

BERND RÜTHERS

## Arbeitsrecht im Wandel der Industriegesellschaft

### A. Das Problem

#### I. Der Wandel der Arbeitswelt

Wir haben vier eindrucksvolle Berichte über grundlegend gewandelte Technologien und deren Folgen in wichtigen Funktionsbereichen einer hochentwickelten Industriegesellschaft gehört. Frau *Noelle-Neumann* hat zudem über den von ihr seit Jahren beobachteten Wertewandel berichtet, den sie seit langem in den Vorstellungen der Arbeitnehmer mit demoskopischen Methoden mißt und in seinen Wirkungen auf das Arbeitsverhalten zu analysieren sucht.

#### These 1

*Die in den fünf bisherigen Referaten dargestellten Tatsachen und Zusammenhänge kennzeichnen den Tatbestand einer Umwälzung.*

Das geht – überzeugte Marxisten mögen sich freuen! – von einer Veränderung der „Produktionsverhältnisse“ aus, also von dem, was Marxisten als „Basis“ vom „Überbau“ unterscheiden. Der Tatbestand dieser Umwälzung ist bereits heute unbestritten, obwohl wir ganz am Anfang der neuen Entwicklungen stehen. Ihr Ausmaß und ihre Folgen liegen noch weitgehend im Dunkeln oder Halbdunkeln einer ungewissen Zukunft.

Der Prozeß hat, wie wir gehört haben und wie jeder in Teilbereichen aus eigener Anschauung weiß, in besonderem Maße das *Arbeitsleben* ergriffen. Hier entstand und entstehen fast täglich neue Rechtsprobleme durch technologisch veränderte Arbeitsprozesse und Arbeitsbedingungen. Die neuen Rechtsprobleme erfordern systemkonforme Lösungen, wenn die Funktionsfähigkeit der Rechts-, Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung gewahrt bleiben soll. Auftretende Steuerungsprobleme und Interessenkonflikte müssen sachgerecht entschieden werden können.

## II. Existenzängste der Arbeitnehmer und der Gewerkschaften

Die einschneidenden Veränderungen der gesamten Lebenswelt und zugleich der Rolle und Stellung des Menschen im Arbeitsprozeß haben starke emotionale, irrationale und metaphysische Aspekte.

### These 2

*Wie in allen Zeiten des Umbruchs haben heute viele Menschen, vor allem Arbeitnehmer, Unbehagen, ja Angst vor der Zukunft. Diese Lebens- und Zukunftsangst wird von bestimmten Medien und politischen Gruppen systematisch vermarktet.*

Angst kann große Energien freisetzen, kann gegen Widerstände aller Art das notwendige Handeln anregen und durchsetzen, kann aber auch Lähmung und Zerstörung bewirken, wenn etwa Bilder oder Maschinen gestürmt und Betriebe besetzt oder belagert werden (Arbeitskampf 1984).

Viele Arbeitnehmer und manche Gewerkschaften zeigen Angstreaktionen. Das ist verständlich. Die neuen Technologien bedrohen das bisherige Weltbild der Arbeitnehmer:

Menschliche Arbeit wird in erheblichem Umfang durch Maschinen übernommen, welche dieselben Leistungen schneller, genauer und kostengünstiger erbringen. Die Folge sind – nach Branchen verschieden – erhebliche *Arbeitsplatzverluste*. Sie treffen nicht nur Ungelernte und Angelernte, sondern auch qualifizierte Facharbeiter bis zum Schwund ganzer Berufsbilder („Setzer“).

### These 3

*Menschliche Arbeit wird fortschreitend ersetzbar und dadurch ideell wie materiell von einer Entwertung bedroht. Sie wird quasi eine dispositive Größe unternehmerischer Kostenkalkulation.*

Das deutliche Überangebot an Arbeitskräften relativiert den Wert des Faktors Arbeit zusätzlich (Lohntarife in der Metallindustrie 1981–1983, Steigerungen jeweils an oder unter der Inflationsrate).

### These 4

*Starke Gewerkschaften sind ein notwendiger Ordnungsfaktor in einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung. Systemloyalität ist jedoch nur von Partnern zu erwarten, die ihre Aufgaben ohne reale Existenzangst wahrnehmen können.*

Als Hinweis und Anschauungsmaterial können die letzten Arbeitskämpfe in der Druckindustrie und in der Metallindustrie dienen. Sie legen aus meiner Sicht diese Schlußfolgerungen nahe:

- Das schon traditionell schlechte Sozialpartnerklima im Druck- und Metallbereich wurde durch die Auswirkungen der Wirtschafts- und Beschäftigungskrise zusätzlich verschärft.
- Die „angreifenden“ Gewerkschaften IG Druck und IG Metall haben nach ihrem Selbstverständnis
  - a) ein vergleichsweise hohes Restpotential klassenkämpferischen Ideengutes (Neo-Marxismus);
  - b) eine Führungsrolle im Rahmen der Arbeiterbewegung. Sie fühlen sich als tarifstrategische Vorhut des DGB.
- Beide Gewerkschaften des letzten Arbeitskampfes haben existentielle Strukturprobleme
  - a) Die IG Druck hat den Berufsstand der Setzer verloren, ihre traditionelle „Elite-truppe“ der Facharbeiter des Druckgewerbes.
  - b) Beide Gewerkschaften haben in ihren Bereichen erhebliche Arbeitsplatzverluste und Mitgliederverluste zu beklagen.
  - c) Die IG Metall mußte über mehrere Jahre hin – entgegen der Tradition ständiger Entgeltsteigerungen – Verluste beim Reallohn tarifvertraglich mittragen.
  - d) Beide Gewerkschaften haben mit dem offenkundigen Ende der Lohnexpansion Attraktivitäts- und Legitimitationslücken gegenüber der Mitgliedschaft sowie Solidaritätskonflikte gegenüber den Arbeitslosen durchzustehen.

Aus dieser Sicht der Gewerkschaftsführer ist die frühzeitige Verhärtung der letzten Tarifrunde besser zu verstehen. So erklärt sich u. a. auch die Häufung von teils gewerkschaftlich organisierten, teils gewerkschaftlich geduldeten Exzessen während der letzten Arbeitskämpfe.

### III. Die Krise der Arbeitsbeziehungen

Alles in allem: Die gegenwärtige Lage der Arbeitsbeziehungen in der Bundesrepublik zeigt zwei komplexe Problemfelder, die auf vielfältige Weise miteinander verflochten sind. Das *eine* wird durch den Einfluß *neuer Technologien* gekennzeichnet. Das *andere* wird durch die neunjährige Beschäftigungskrise hervorgerufen. Dabei gibt es vielfältige Wechselwirkungen. Die Technologien beeinflussen den Arbeitsmarkt. Sie ermöglichen branchenspezifische Ersetzungen menschlicher Arbeit in einem lange übersehenen, jedenfalls falsch eingeschätzten Ausmaß. Zusätzlich beschleunigen die hohen Entgelte am deutschen Arbeitsmarkt (im internationalen Vergleich) sowohl die Rationalisierungsstrategien, wie auch die Verlagerung neuer Produktionsstätten in Länder mit niedrigeren Arbeitskosten bei gleichem Qualitätsstandard.

Wir stehen unvermeidbar an der Grenze zur ökonomischen Analyse der Arbeits-

marktlage. Aber das liegt außerhalb meines Themas und meiner fachlichen Zuständigkeit. Sicher ist dies:

### These 5

*Wir leben in einer Krise der Arbeitsbeziehungen. Diese Krise wirkt sich auf allen Ebenen des Arbeitslebens aus.*

Diese Verschärfung der Arbeitsbeziehungen hat Folgen:

- Die Handlungs- und Entscheidungsspielräume der Beteiligten sind kleiner geworden.
- Die Beziehungen der Sozialpartner haben sich in den letzten Jahren zunehmend von der Kooperation zur Konfrontation entwickelt.
- Die über Jahrzehnte hin bewährten und eingeübten Verhaltensmuster beider Seiten bewirken oft keine Lösungen der anstehenden Probleme und Konflikte mehr.

## B. Funktionen und Wirkungsweisen des Arbeitsrechts

### These 6

*Das Arbeitsrecht hat gerade die zentrale Aufgabe, die geschilderten komplexen Arbeitsbeziehungen in einer Industriegesellschaft in einer systemverträglichen Weise zu regeln und zu kanalisieren.*

*Krisenhafte Arbeitsbeziehungen bedeuten daher eine Belastungsprobe des Arbeitsrechts.*

Damit wird zugleich die Frage nach den Grenzen der Leistungsfähigkeit, also der Regelungs- und Geltungsmacht des Arbeitsrechts aktuell.

Die Veranstalter dieser Gespräche setzen im Anschluß an die Bestandsaufnahme offenbar ihre Hoffnung darauf, das Arbeitsrecht und das Sozialrecht könne das Instrumentarium bieten, mit dessen Hilfe sich die gewandelten Strukturen der Arbeitswelt systemkonform ordnen und festigen ließen. Diesem Zweck sind die restlichen Referate und Diskussionen des Tagungsprogrammes gewidmet.

Vor so hochgespannten Erwartungen beschleichen *einen Arbeitsrechtler* Zweifel, die sich nicht (allein) auf falsche Bescheidenheit gründen. Zweifel und Neugier sind wichtige Motoren wissenschaftlicher Erkenntnisse. Ich versuche daher für meinen Teil, diesen Zweifeln nachzugehen und das vom Arbeitsrecht Erwartbare anzudeuten.

Die erste Frage lautet:

Was kann das Arbeitsrecht nach seiner Zweckbestimmung und der historischen Erfahrung angesichts der schwierigen Lage im Umbruch der Industriegesellschaft leisten? Was ist von ihm bei realistischer Betrachtung zu erwarten?

## I. Entstehungsgeschichte und Zwecke

Die Antwort wird erleichtert durch einen kurzen Blick auf die Entstehungsgeschichte und die Zwecke arbeitsrechtlicher Normsetzung bis zum Ausbau einer eigenen Rechtsdisziplin.

Aufgrund seiner historischen Ausgangslage hatte das Arbeitsrecht – außerhalb der marxistisch-revolutionären Theorie – zwei Hauptaufgaben:

- Es sollte dem sozialen Schutz der verelendeten Proletariermassen im 19. Jahrhundert dienen.
- Es sollte durch wirksamen Sozialschutz den „vierten Stand“ in das bestehende politische System integrieren und dieses damit re-stabilisieren.

## II. Weisungsberechtigte und Weisungsgebundene

### These 7

*Das Arbeitsleben der uns bekannten Industriegesellschaften ist hierarchisch organisiert. Einer vergleichsweise kleinen Zahl von Weisungsberechtigten („Arbeitgebern“) steht eine große Zahl von Weisungsgebundenen („Arbeitnehmern“) gegenüber. Die Weisungsgebundenheit der so „Abhängig-Tätigen“ ist im Arbeitsvertrag rechtlich verankert und gewährleistet.*

Dieser Tatbestand der Weisungsgebundenheit der „Arbeitnehmer“ oder „Werk-tätigen“ ist kennzeichnend für alle Industriegesellschaften, ein organisationsbedingtes Merkmal. Er gilt „systemneutral“ und systemübergreifend, also unabhängig von der sonstigen Systemideologie („Kapitalismus“, „soziale Marktwirtschaft“ oder „realer Sozialismus“). Weisungsberechtigte und Weisungsgebundene haben ihrer verschiedenen Rolle entsprechend unterschiedliche Interessen. Es besteht eine quasi naturwüchsige Interessendifferenz zwischen beiden Gruppen.

Dieser potentielle Interessengegensatz ist eine fundamentale Gegebenheit *aller* Industriegesellschaften. Seine Ausprägung ist je nach den systemspezifischen, grundlegenden Fakten und Prinzipien verschieden. Ich versage mir aus Zeitgründen einen Vergleich mit realen marxistischen Arbeitsverfassungen. Eine Feststellung ist wichtig:

## III. Arbeitsrecht als Stabilitäts- und Integrationsinstrument

### These 8

*In allen Industriegesellschaften dient das Arbeitsrecht dazu, die aus dem hierarchischen Aufbau vorgegebenen Interessenspannungen und -konflikte zwischen Wei-*

*sungsberechtigten und Weisungsabhängigen rechtlich einzubinden und dadurch beherrschbar und systemverträglich zu machen.*

Das hier angedeutete Konfliktpotential zwischen Weisungsberechtigten und Weisungsabhängigen ist ein *systempolitisches* Stabilitätskriterium ersten Ranges.

### These 9

*Stabile Arbeitsbeziehungen sind die Grundlage innenpolitischer Sicherheit und wirtschaftlicher Stabilität in modernen Industrie- und Sozialstaaten.*

Umgekehrt gilt: Erschütterte, krisenhafte Arbeitsbeziehungen schaffen vielfältige Reibungsverluste und Konflikte. Wo das Arbeitsrecht seine befriedende, den Grundkonflikt jeder Industriegesellschaft kanalisierende Kraft verliert, gerät nicht nur das Arbeits- und Wirtschaftsleben in Unordnung. Große Arbeitskonflikte haben vielfältige *politische* Wirkungen. Sie können, wie die Erfahrung zeigt, das gesamte Staatsschiff ins Schlingern, ja in die Gefahr des Kenterns bringen. Dafür gibt es von Weimar und vom 17. Juni 1953 bis Polen 1956, 1971 und 1981 viele Belege.

Die Verknüpfung von Arbeitsfrieden und politischer Systemstabilität gilt ganz besonders für einen Staat, der, wie die Bundesrepublik, über lange Zeiträume seine Rechtfertigung („Legitimität“) daraus abgeleitet hat, daß er „Wohlstand für alle“ versprach und über Jahrzehnte hin auch zu schaffen vermochte. Fällt diese *materielle* und *soziale* Legitimation weg oder gerät sie für breite Schichten in die Zone des Zweifels und der Unsicherheit, so wird unausweichlich die Frage laut: Was ist eigentlich die rechtfertigende Grundlage dieses Staates? Auf welche *gemeinsamen* Überzeugungen der Bürger ist er gegründet?

### These 10

*Eine solche Krise ist also nicht nur Wirtschafts- und Sozialkrise. Sie ist eine Legitimationskrise des politischen Gemeinwesens.*

Sie hat verfassungspolitische Dimensionen:

Sie bewirkt neue Konfliktslagen, neue Kampf- und Anpassungsstrategien der Vertreter gegensätzlicher und konkurrierender Interessen. Die Parteien des Arbeitslebens müssen umdenken. Das ist anstrengend und mit schmerzlichen Einschnitten in gefestigte Bewußtseinslagen und in vertraute Verhaltensgewohnheiten verbunden, die während der Epoche des „Wirtschaftswunders“, des stetigen Wachstums, der Hochkonjunktur und der „Überbeschäftigung“ entwickelt wurden. Die Lohnpolitik und die Arbeitszeitpolitik der *Tarifparteien* sind Musterbeispiele für solche krisenbedingte Anpassungskonflikte.

## C. Die Regelungsinstrumente und -verfahren des Arbeitsrechts

Die nüchterne Einschätzung arbeitsrechtlicher Lösungsansätze setzt eine zutreffende Analyse der verfügbaren Regelungsinstrumente und Regelungsverfahren voraus.

Hier sind drei Arten arbeitsrechtlicher Normsetzung und Gestaltung, drei *Rechtsquellenbereiche* also, zu unterscheiden.

### I. Staatliche Schutzgesetze

Die ursprünglich historisch dominante Form arbeitsrechtlicher Schutzgewährung für die Arbeitnehmer ist das (einseitig) *zwingende staatliche Schutzgesetz*.

*Klassische* Beispiele:

KSchG, MuSchG, JArbSchG, SchwbG.

*Neuere* Beispiele:

Arbeits sicherheitsG, GerätesicherheitsG, StrahlenschutzVO, ArbeitsstättenVO, BetriebsrentenG.

Solche Schutzgesetze sind die staatliche (gesetzgeberische) Reaktion auf konkrete, von den staatlichen Normsetzungsinstanzen als regelungsbedürftig erkannte Gefahrenlagen. Bestimmte Fallgruppen werden mit dem Ziel der sozialen Gefahrenabwehr ausschnittsweise nach dem Stand der jeweiligen Entwicklung und Erkenntnis geregelt. Neue Fakten oder Wertvorstellungen in der Arbeitswelt führen bei den dynamischen, oft rasanten Veränderungen der technischen, ökonomischen und sozialen Strukturen und Bedürfnissen folgerichtig zu häufigen Novellierungen des gesetzlichen Arbeitsrechts bis hin zur Grenze staatlicher Maßnahme- und Einzelfallgesetze.

Dem entspricht die Daseinsform des gesetzlichen Arbeitsrechts. Es führt nach der ebenso launigen wie treffenden Bemerkung meines geschätzten österreichischen Kollegen *Mayer-Maly* eine „Lose-Blatt-Existenz“. Ein einheitliches Arbeitsgesetzbuch gibt es in der Bundesrepublik nicht.

Ich komme darauf zurück.

### II. Soziale Autonomie der Arbeitsmarktparteien

Das zweite arbeitsrechtliche Regelungsinstrument ist eine weitreichende Normsetzungs- und Entscheidungsautonomie der Arbeitsmarktparteien auf verschiedenen Ebenen, die auch als „soziale Selbstverwaltung“ bezeichnet werden kann. Der Staat hat auf mehreren Ebenen seine prinzipielle (sozialstaatliche) Regelungszuständigkeit weit zurückgenommen und an seiner Statt den Parteien des Arbeitslebens weitgehende Normsetzungs- und Entscheidungskompetenzen übertragen. Er geht dabei davon aus, daß durch solche sozialautonomen Regelungsmechanismen ein angemessener Interessenausgleich der Beteiligten eher und besser herbeigeführt werden kann als durch zentralistische staatliche Einheitsregelungen.

### 1. Betriebsverfassung

Die „soziale Selbstverwaltung“ im vorgenannten Sinn hat verschiedene Regelungsebenen:

Das *Betriebsverfassungsgesetz* räumt dem Betriebsrat gegenüber dem Arbeitgeber weitgehende Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte bis hin zur vollen Parität bei *erzwingbaren* Mitbestimmungsangelegenheiten ein. Das Regelungsinstrument ist die erzwingbare Betriebsvereinbarung. Sie regelt mit normativer Wirkung – also wie ein Gesetz – die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten.

Das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ist eine Art betriebliche, gesetzlich erzwungene Dauerpartnerschaft ohne Scheidungsmöglichkeit – wenn man von extremen Ausnahmelagen absieht. Es besteht also ein – weithin von beiden Seiten beachteter – gesetzlich verordneter „Harmonie-Zwang“.

### 2. Unternehmensmitbestimmung

In der *Unternehmensverfassung* ist für Kapitalgesellschaften eine Beteiligung von Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsvertretern in den Aufsichtsräten vorgesehen.

In den verschiedenen Größenordnungen und Wirtschaftszweigen gelten derzeit vier (!) verschiedene Modelle der Aufsichtsratsmitbestimmung.

Unbestreitbar ist diese Unternehmensmitbestimmung neben der betrieblichen Mitbestimmung ein wichtiger Faktor der Integration und Einbindung von Arbeitnehmern und Gewerkschaften in die Arbeits- und Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik.

Ihre Anfänge gehen auf das Betriebsrätegesetz von 1920 zurück. Sie ist in der angedeuteten Form ein spezifisch *deutsches Modell* des friedlichen, kooperativen Interessenausgleichs zwischen Arbeitnehmern, Gewerkschaften, Unternehmensleitungen und Anteilseignern. Sie ist nicht zuletzt aus der nationalen und Sozialgeschichte zweier verlorener Weltkriege mit nachfolgenden Wirtschafts- und Währungskrisen zu verstehen.

Wenn die Bundesrepublik heute noch – im Vergleich zu den westlichen Industrieländern ähnlicher Größe – ein besonders arbeitskampfarmes und sozial-stabiles Land ist (das gilt auch nach der Arbeitskämpfrunde 1984!), dann hat das Kooperationsmodell Mitbestimmung daran erheblichen, ja wahrscheinlich entscheidenden Anteil.

### 3. Tarifautonomie

Das dritte wichtige Instrument sozialer Selbstverwaltung ist die *Tarifautonomie* der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände oder einzelner (großer) Arbeitgeber. Hier werde ich mich im Hinblick auf das Referat von Herrn *Ehmann* auf wenige Grundsätze beschränken.

Es geht in der Tarifautonomie in einem weitgespannten Sinne um „Preisbildung“ am „Arbeitsmarkt“. Dabei ist die Einsicht von Karl *Marx* berücksichtigt, daß die „Ware“ Arbeit in besonders kostbaren Behältnissen, nämlich in solchen von Fleisch und Blut transportiert und gehandelt wird. Der Arbeitsmarkt steht darum unter anderen Gesetzen als die übrigen Waren- und Dienstleistungsmärkte. Zur Bildung angemessener „Arbeitspreise“ gewährleistet die Verfassung in Art. 9 Abs. 3 GG, was die Rechtsordnung sonst zu verhindern oder doch strikt zu kontrollieren sucht, nämlich „Angebots-

kartelle“ = Gewerkschaften und „Nachfragekartelle“ = Arbeitgeberverbände. Auf dieser Grundlage haben sich herausragende private Machtkonzentrationen von einem Ausmaß gebildet, daß sie nicht selten unmittelbar auf das hoheitliche Handeln der Staatsorgane einwirken können oder dies mindestens ständig versuchen. Für die Spitzenorganisationen beider Seiten ist der versuchte Griff zu den Hebeln der politischen Macht, wenn man richtig hinsieht, gleichsam die dauernde satzungsgemäße Aufgabe.

Diesen mächtigen Tarifparteien haben der Verfassungsgeber und der einfache Gesetzgeber eine weitreichende Normsetzungsbefugnis in den normativen Teilen der Tarifverträge verliehen. Die Grenzen dieser Normsetzungsmacht „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ (Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG) sind ebenso vage wie umstritten.

Hier geht es nur um diese Feststellung:

### These 11

*Die Tarifautonomie ist gerade im Hinblick auf neue, unvorhergesehene und rasches Handeln erfordernde Entwicklungen im technischen, ökonomischen und/oder sozialen Bereich ein bewährtes, elastisches und systemkonformes Regelungsinstrument von hervorragender Bedeutung.*

Sie hat in der 35jährigen Geschichte der Bundesrepublik bei der Bewältigung technologisch, ökonomisch oder sozial bedingter Anpassungskrisen an veränderte Rahmenbedingungen des Wirtschafts- und Arbeitslebens vor allem dort Erstaunliches geleistet, wo überbetriebliche Strukturveränderungen durch gezielte Kooperation beider Arbeitsmarktseiten zu bewältigen waren (Bergbaukrise, Tarifpolitik des Baugewerbes, Gemeinsame Einrichtungen, Lohnrahmen II NWNB: Humanisierung der Arbeitswelt, Tarifverträge der Druckindustrie über soziale Auffangregelungen der Folgen rechnergesteuerter Lichtsatzanlagen).

## III. Richterrecht im Arbeitsrecht

Das gesetzliche Arbeitsschutzrecht einerseits und die Ausgleichsmechanismen der „sozialen Selbstverwaltung“ andererseits geben kein vollständiges Bild der Lage und Funktionsweise des Arbeitsrechts heute.

### These 12

*Der parlamentarische Gesetzgeber tut sich im Arbeitsrecht bei strategischen, d. h. über soziale Not- und Feuerwehrmaßnahmen hinausreichenden Regelungen außerordentlich schwer. Er ist teils regelungsunfähig, teils regelungsunwillig, nicht selten beides zugleich! Das Zögern und die partielle Funktionsunfähigkeit der parlamentarischen Gesetzge-*

*bung führten und führen zu einer besonders umfangreichen, man darf ohne Übertreibung sagen, exzeptionellen normsetzenden Tätigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit, speziell des Bundesarbeitsgerichts. „Das Richterrecht ist unser Schicksal!“.*

Das Thema „Richterrecht“ im Arbeitsrecht kann und soll hier nicht in allen seinen Dimensionen abgehandelt werden. Es hat aus meiner Sicht seine Schwerpunkte im Bereich des Verfassungsrechts und der schleichenden Machtverschiebung vom Parlament auf die Judikative. Andererseits ist das Thema Richterrecht bei der Frage nach der Bewältigung und Steuerung des Wandels der Industriegesellschaft zu wichtigen Teilen unvermeidbar.

Zwei Umstände geben zu denken:

Wir haben 35 Jahre nach Gründung der Bundesrepublik noch kein gesetzliches Arbeitskampfrecht und werden ein solches in absehbarer Zeit auch nicht bekommen. Der parlamentarische Gesetzgeber ist in der konkreten Verfassungslage der Bundesrepublik außerstande, diese verfassungsrechtlich wie -politisch dringende Aufgabe auch nur ernstlich anzugehen.

Wir haben ebenfalls – anders als in vielen anderen Ländern – kein einheitliches Arbeitsgesetzbuch. Die dazu 1971 berufene Regierungskommission wurde 1977 in den einstweiligen Dauerruhestand versetzt. Schon der Entwurf eines bescheidenen Arbeitsverhältnissesgesetzes als quasi erstes Kapitel eines Individualarbeitsrechts erwies sich als möglicher Sprengsatz für die sozial-liberale Koalition.

Fazit:

### These 13

*In zentralen Grundsatzfragen des gegenwärtigen Arbeitsrechts herrscht ein beklagenswerter Mangel an ordnungspolitischen Entscheidungen der verfassungsmäßigen Gesetzgebungsinstanzen. Der Grund dafür ist die fehlende Entscheidungsfähigkeit des Parlaments, weil solche Gesetzesvorhaben sowohl den Zusammenhalt der jeweiligen Regierungsmehrheit als auch den innenpolitischen Frieden zwischen Regierung und sozialen Koalitionen in Frage stellen könnten.*

Diese Untätigkeit des Gesetzgebers zwingt die zuständige Gerichtsbarkeit zur Ersatzgesetzgebung. Damit werden, wie die Beispiele Arbeitskampfrecht und Arbeitsgesetzbuch zeigen, systemkonstituierende Wertentscheidungen entgegen dem Grundsatz der Gewaltentrennung dauerhaft von der Legislative auf die Judikative übertragen. Die daraus folgenden, auch politisch relevanten Kompetenz- und Machtverschiebungen liegen auf der Hand. Die Gerichte werden so zudem mehr und mehr in die Leidenschaften des politischen Regelungskampfes verstrickt. Hinzu kommt, daß manche Gerichte und manche Gerichtspräsidenten in der Vergangenheit deutlich gemacht haben, wie aus der *Last* der Ersatzgesetzgebung auch eine *Lust* werden kann, aus Regelungs*zwang* durch Gewöhnung und Erfahrung, Regelungsfreude, Freude an der Regelungsmacht.

Andererseits ist unverkennbar:

**These 14**

*Richterrecht ist unter den Gegebenheiten eines demokratischen Rechtsstaates kontinental-europäischen Typs eine Kategorie des Notrechts. Ihm haftet die Zweitrangigkeit der Normsetzungsinstanz Judikative an. Das Parlament hat die Prerogative. Richterliche Ersatzgesetzgebung produziert folgerichtig Gesetzgebungsersatz.*

Die Nachteile des Richterrechts – und das bringt uns wieder auf unser Thema vom technologischen Wandel der Industriegesellschaft zurück – werden gerade dort besonders deutlich, wo es grundlegend neue Problemlagen rechtlich zu erfassen und zu gestalten gilt.

Die Frage lautet:

## D. Wo liegt die Regelungsmacht für die neuen Probleme?

**These 15**

*Die Bewältigung der grundsätzlich neuen Problemlagen und Strukturentscheidungen in der Arbeitswelt setzt klare Gestaltungskonzepte der normgebenden Instanzen voraus.*

### I. Die Komplexität der Problematik

Schwierig ist bereits die Problemerkfassung. Ich nenne einige Fragen:

Haben wir es mit einer temporären, befristeten Zuspitzung neuer Spielarten der altbekannten sozialen Schutzprobleme am Arbeitsmarkt zu tun oder stehen wir vor einer epochalen Umwälzung der Arbeitswelt, welche die Arbeits- und Lebensbedingungen grundlegend verändert?

Werden die neuen Produktions- und Kommunikationsmittel die menschliche Arbeit als ein Mittel der ökonomischen Existenzhaltung in Frage stellen oder teilweise überflüssig machen?

Wird damit der Zusammenhang von Arbeitsfreude und Sinnerfüllung, wie er jahrhundertlang europäischer Wertetradition entspricht („ora et labora“) gelockert oder geht er gar verloren?

Ist das Ziel der Bemühungen die Erhaltung der traditionellen Arbeits- und Pflichtethik oder ist es geboten, den sittlichen Wert der Arbeit, wenn sie denn immer knapper und zuteilungsbedürftiger werden sollte, neu zu bestimmen?

Die wenigen Fragen zeigen, welche Reichweite die anstehenden Regelungsprobleme für ein umfassendes humanes Existenzverständnis haben.

## II. Die Funktionsgrenzen des Parlaments

Die *arbeitsrechtlichen* Aspekte sind nur ein Teil der komplexen Problematik. Schauen wir auf die potentiellen Normsetzungsinstanzen, die für eine Regelung in Betracht kommen, so ergibt sich nach dem vorher gegebenen Überblick der traditionellen Normsetzungspraxis im Arbeitsrecht folgende – subjektive und zweifelhafte – Prognose.

### These 16

*Der parlamentarische Gesetzgeber wird sich im Zweifel nur zu solchen Regelungen aufraffen, für die relativ breite und parteipolitisch koalitionsübergreifende Mehrheiten erwartbar sind.*

Das Betriebsverfassungsgesetz 1972 und das Mitbestimmungsgesetz 1976 bieten hier einschlägige Beispiele. Arbeitsrechtliche Regelungen mit knappen Regierungsmehrheiten sind Belastungsproben sowohl für die jeweilige Koalition als auch für den inneren Frieden. Die Regelungs- und Entscheidungsfähigkeit des Parlaments in gesellschaftspolitischen Grundsatzfragen ist ein dauerhaftes Problem der repräsentativen Demokratie in ihrem Verhältnis zur Mitregierung der Verbände. Zudem fehlt, soweit erkennbar, den regelungskompetenten politischen Instanzen ein plausibles Konzept. Wir tappen, wenn ich das als subjektiven Eindruck äußern darf, sowohl was das Ausmaß, die Folgen als auch die Geschwindigkeit der Strukturveränderungen der Arbeitswelt betrifft, weitgehend gemeinsam im Dunkeln, bestenfalls im Halbdunkel.

## III. Die Elastizität der sozialen Autonomie

### These 17

*Die Regelungsinstrumente der sozialen Selbstverwaltung (Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag und Unternehmensmitbestimmung) haben gegenüber der staatlichen Normierung des Arbeitslebens (Gesetzgebung und Richterrecht) den in seiner Bedeutung bisher kaum voll erkannten und genutzten Vorteil größtmöglicher Elastizität gegenüber neuen Sachverhalten, Wertungsprioritäten und Regelungsbedürfnissen.*

Das staatliche Arbeitsrecht ist seiner Entstehung und Bestimmung gemäß in der Regel auf die bundeseinheitliche und (einseitig) zwingende Normierung bestimmter Sachverhalte ausgerichtet. Es ist, einmal in Kraft gesetzt, starr und schwer abänderbar, kennt selten regionale, branchenspezifische oder ausreichende, nach der Größe der Unternehmen abgestufte Differenzierungen. Es arbeitet im großen und ganzen nach dem „Rasenmäher-Prinzip“.

Dieser Trend zu Einheitsregelungen hatte in Zeiten der Hochkonjunktur und der

Überbeschäftigung auch die Regelungspraxis der sozialen Selbstverwaltung, besonders die Tarifpolitik beider Seiten erfaßt. Bis in die letzten Monate hinein war und ist die Praxis der sog. Bundeseinheitstarife für ganze Wirtschaftszweige trotz starker regionaler Konjunktur- und Ertragsdifferenzen zu beobachten.

Diese Praxis hatte plausible Entstehungsgründe. Sie läuft jedoch, wie jetzt auch Vertreter von Spitzenverbänden erkannt und offen bekannt haben, der quasi-marktwirtschaftlichen Preisbildungsfunktion der Tarifautonomie am Arbeitsmarkt zuwider. Sie ist unter den gewandelten Umständen zweifelhaft, ja tarifpolitisch wie ökonomisch unsinnig geworden.

## These 18

*Der neue Trend zu sinnvollen Differenzierungen der Arbeitsbedingungen hat im letzten Arbeitskampf sein Schlagwort erhalten. Es heißt „Flexibilisierung“. Das ist kein auf die Arbeitszeitverteilung begrenztes Problemfeld.*

Die von den Tarifparteien in der Arbeitszeitfrage freiwillig – ohne jeden Druck der Schlichter – vollzogene Trendwende zur Auflockerung und Differenzierung der Arbeitsbedingungen nach technischen, ökonomischen und sozialen Gesichtspunkten ist kein punktuell und isoliert zu sehender Vorgang. Ihm liegt die Einsicht zugrunde, daß die totale Einheit und Starrheit der kollektiven Arbeitsbedingungen von Kiel bis Konstanz kein quasi naturrechtliches und überzeitlich gültiges Prinzip der Tarif- und Betriebsgestaltung sein muß. Die Aufrechterhaltung sachwidrig gewordener Einheitsregelungen bei ungleichen Branchen- oder regionalen Verhältnissen kann dazu beitragen, die ohnehin schwierige Arbeitsmarktlage weiter zu verschärfen und die Beschäftigungsinteressen der Arbeitnehmer zu schmälern.

In diesem Sinne gilt:

Die „Flexibilisierung“ stößt, wie das Beispiel Arbeitszeit zeigt, bei den Konservativen und Traditionalisten beider Arbeitsmarktparteien auf Widerstände. Das hat Gründe. Sie erfordert weit mehr Regelungsphantasie als der Einheitseintopf egalitärer Lösungen. Sie verlagert teilweise Regelungs- und Entscheidungskompetenzen auf unsere Ebenen, schmälert also den Einfluß und die Macht der Verbandsspitzen.<sup>1</sup>

Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen kann die Ausprägung unterschiedlicher Arbeitnehmergruppen, kann Einkommens- und soziale Rangunterschiede innerhalb der Arbeitnehmerschaft fördern. Wer Anhänger einer möglichst egalitär gedachten und organisierten Arbeitnehmerschaft ist, hat Schwierigkeiten, die Notwendigkeiten und die Chancen der Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen, die auch und gerade im Interesse der Arbeitnehmer liegen, kurzfristig zu erkennen.

<sup>1</sup> Verbände sind ihrer Organisationsstruktur entsprechend unbeweglicher als Unternehmer und Betriebe. Auch Großunternehmen sprechen auf Steuerungsmanöver langsamer an als kleine und mittlere Unternehmens-einheiten. Der Widerstand gegen neue Strukturvorschläge ist daher in Großunternehmen regelmäßig wirksamer.

### These 19

*In der Durchführung kann die Flexibilisierung für einzelne Arbeitnehmergruppen zusätzliche soziale Schutzprobleme und das Risiko von Einkommensminderungen mit sich bringen. Sie muß also von den Arbeitsmarktparteien in sozial vertretbarer Weise organisiert werden.*

Andererseits liegt in der sachgerechten Differenzierung und Flexibilisierung der kollektiven Arbeitsbedingungen eine große systemkonforme Chance, die Herausforderungen zu bewältigen, die von den Strukturwandlungen der Arbeitswelt an das Arbeitsrecht gestellt werden.

### These 20

*Die Hauptlast der Bewältigung neuer Gegebenheiten in der Arbeitswelt wird auf die Regelungsmechanismen der sozialen Autonomie der Arbeitsmarktparteien zukommen, also durch Tarifverträge, Unternehmensmitbestimmung und Betriebsvereinbarungen zu tragen sein.*

Dieses dreistufige System der Mitbestimmung, das unser Modell des sozialen Interessenausgleichs bisher geprägt hat, und um das uns viele andere Industrieländer beneiden, steht hier vor einer entscheidenden Bewährungsprobe. Sie wird nur zu bestehen sein, wenn beide Arbeitsmarktparteien zur Tradition bewährter Kooperation zurückfinden. Dazu gehört u. a., daß beide Seiten die Existenznotwendigkeiten der Gegenseite zutreffend erkennen und in die eigene Strategie der Interessenvertretung einkalkulieren. Das bisher erfolgreich geübte Funktionsschema „Arbeitnehmerforderung ./. Zurückweisung durch die Arbeitgeberseite“ als Weg zu einem fast arithmetisch berechenbaren Kompromiß hat in der Wirtschafts- und Beschäftigungskrise seine lange unbestrittene Erfolgsgarantie und Plausibilität eingebüßt. Die Lage am Arbeitsmarkt und die sich abzeichnenden Strukturveränderungen fordern von beiden Seiten mehr Phantasie und mehr Einfühlungsvermögen in die unabdingbaren Existenzprämissen der gegnerischen Kooperationsbereitschaft.

## IV. Die Rolle der Arbeitsgerichtsbarkeit

Als das Bundesarbeitsgericht sein 25jähriges Jubiläum feierte, konnte der damalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts in seiner Geburtstagsansprache noch die weitgehende grundsätzliche Übereinstimmung der Rechtsprechung seines Gerichts mit den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts hervorheben. In der Zwischenzeit gehen die Auffassungen der beiden Gerichte über das, was letzte Instanzen richterrechtlich an Stelle oder gar abweichend vom Gesetz regeln können, in wichtigen Fragen auseinander.

## These 21

*Vor einer neuen Bewährungsprobe steht das Richterrecht im Arbeitsrecht. Viermal hat das Bundesverfassungsgericht richterrechtliche Normsetzungen des Bundesarbeitsgerichts, dabei auch solche des Großen Senats, aus Verfassungsgründen korrigiert bzw. verworfen.*

Es ging im einzelnen um das Zugangsrecht betriebsfremder Gewerkschaftsbeauftragter zu kirchlichen Einrichtungen,<sup>2</sup> um die Ausschlußklauseln bei betrieblichen Pensionszusagen,<sup>3</sup> um die Annahme unbefristeter Arbeitsverträge für ständige „freie Mitarbeiter“ bei Rundfunkanstalten<sup>4</sup> und um die richterrechtliche Konstruktion einer Gruppe 0 in § 61 Abs. 1 KO für Sozialplanansprüche.<sup>5</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang besonders deutlich zur begrenzten Reichweite des Sozialstaatsprinzips für die richterrechtliche Konstruktion von im Gesetz nicht geregelten neuen Ansprüchen Stellung genommen.

## These 22

*Die Differenz, die sich hier zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Bundesarbeitsgericht in der Frage der Zulässigkeitsgrenzen richterlicher Rechtsfortbildung und richterlicher Gesetzeskorrektur zeigt, ist grundlegender Natur. Sie betrifft Kernfragen der begrenzten Rolle (Zuständigkeit) der Gerichte im gewaltenteilenden Rechtsstaat.*

Das Thema ist mit den genannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zwar in aller Schärfe gestellt, aber nicht etwa gelöst. Die Arbeitsgerichtsbarkeit zeigt traditionell die Neigung, den von ihr sozialstaatlich für geboten erachteten Sozialschutz auch ohne gesetzliche Grundlage und gegen rechtsstaatliche Schranken der Gewaltenteilung richterrechtlich durchzusetzen.

Demgegenüber ist mit dem Bundesverfassungsgericht an der begrenzten Normsetzungskompetenz der Gerichte festzuhalten. Gerichte sind an „Gesetz und Recht“ gebunden. Sie haben die bestehende Rechtsordnung anzuwenden und im Lückenbereich notfalls zu ergänzen und fortzubilden. Ihre Rechtsfortbildungsaufgabe ist jedoch durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzt. Wo danach Raum ist für Richterrecht, weil eine gesetzliche Regelung fehlt (nicht etwa ein bestehendes Gesetz dem Richter mißfällt), dort haben sie die Lücke nach den Maßstäben der Gesamtrechtsordnung auszufüllen. Ihre Aufgabe ist es, die bestehende Rechtsordnung in der Lücke „fortzuschreiben“, nicht aber die vorhandene zu verdrängen und eine neue, ihnen erwünscht erscheinende

<sup>2</sup> E 57, 220 (248).

<sup>3</sup> E 65, 196 (215 ff.).

<sup>4</sup> E 59, 231 ff.

<sup>5</sup> E 65, 182 (191 ff.).

Ordnung richterrechtlich zu erlassen (in diesem Sinne sagt Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen ZBG: Er [der Richter] folgt „dabei bewährter Lehre und Überlieferung“).

Gerichte sind keine Instanzen zur Ersatzvornahme rechtspolitischer Reformstrategien. Solches richterliches Handeln setzt die Normsetzungsregeln der Verfassung und damit das Demokratieprinzip außer Kraft. Das Richterrecht ist daher nur in einem sehr begrenzten Umfang in der Lage, den tiefgreifenden Strukturveränderungen in der Arbeitswelt Rechnung zu tragen.

## E. Funktionsgrenzen und Zweckverfehlungen des Arbeitsrechts

### These 23

*Das Thema „Arbeitsrecht im Wandel der Industriegesellschaft“ hat bei einer Langzeitarbeitslosigkeit von 2.2 Mio Arbeitslosen einen bedrohlichen, ja einen systemgefährdenden Aspekt.*

Die Geschichte mahnt an den Zusammenbruch der Weimarer Republik. Aber auch abgesehen davon, ist der derzeitige Zustand wegen der Menschenwürde der Arbeitslosen vor dem Hintergrund des Wertzusammenhangs zwischen Arbeitsfreude und Selbstwertgefühl nicht akzeptabel. Auf Dauer ist diese Lage ohne große politische Risiken und ohne schwere Systemschäden nicht zu verkraften.

Ich behandle hier noch einen höchst heiklen Problemausschnitt. Es geht darum:

### These 24

*Können arbeitsrechtliche Schutznormen auch gegen den ursprünglichen Normzweck zum Schaden der Arbeitnehmer und ihrer Arbeitsmarktchancen wirken? Das Arbeitsrecht soll die Arbeitnehmer schützen. Kann es ihnen auch schaden? Die Antwort lautet eindeutig: Ja!*

Das bedarf der Erläuterung. Zunächst eine Vorbemerkung:

### These 25

*Arbeitsrechtlicher Sozialschutz kann nicht isoliert betrachtet und verwirklicht werden. Er ist, wenn er seinen Zweck erreichen soll, nämlich den Schutz gefährdeter Arbeitnehmer zu bewirken, an die Funktionsgrenzen des wirtschaftlichen, politischen und rechtlichen Gesamtsystems gebunden.*

Wird etwa die Summe der Kosten des Faktors Arbeit über das Maß der internationalen Wettbewerbsfähigkeit eines Landes hinaus gesteigert, so wirkt sich das unter markt-

wirtschaftlichen Bedingungen auf die Nachfrage nach solchermaßen verteuerter Arbeit, also auf den „Arbeitsmarkt“ aus.

Anders ausgedrückt: Die Kostenfolgen starrer Arbeitsrechtsvorschriften, die in Zeiten der Vollbeschäftigung als sozialer Fortschritt sinnvoll und tragbar waren, können unter gewandelten wirtschaftlichen und Arbeitsmarktbedingungen gegen die Beschäftigungsinteressen der Arbeitnehmer, vor allem der Arbeitslosen, wirken. Dafür gibt es inzwischen vielfältige praktische Beispiele, etwa im überzogenen individuellen Kündigungsschutz im Krankheitsfall, in der Überdehnung von Sozialplanansprüchen, bei der Frage der Urlaubsgewährung und in anderen Fallgruppen. Ich wähle bewußt ein abstraktes Beispiel:

Man kann durch Vereinbarung oder im Rahmen der Abwägung zur Sozialwidrigkeit von Kündigungen den Arbeitnehmern über 45 Jahren einen absoluten Kündigungsschutz gegen ordentliche Kündigungen zusprechen. Damit begünstigt man diejenigen, die bereits einen Arbeitsvertrag haben. Wer aber nach dieser theoretisch unterstellten Reform auch nur als 40jähriger einen Arbeitsplatz sucht, wird bald feststellen, daß nunmehr Einstellungen von Arbeitnehmern über 35 die seltene Ausnahme geworden sind.

Der verstärkte Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer führt dazu, daß sich die Nachfrage nach neuen Mitarbeitern nun auf die jüngeren Bewerber konzentriert. Ältere Arbeitnehmer hingegen werden, sobald sie einmal arbeitslos sind, mit erheblichen Wiedereingliederungsproblemen konfrontiert.

Die in diesem Beispiel abstrakt beschriebene Wirkung gruppenspezifischer, hier altersbezogener Kündigungsschutzregelungen hat in der Vergangenheit bereits deutlich Niederschlag in der Arbeitslosenstatistik gefunden. So betrug Ende September 1981 die Arbeitslosenquote der 55 bis 60jährigen 6,6% und der 60- bis unter 65jährigen 11,9%. Demgegenüber waren zum selben Zeitpunkt aus der Gruppe der unter 55jährigen nur 5,3% arbeitslos.<sup>6</sup> Diese Tendenz wäre noch weit deutlicher gewesen, würden nicht älteren Arbeitnehmern durch die arbeitsmarktpolitische Instrumentalisierung der Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrenten sowie der 59er Regelung Wege zum vorzeitigen Ausscheiden aus dem Erwerbsleben eröffnet.<sup>7</sup>

Hier zeigt sich ein simpler, gleichwohl in den letzten Jahren oft übersehener oder verdrängter Zusammenhang. Er besteht zwischen der stetigen Steigerung des Kündigungsschutzes einerseits und der zunehmend geringeren Bereitschaft zum Abschluß neuer Arbeitsverträge andererseits.

Unser Arbeitsvertragsrecht wird vom Grundsatz der *Abschlußfreiheit* beherrscht. Niemand kann rechtlich gezwungen werden, neue Arbeitsverträge einzugehen. Andererseits ist durch den gesetzlichen, mehr noch den richterrechtlichen Ausbau des Kündigungsschutzes der rechtliche Bestand eines Arbeitsverhältnisses stärker geschützt als der einer Ehe. Jede Ehe kann von einem böswilligen Partner innerhalb „nützlicher“

<sup>6</sup> Vgl. die Zahlen bei Weiss, Zur arbeitsmarktpolitischen Problematik von Kündigungs- und Besitzstandsregelungen für ältere Arbeitnehmer, Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 103 (1983), 255 ff.

<sup>7</sup> Schellhaaß, Ein ökonomischer Vergleich finanzieller und rechtlicher Kündigungsschwernisse, ZfA 1984, 139 ff., 146, 161.

Frist zerrüttet und damit gelöst werden. Beim Arbeitsvertrag ist das viel schwieriger. Es ist – arbeitsmarktpolitisch gesehen – nur folgerichtig, daß die Eingehung neuer Arbeitsverträge vom Arbeitgeber ähnlich gründlich erwogen wird, wie die Eingehung einer neuen Ehe. Beides kann sehr teuer werden.

### These 26

*Die Rückbesinnung auf solche Zusammenhänge zwischen dem Sozialschutz und der schmerzlichen Zwecklogik der Arbeits- und Wirtschaftsordnung entspricht einem vitalen Interesse der Arbeitnehmer. Wer diesen Zusammenhang unbeachtet läßt, verhält sich objektiv arbeitnehmerfeindlich und asozial.*

### Fazit

Auch für arbeitsrechtlichen Sozialschutz gilt jene Ambivalenz normativer Wirkungen, die Mephisto im Faust so beschreibt:

„Vernunft wird Unsinn,  
Wohltat Plage;  
Weh Dir, daß Du ein Enkel bist!  
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,  
von dem ist, leider, nie die Frage.“

*Adomeit* hat in einer karikierenden Analyse den Zusammenhang zwischen Arbeitsrecht und Arbeitsmarkt so beschrieben:

„Das Arbeitsverhältnis ist im geschichtlichen Verlauf der Bundesrepublik Deutschland, von 1949 bis einweilen 1984, unter Zusammenwirken von Regierenden, Bundestagsabgeordneten, Ministerialbeamten, Tarifpartnern, Richtern, Professoren, betrieblichen Instanzen in einen so vollkommenen Rechtszustand gebracht worden, daß man es nur, wie altes Meißeln, in die Vitrine stellen kann, zum praktischen Gebrauch ist es zu kostbar, zu kostspielig. Es ist eine Lehre über die Begrenztheit des menschlichen Verstandes, wie wenig man dabei an die nächste Generation gedacht hat, die *auch* arbeiten und verdienen will.“<sup>8</sup>

Dieser erhöhte oder auch überhöhte Sozialschutz wird in vielen Fällen richterrechtlich, also durch die Arbeitsgerichtsbarkeit verordnet.

Die Arbeitsgerichtsbarkeit übernimmt damit finanzpolitische und sozialpolitische Verteilungsfunktionen. Sie greift unmittelbar in den gesellschaftspolitischen Verteilungskampf ein und übernimmt einen Teil des Budgetrechts des Parlaments. Das ist ein verfassungsrechtlich wie -politisch bisher weithin verdrängter Gesichtspunkt:

### These 27

*Richterrecht im Arbeitsrecht hat in vielen Fallgruppen eine ausgeprägte ökonomische Verteilungsfunktion. Es schafft und verteilt materielle Ansprüche und Kosten am Parlament vorbei, welche den Ablauf des gesamtgesellschaftlichen Prozesses wesentlich beeinflussen.*

<sup>8</sup> *Adomeit*, Das Arbeitsverhältnis – alternativ, NJW 1984, 1338.

Das wird unter den gewandelten ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen neu bewußt:

Kostensteigerndes Richterrecht für die Unternehmen ist geeignet, die Arbeitslosenquote zu festigen oder zu steigern, die Wettbewerbschancen schwacher Unternehmen zu schmälern und Neuinvestitionen in seinem Geltungsbereich zu be- oder verhindern.

## F. Zusammenfassung

Das Resümée der Problemanalyse „Arbeitsrecht im Wandel der Industriegesellschaft“ fällt bescheiden aus.

1. Es gibt bisher kein verlässliches oder auch nur plausibles Regelungskonzept für den sich abzeichnenden Strukturwandel der Arbeitswelt.
2. Vom parlamentarischen Gesetzgeber ist eine umfassende Normierung der neuen Problemlagen nicht zu erwarten. Er betätigt sich bei hinreichendem Konsens allenfalls im Sinne einer Reparaturwerkstatt für Einzelfragen des Sozialschutzes.
3. Die Hauptregelungslast wird von den Arbeitsmarktparteien mit ihrem Instrumentarium der kollektiven Normenverträge und in der Unternehmensmitbestimmung zu bewältigen sein.
4. Das Richterrecht ist nur für systemkonforme Ergänzungsregelungen geeignet. Essentiell neue Regelungskonzepte sind Sache des Gesetzgebers, nicht der Gerichte. Für die Bewältigung neuer, regelungsbedürftiger Interessenlagen gibt es in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit vielfältige Ansätze.<sup>9</sup>
5. Arbeitsrecht ist in seiner Wirkungsweise, auch als ein beträchtlicher Kostenfaktor, an die Funktionsbedingungen und -grenzen des Gesamtsystems gebunden. Was als Sozialschutz gemeint ist, kann als Sozialschaden wirken. Dieser Effekt ist in Teilgebieten des Arbeitsrechtsschutzes erreicht.

## Thesen

1. Die in den fünf bisherigen Referaten dargestellten Tatsachen und Zusammenhänge kennzeichnen den Tatbestand einer *Umwälzung*.
2. Wie in allen Zeiten des Umbruchs haben heute viele Menschen, vor allem Arbeitnehmer, Unbehagen, ja Angst vor der Zukunft. Diese Lebens- und Zukunftsangst wird von bestimmten Medien und politischen Gruppen systematisch vermarktet.
3. Menschliche Arbeit wird fortschreitend ersetzbar und dadurch ideell wie materiell von einer Entwertung bedroht. Sie wird quasi eine dispositive Größe unternehmerischer *Kostenkalkulation*.
4. Starke Gewerkschaften sind ein notwendiger Ordnungsfaktor in einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung. *Systemloyalität* ist jedoch nur von Partnern zu erwarten, die ihre Aufgaben ohne reale Existenzangst wahrnehmen können.
5. Wir leben in einer Krise der *Arbeitsbeziehungen*. Diese Krise wirkt sich *auf allen Ebenen* des Arbeitslebens aus.

6. Das Arbeitsrecht hat gerade die zentrale Aufgabe, die geschilderten komplexen Arbeitsbeziehungen in einer Industriegesellschaft in einer systemverträglichen Weise zu regeln und zu kanalisieren. Krisenhafte Arbeitsbeziehungen bedeuten daher eine Belastungsprobe des Arbeitsrechts.
7. Das Arbeitsleben der uns bekannten Industriegesellschaften ist hierarchisch organisiert. Einer vergleichsweise kleinen Zahl von Weisungsberechtigten („Arbeitgeber“) steht eine große Zahl von Weisungsgebundenen („Arbeitnehmern“) gegenüber. Die Weisungsgebundenheit der so „Abhängig-Tätigen“ ist im Arbeitsvertrag rechtlich verankert und gewährleistet.
8. In allen Industriegesellschaften dient das Arbeitsrecht dazu, die aus dem hierarchischen Aufbau vorgegebenen Interessenspannungen und -konflikte zwischen Weisungsberechtigten und Weisungsabhängigen rechtlich einzubinden und dadurch beherrschbar und systemverträglich zu machen.
9. Stabile Arbeitsbeziehungen sind die Grundlage innenpolitischer Sicherheit und wirtschaftlicher Stabilität in modernen Industrie- und Sozialstaaten.
10. Eine solche Krise ist also nicht nur Wirtschafts- und Sozialkrise. Sie ist eine Legitimationskrise des politischen Gemeinwesens.
11. Die Tarifautonomie ist gerade im Hinblick auf neue, unvorhergesehene und rasches Handeln erfordernde Entwicklungen im technischen, ökonomischen und/oder sozialen Bereich ein bewährtes, elastisches und systemkonformes Regelungsinstrument von hervorragender Bedeutung.
12. Der parlamentarische Gesetzgeber tut sich im Arbeitsrecht bei strategischen, d. h. über soziale Not- und Feuerwehrmaßnahmen hinausreichenden Regelungen außerordentlich schwer. Er ist teils regelungsunfähig, teils regelungsunwillig, nicht selten beides zugleich! Das Zögern und die partielle Funktionsunfähigkeit der parlamentarischen Gesetzgebung führten und führen zu einer besonders umfangreichen, man darf ohne Übertreibung sagen, exzeptionellen normsetzenden Tätigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit, speziell des Bundesarbeitsgerichts. „Das Richterrecht ist unser Schicksal!“
13. In zentralen Grundsatzfragen des gegenwärtigen Arbeitsrechts herrscht ein beklagenswerter Mangel an ordnungspolitischen Entscheidungen der verfassungsmäßigen Gesetzgebungsinstanzen. Der Grund dafür ist die fehlende Entscheidungsfähigkeit des Parlaments, weil solche Gesetzesvorhaben sowohl den Zusammenhalt der jeweiligen Regierungsmehrheit als auch den innenpolitischen Frieden zwischen Regierung und sozialen Koalitionen in Frage stellen könnten.
14. Richterrecht ist unter den Gegebenheiten eines demokratischen Rechtsstaates kontinental-europäischen Typs eine Kategorie des Notrechts. Ihm haftet die Zweitrangigkeit der Normsetzungsinstanz Judikative an. Das Parlament hat die *Prärogative*. Richterliche *Ersatzgesetzgebung* produziert folgerichtig *Gesetzgebungsersatz*.
15. Die Bewältigung der grundsätzlich neuen Problemlagen und Strukturentscheidungen in der Arbeitswelt setzt klare Gestaltungskonzepte der normgebenden Instanzen voraus.
16. Der parlamentarische Gesetzgeber wird sich im Zweifel nur zu solchen Regelungen

- auffragen, für die relativ breite und parteipolitische koalitionsübergreifende Mehrheiten erwartbar sind.
17. Die Regelungsinstrumente der sozialen Selbstverwaltung (Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag und Unternehmensmitbestimmung) haben gegenüber der staatlichen Normierung des Arbeitslebens (Gesetzgebung und Richterrecht) den in seiner Bedeutung bisher kaum voll erkannten und genutzten Vorteil größtmöglicher Elastizität gegenüber neuen Sachverhalten, Wertungsprioritäten und Regelungsbedürfnissen.
  18. Der neue Trend zu sinnvollen Differenzierungen der Arbeitsbedingungen hat im letzten Arbeitskampf sein Schlagwort erhalten. Es heißt „Flexibilisierung“. Das ist kein auf die Arbeitszeitverteilung begrenztes Problemfeld.
  19. In der Durchführung kann die Flexibilisierung für einzelne Arbeitnehmergruppen zusätzliche soziale Schutzprobleme und das Risiko von Einkommensminderungen mit sich bringen. Sie muß also von den Arbeitsmarktparteien in sozial vertretbarer Weise organisiert werden.
  20. Die Hauptlast der Bewältigung neuer Gegebenheiten in der Arbeitswelt wird auf die Regelungsmechanismen der sozialen Autonomie der Arbeitsmarktparteien zukommen, also durch Tarifverträge, Unternehmensmitbestimmung und Betriebsvereinbarungen zu tragen sein.
  21. Vor einer neuen Bewährungsprobe steht das Richterrecht im Arbeitsrecht. Viermal hat das Bundesverfassungsgericht richterrechtliche Normsetzungen des Bundesarbeitsgerichts, dabei auch solche des Großen Senats, aus Verfassungsgründen korrigiert bzw. verworfen.
  22. Die Differenz, die sich hier zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Bundesarbeitsgericht in der Frage der Zulässigkeitsgrenzen richterlicher Rechtsfortbildung und richterlicher Gesetzeskorrektur zeigt, ist grundlegender Natur. Sie betrifft Kernfragen der begrenzten Rolle (Zuständigkeit) der Gerichte im gewaltenteilenden Rechtsstaat.
  23. Das Thema „Arbeitsrecht im Wandel der Industriegesellschaft“ hat bei einer Langzeitarbeitslosigkeit von 2.2 Mio. Arbeitslosen einen bedrohlichen, ja einen systemgefährdenden Aspekt.
  24. Können arbeitsrechtliche Schutznormen auch gegen den ursprünglichen Normzweck zum Schaden der Arbeitnehmer und ihrer Arbeitsmarktchancen wirken? Das Arbeitsrecht soll die Arbeitnehmer schützen. Kann es ihnen auch schaden? Die Antwort lautet eindeutig: Ja!
  25. Arbeitsrechtlicher Sozialschutz kann nicht isoliert betrachtet und verwirklicht werden. Er ist, wenn er seinen Zweck erreichen soll, nämlich den Schutz gefährdeter Arbeitnehmer zu bewirken, an die Funktionsgrenzen des wirtschaftlichen, politischen und rechtlichen Gesamtsystems gebunden.
  26. Die Rückbesinnung auf solche Zusammenhänge zwischen dem Sozialschutz und der schmerzlichen Zwecklogik der Arbeits- und Wirtschaftsordnung entspricht einem vitalen Interesse der Arbeitnehmer. Wer diesen Zusammenhang unbeachtet läßt, verhält sich objektiv arbeitnehmerfeindlich und asozial.

27. Richterrecht im Arbeitsrecht hat in vielen Fallgruppen eine ausgeprägte ökonomische Verteilungsfunktion. Es schafft und verteilt materielle Ansprüche und Kosten am Parlament vorbei, welche den Ablauf des gesamtgesellschaftlichen Prozesses wesentlich beeinflussen.