, Bd. 2, Reinbek, August 1979, unter 14.2.1. gemachten.
- 18 Joachim, *DB* 1972, 1068.
- 19 Ramm, in: Naucke/Trappe, *Rechtssoziologie und Rechtspraxis*, Neuwied und Berlin 1970, S. 169.
- 20 Vgl. dazu Blankenburg/Rogowski/Schönholz, *Phänomene der Verrechtlichung und ihre Folgen, Beobachtungen am Arbeitsgericht*, Berlin 1977 (vv. Diskussionspapier des WZB).

- 21 Angaben nach dem Unfallverhütungsbericht der Bundesregierung für das Jahr 1977, BT-Drucksache 8/2328, S. 52 ff.
- 22 So Kahn/Freund, »Funktionswandel des Arbeitsrechts«, in: Ramm (Hrsg.), *Arbeitsrecht und Politik*, Neuwied und Berlin-Spandau 1966, S. 216/217 im Anschluß an Sinzheimer.
- 23 Näher dazu Reifner/Gorges, »Alternativen zur Rechtsberatung«, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 6, Opladen 1979 (im Erscheinen).
- 24 Pedrazzoli, *DuR* 1978, 142.
- 25 Wichtig etwa die Beschlüsse des 11. Ordentlichen Gewerkschaftstags der IG Metall zum »Gewerkschafts- und Arbeitskämpfrecht«, wiedergegeben in *RdA* 1974, 372.
- 26 Zum Diskussionsstand vgl. etwa Klees, *BfStR* 1978, 178; Löwisch, Beilage 7/1978 zu *DB*; Körnig/Reinecke, *AuR* 1978, 193 ff. sowie aus der Rechtsprechung BAG *DB* 1977, 2099 einerseits und LAG Hamburg *NJW* 1979, 127 andererseits sowie den Vorlagebeschuß BAG BB 1979, 165.
- 27 Nachweise bei Däubler, *Das Arbeitsrecht*, Band 1, 2. Aufl., Reinbek 1977, S. 101 ff.
- 28 Ablehnend BAG AP Nr. 7 zu § 256 ZPO sowie die h. M. in der Literatur. Anders Däubler/Hege, *Tarifvertragsrecht*, Baden-Baden 1978, S. 178 ff. sowie der 4. rechtspolitische Kongreß der SPD, Arbeitsrechtliche Arbeitsgemeinschaft, in: Posser/Wassermann (Hrsg.), *Freiheit in der sozialen Demokratie*, Karlsruhe 1975, S. 267.