

Zum kollektiven Arbeitsrecht im 21. Jahrhundert

Das Thema wird wie folgt verstanden: welche wichtigen Fragen im Kollektivarbeitsrecht¹ haben wir hier und heute zu lösen, damit wir uns in das nächste Jahrhundert wagen können?! Der Beitrag ist also nicht futurologisch,² sondern rechtsdogmatisch, der eingeschränkten Kompetenz des Vortragenden gemäß.

I. Positive Anzeichen

Da in unserer Zeit viel Kritisches gesagt wird, erschreckende Krisensymptome aufgelistet werden, ist es gut, die positiven Anzeichen zu vermelden. „Ein verbessertes konjunkturelles Umfeld und zurückhaltende Tarifpolitik zeigen in Westdeutschland erste Wirkungen“, so der Kurznachrichtendienst der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände Nr. 96/97 vom 9. 12. 1997. In der Exportwirtschaft (Chemie, Maschinenbau) ist der Aufschwung deutlich, begünstigt durch die höhere Bewertung des US-Dollar. Ergebnis ist ein stattlicher Außenhandelsüberschuß für 1997. Einige ostasiatische Länder, von denen man gesagt hatte, sie würden unser Land bald überrunden, sind in Schwierigkeiten. Die Globalisierung der Wirtschaft, d. h. hier die verstärkten Aktivitäten deutscher Firmen im Ausland, haben uns keinesfalls nur Nachteile erbracht. Im „global play“ mitzuwirken erlöst aus der sonst drohenden Provinzialisierung. Die hier eingesetzten Mitarbeiter – in Technik, Management, Rechtswesen – gehören alsbald zur internationalen Elite, die für uns von großem Nutzen ist (nur enttäuschend, daß sich so wenig in Gegenrichtung auf uns zu bewegt!).³

Die Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland haben gute Gründe, mit ihren Arbeitsbedingungen zufrieden zu sein: Lohnhöhe (der Bruttolohn!), Arbeitszeit, Urlaubsdauer, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (auch noch nach der Reduktion von 1996!), Kündigungsschutz, Mitbestimmung, Arbeitsgerichtsbarkeit –: alles das kann sich im internationalen Vergleich sehen lassen, geht vielfach über das anderenorts Übliche hinaus. Man hört aber vielfach auch: das soziale Klima ist kälter geworden.

¹ Vgl. dazu jetzt das monumentale, rechtsvergleichend angelegte Werk von *F. Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I: Grundlagen/Koalitionsfreiheit/Tarifvertrag/Arbeitskampf und Schlichtung, 1997.

² In diesem Sinne auch die Festschrift für *Günter Schaub* mit dem Titel „Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert“, 1998; vgl. ebenso die Veröffentlichung der *Walter-Raymond-Stiftung* Bd. 37: Tarifautonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft, Köln 1997.

³ Vgl. *Tyll Necker*, Der Arbeitsmarkt im Zeichen zunehmender Internationalisierung, Veröffentlichungen der *Walter-Raymond-Stiftung*, wie Fn. 2, S. 73 ff.

Das Arbeitsrecht hatte sich von seinem Anbeginn her nicht auf das paternalistische Wohlwollen von Unternehmern verlassen, stattdessen reguliert. Jetzt ist die Konsequenz auf Arbeitgeberseite herauszuspüren: über die durch Regulierung auferlegten Pflichten hinaus kein besonderes Wohlwollen mehr! Die rasch aufeinanderfolgenden Wellen der Rationalisierung haben Ängste erzeugt. Wenn statistisch der Krankenstand gesunken ist, läßt sich nicht im gleichen Maße gestiegene Gesundheit begrüßen. Auch unter den Arbeitnehmern gibt es Anfeindungen und Rüpeleien, wie es so etwas wohl immer gegeben hat, aber verschärft bis zum „mobbing“. Die definitorische Abhängigkeit des Arbeitnehmers gewinnt dann eine neue Bedeutung, man muß fragen: von wem eigentlich abhängig?

Nur bedingte Zufriedenheit hört man aus Kreisen von Unternehmern. Im harten internationalen Wettbewerb, so sagt man, stimmen die hiesigen Rahmenbedingungen nicht. Es geht nicht nur um das Arbeitsrecht, sondern auch um Verwaltungsrecht (Genehmigungsverfahren!) und um Steuerrecht. Die Gewinne sind schon vor Steuern schmal, *nach* Steuern kommen Gewinne selten über 2% vom Umsatz. Die Versuchung ist also groß, Geld nicht hier, sondern anderswo zu verdienen. Diese Tendenz wird sich durch Einführung der einheitlichen EU-Währung verstärken. Auch bei kleineren Unternehmen, deren Inhabern bisher der Gedanke fremd war, in die Fremde zu gehen, wird man sich sagen: wenn ich ohnehin nicht mehr DM, sondern nur noch Euro verdienen kann, weshalb nicht dort, wo – in der EU oder anderswo – unter dem Strich das meiste bleibt? Es werden unsere Rahmenbedingungen dann noch härteren Proben unterzogen als bisher, darunter auch unser Arbeitsrecht, und vor den zu erwartenden Testergebnissen muß man Furcht haben. Bei der Schaffung des Arbeitsrechts hatten wir manche Ziele angestrebt, aber bestimmt nicht dieses Ziel: in einer globalisierten Welt für investitions- und beschäftigungswillige Unternehmer attraktiv zu sein.

II. Über Arbeitslosigkeit

Das positive Bild wird ins Negative getrieben durch die Zahlen der Statistik über die Beschäftigung. Besonders erschreckend: in den Neuländern beläuft sich die Arbeitslosenquote auf 18,3% (November 1997), im Winter 1997/98 um 20%.

Etwas relativiert werden diese Zahlen durch die Frage der Vermittelbarkeit (employability) von Arbeitslosen. Nach einer Untersuchung der Industrie- und Handelskammer Hamburg (KND Nr. 98/99 v. 17. 12. 1997) ist fast ein Drittel (32%) der Arbeitslosen nicht ernsthaft auf der Suche nach Arbeit, ein weiteres Drittel nur bedingt vermittelbar. Beim verbleibenden Teil – der für den Osten höher anzusetzen ist – muß an hunderttausende konkreter Menschen gedacht werden, die Arbeit suchen, aber nicht finden, und die mit unserer Wirtschafts- und Rechtsordnung nicht zufrieden sein können.

Es ist leider vorherzusehen, daß Beschäftigungsdefizite noch anwachsen müssen. Die technische („technologischer“) Entwicklung wird nicht stehenbleiben, im Gegen-

teil: Arbeitsrecht und technische Entwicklung wirken gegeneinander. Je erfolgreicher das Arbeitsrecht die Position seiner Schützlinge, der Arbeitnehmer, verbessert, also die Kosten der Beschäftigung erhöht, desto mehr Entwicklungsgelder werden für neue, in noch höherem Grade arbeitssparende Maschinen eingesetzt; und um so eher „rechnet“ sich auch der Transfer von Arbeitsplätzen wer-weiß-wohin. Eine Beschleunigung dieses unheilvollen Prozesses ist zu befürchten.

Für das Phänomen bestehender Arbeitslosigkeit (an solcher war immerhin eine deutsche Republik, die Weimarer, gescheitert) will niemand richtige Verantwortung übernehmen. Wir stehen vor einem Geflecht gegenseitiger Schuldzuweisungen. Das im Jahre 1996 mit großem publizistischen Aufwand versprochene „Bündnis für Arbeit“ (mit der in Aussicht genommenen Folge einer Halbierung der Zahl der Arbeitslosen noch vor dem Jahr 2000) kam nicht zustande, obwohl es dafür Modelle gegeben hätte, so die Sozialpakete in Spanien.⁴ Für die hohe Politik ist offenbar entscheidend, daß die Arbeitslosen nicht offenen Protest anmelden, nicht „auf die Straße“ gehen, daß sie mit den zugewendeten Geldern ruhiggestellt sind (anders: Frankreich; jetzt sind auch bei uns „Aktionstage“ angesagt). Bei Arbeitgebern läßt sich vermuten, daß nach der Welle vorgenommener Rationalisierungen, die sehr kostspielig waren, wenig Interesse besteht, sich mit dem Typus früherer Mitarbeiter, von denen man sich getrennt hatte, erneut einzulassen. Ein Indiz dafür ist, daß der „Eingliederungsvertrag“ für Langzeitarbeitslose, den das ArbeitsförderungsreformG von 1996 so gut wie ohne Arbeitsrecht ermöglicht hatte, kaum genutzt worden ist (bis zur Jahreswende 1997/98 nur 830 abgeschlossene Verträge).

Bei der sozialpolitischen Einstellung unserer Gewerkschaften zur Arbeitslosigkeit ist eine klare Linie schwer zu erkennen. Eigentlich müßte der natürliche Verbands-egoismus und das Bestreben, sich die eigenen Mitglieder zu erhalten, eine ebenso natürliche Zügelung der Politik bewirken, die Arbeitsbedingungen durch immer wieder neu ansetzende Forderungen ständig zu verteuern. Die hier fällige Einsicht ist aber nicht gekommen oder greift nicht tief.⁵ Die im Osten Deutschlands in den letzten sieben Jahren eingetretene Beschäftigungskatastrophe – mehr als zwei Drittel der industriellen Arbeitsplätze sind fortgefallen – hat keineswegs das notwendige Nachdenken ausgelöst (s. die neueste Nachricht v. 9. 1. 1998 über die mit Streikdrohung erzwungene Tarifeinigung in der Stahlindustrie Ost).

Es ist also wohl so, daß die Arbeitslosen mit ihren Sorgen niemanden von den Verantwortlichen direkt aufgerüttelt haben, sondern erst die indirekten Auswirkungen fanden Aufmerksamkeit. Arbeitslosigkeit ist teuer, belastet das Sozialsystem, erfordert Zuwendungen aus dem Steuertopf, der wiederum, eben infolge der Arbeitslosigkeit, nur noch mäßig gefüllt ist. Es wird dadurch auch die gewohnte und bequeme Tren-

⁴ Vgl. Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida; *Adomeit*, „Bündnis für Arbeit“, NJW 1998, 2950.

⁵ Vgl. *Rudolf Kuda*, Gewerkschaftliche Überlegungen zur internationalen Wettbewerbsfähigkeit des Standorts Deutschland, in: *Ulmensien*, Schriftenreihe der Universität Ulm, Bd. 12, 1997 (Hrg. *Joachim Voeller*), S. 77; *Ursula Engelen-Kefer*, Die Gewerkschaften, in: *Veröffentlichungen der Walter-Raymond-Stiftung*, wie Fn. 2, S. 227 ff.

nung in unserem Sozialsystem – hier die Arbeitsverhältnisse (zuständig: Arbeitsrecht), dort die Arbeitslosen (zuständig: Sozialrecht) – durch ökonomische Strömungen unterspült. Über das Gute, was das Arbeitsrecht den Arbeitnehmern erkämpft hatte, ist die Freude jedem Arbeitnehmer vergällt, wenn ansteigende Steuern und Sozialabgaben an seinem Arbeitslohn nagen. Aufgrund dieser Kausalität verliert das Arbeitsverhältnis an Wert, auch für präsumtive Arbeitnehmer, für die sich Arbeitslosenhilfe plus Nebenverdienst rechnet und die dann völlig ausfallen bei der Finanzierung unserer Systeme. Es ist hier eine Spirale des immer tiefer hinabführenden Niedergangs auszumachen.

III. Über Tarifautonomie

Das Wertverhältnis Arbeitsleistung/Arbeitslohn wird millionenfach durch Tarifverträge bestimmt, und die aktuelle Diskussion um die Tarifpolitik findet immer größere allgemeine Aufmerksamkeit. Schon seit Mitte der 80er Jahre wurde als Forderung ein Schlagwort laut: Flexibilität, ein Prinzip also, das der Starrheit des Tarifvertragsgesetzes ein Korrektiv bieten soll.

Eine bemerkenswerte Flexibilität ist inzwischen in der Praxis auch erreicht worden, und zwar auf drei sehr unterschiedlichen Wegen:

1. In einigen Branchen hat sich eine Tarifvertragspolitik durchgesetzt, die den Unternehmen Möglichkeiten der Anpassung gewährt, durch Öffnungsklauseln, Arbeitszeitkorridore, Veränderung bei Gratifikationen. Beispielhaft ist hier die Chemische Industrie.⁶ Es ist gesagt worden, daß Schwierigkeiten mit der Tarifautonomie am besten durch Tarifautonomie zu beheben sind.⁷ Voraussetzung für solche Abschlüsse ist wohl, bei den Gewerkschaftsvertretern, eine innere Freiheit von Ideologie.

2. Die zweite Lösung wird als „Verbandsflucht“ bezeichnet, gilt dann vor allem für die Unternehmerseite: man tritt aus oder man tritt, bei Neugründungen, erst gar nicht ein. Eine inzwischen vielfach praktizierte Zwischenlösung ist die Verbandszugehörigkeit ohne Tarifbindung,⁸ woran die Krise des Koalitionsrechts nur allzu deutlich wird. Neu geschlossene Verbandstarife können dann nicht wirksam werden. Die Gewerkschaften drohen mit der Konsequenz, Haustarife zu erkämpfen. Einen solchen „Häuserkampf“ zu organisieren, ist aber offenbar nicht einfach. Die Allgemeinverbindlicherklärung des Verbandstarifvertrags bleibt das vom Recht vorgesehene Mittel, dessen Wirkung auf Außenseiter zu erstrecken, ist aber auf den von § 5 TVG vorgeschriebenen Wegen nicht mehr so einfach durchsetzbar, nachdem man erkannt hat,

⁶ Vgl. Bundesarbeitgeberverband Chemie, Erläuterungen zum Entgeltkorridor – zu der ab 1. Januar 1998 geltenden Neufassung des Bundesentgelttarifvertrages.

⁷ Adomeit, Regelung von Arbeitsbedingungen und ökonomische Notwendigkeiten, 1996 S. 30; vgl. aber *Richardi*, Empfiehlt es sich, die Regelungsbefugnisse der Tarifparteien im Verhältnis zu den Betriebsparteien neu zu ordnen? – Gutachten zum 61. Deutschen Juristentag Karlsruhe 1996; dazu eine Nachlese von *Dieter Reuter*, Festschrift Günter Schaub 1998, S. 605 ff.

⁸ *Ursula Schloebauer*, „OT-Mitgliedschaft in tariffähigen Arbeitgeberverbänden“, Festschrift G. Schaub, wie Fn. 2, S. 699 ff.

wie sehr dies ordnungspolitisch zweifelhaft ist. Das „Entsendegesetz“ darf hier als Lehrstück genannt werden, wie man begriffliche Ziele mit schwer noch begrifflichen Mitteln erreichen will.

3. Die dritte – umstrittene – Lösung ist die Nichtanwendung des Tarifvertrages trotz formal bestehender beiderseitiger Tarifgebundenheit. Man sagt, daß dies im Osten Deutschlands schon fast die Regel sei, im Westen noch nicht ganz, aber eine Regelverletzung mit steigender Tendenz. Ein Sprecher unserer Industrie hat dies sogar gutgeheißen und als beispielhaft hingestellt, was ihm einige Kritik einbrachte. Diese Kritik war auch berechtigt, denn er hätte vorher klären müssen, was an den, formal gesehen, Verstößen gegen die Tarifgebundenheit nur scheinbarer Verstoß war. Es muß also erörtert werden, wie es mit den zahllosen Regelungen über Arbeitsbedingungen steht, die unter dem an sich geltenden Tarifvertrag bleiben, die aber trotzdem praktiziert werden.

IV. Über das Günstigkeitsprinzip, über das Recht auf Selbsterhaltung beim Arbeitsplatz

Das Tarifvertragsrecht ist unflexibel, enthält keine mildernde Generalklausel, läßt aber abweichende Regeln zugunsten der Arbeitnehmer zu. Den Betriebsräten wird bei tariflicher Regelung oder Tarifüblichkeit aber noch nicht einmal der Zugang für günstige Regelungen eröffnet, sie sollen bei der Regelung von Arbeitsbedingungen außen vor bleiben, § 77 III BetrVG.

Über solche starre Einschränkungen war schon in den frühen 80er Jahren zu diskutieren, als man die „Förderung der Beschäftigung“ (spanisch: „fomento del empleo“) als sozialpolitische Aufgabe erkannt hatte. Der Verf. hatte 1984 gesagt: die Sicherheit des Arbeitsplatzes ist ein elementares Gut, kann geringfügige Abstriche vom Niveau der Tarifbedingungen ausgleichen.⁹ Insofern ist in den Günstigkeitsvergleich auch die Arbeitsplatzsicherheit einzubeziehen. Was dann günstiger ist, müssen die Arbeitnehmer selbst bestimmen, nicht die Professoren, nicht die Richter (subjektives Verständnis der Günstigkeit). Allerdings sind hohe Anforderungen zu stellen. Eine zeitweilige Stundung von 5–10% der jeweiligen Vergütungen (mit Eingriffen auch in den Tariflohn) müßte schon von einer eindrucksvollen Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer, am besten über 90% der Belegschaft, abgeseget sein. Eine Verzinsung zu den banküblichen Bedingungen würde eine solche Absprache als erst richtig solide erscheinen lassen. Auf der anderen Seite der Vereinbarung müßte eine zeitweilig wirksame Garantie der Arbeitsplätze stehen, also der befristete Verzicht des Arbeitgebers auf die Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen.

Solche Verabredungen oder Absprachen sind inzwischen vielfach geschehen, und das aktuelle und meistdiskutierte Beispiel ist *Viessmann*, wo es um drei nicht extra

⁹ Das Günstigkeitsprinzip – neu verstanden, NJW 1984, 26; für die Aktualität *Belling/Hartmann*, Die Tarifbindung in der Insolvenz, NZA 1998, 57.

bezahlte Arbeitsstunden in der Woche geht, pro Werktag und Mitarbeiter 36 Minuten.¹⁰

Als rechtliche Voraussetzung für ein solches Beiseiteschieben der Tarifregelung erscheint geboten: die schon genannte hohe Mehrheit in der Belegschaft, ausdrücklich oder stillschweigend; wenn ein Betriebsrat besteht, dann dessen Mitwirkung. Die angewandten Formen (Abstimmung, „Sozialvertrag“, Verlautbarung am Schwarzen Brett unter allgemeiner Akzeptanz) können nicht entscheidend sein, müssen in gleicher Weise anerkannt werden.

Den Skeptikern muß argumentativ noch etwas konzidiert werden. Der Gegensatz günstig/ungünstig ist hier zwar einschlägig (und findet seinen gesetzlichen Ort in § 4 III TVG), kratzt aber das Problem nur an dessen Oberfläche. Der Verlust des Arbeitsplatzes ist schlimmer als nur „ungünstig“, es ist ein Einschnitt in die bürgerliche Existenz. Wenn solche Gefahr droht, erwächst ein elementares Recht zur Selbsthilfe, zum Selbstschutz, zur Notwehr. „Necessitas non habet legem.“ Es ist auch zu beachten, daß die juristische Kompetenz, die den Arbeitnehmern hier zuwächst, keineswegs exotisch oder abartig ist, sondern nur eine Rückkehr der Vertragsfreiheit aus dem BGB, die ja wohl eine höhere geschichtliche Dignität hat als die Tarifautonomie. Weswegen sollte es den Arbeitnehmern verwehrt sein, sich dieser Vertragsfreiheit zu bedienen? Die Repräsentation, die ihnen durch die Tarifpartner vorgeordnet gewesen war, hatte sich vielfach als Scheinrepräsentation erwiesen („Wir sind das Volk!“). Erkennt man in den Fällen der Sanierung eine Notkompetenz an, dann muß dies auch für die Betriebsräte gelten. Auch für den Betriebsrat ist das Fortbestehen des Betriebes eine Existenzfrage, und das Recht, hier „das Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs“ (§ 2 BetrVG) (sowie sein eigenes Wohl) zu verteidigen, ist den Restriktionen des § 77 III übergeordnet. Der Gesichtspunkt „Günstigkeit“ allein könnte die genannte, ein Monopol gewährende Vorschrift nicht besiegen.

Wenn die Belegschaft und deren Betriebsrat sich in deutlicher Weise über einen ökonomisch vertretbaren Pegel der Arbeitsbedingungen einig sind, muß dies mit unserem Arbeitsrecht vereinbar sein. Was praktiziert wird, ist also *nicht* illegal. Dies gilt um so mehr, wenn die sachlich zuständige Gewerkschaft offensichtlich duldet, was geschieht. Das Hinnehmen solchen Geschehens ist bisher rechtlich-dogmatisch noch nicht eingefangen. Es gilt aber der alte Satz: „Qui tacet, consentire videtur.“ Der Betriebsrat kann anerkanntermaßen rechtsgeschäftlich wirksam handeln nicht nur über die förmliche Betriebsvereinbarung, sondern auch über die formlose Regelungsabrede.¹¹ Es ist das Instrumentarium des kollektiven Arbeitsrechts dadurch zu erweitern, daß auch auf der Ebene des Koalitionsrechts die Kompetenz zu einer legitimierenden (in Ausnahmefällen auch verpflichtenden) Regelungsabrede der Gewerkschaft zuzuer-

¹⁰ Herbert Buchner, Betriebsräte auf schwierigem Terrain – die Viessmann-Entscheidung des Arbeitsgerichts Marburg, NZA 1996, 1304; Abbo Junker, Individualwille, Kollektivgewalt und Staatsintervention im Arbeitsrecht, NZA 1997, 1305; Meinhard Heinze, Wege aus der Krise des Arbeitsrechts – der Beitrag der Wissenschaft, NZA 1997, 1.

¹¹ Peter Kretz, in: Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 5. Aufl. 1995, § 77 Anm. 7 ff. mit vielen Hinweisen.

kennen ist. Dies ist soeben wieder beim „Standortvertrag“ für Opel in Rüsselsheim als geübte Praxis geschehen (Handelsblatt v. 21. 1. 1998).

Zu solchen Standortsicherungsverträgen ist über einen neuen Vertragsgegenstand zu sprechen, der bisher in unserer Literatur kaum behandelt ist: das Versprechen des Unternehmers zu investieren. Der Vorstandsvorsitzende von Bayer, Manfred Schneider, sagte dem Stern (Nr. 8/98 S. 144f.): „Bayer investiert in diesem Jahr weltweit 5 Mrd. DM, davon knapp 2 Mrd. in Deutschland. ... Gerade haben wir mit dem Betriebsrat eine Vereinbarung getroffen. Darin verpflichtet sich der Bayer-Vorstand, in den nächsten fünf Jahren in Deutschland für Investitionen, Instandhaltung, Modernisierung und Forschung 3,5 bis 4 Mrd. jährlich auszugeben. Im Gegenzug stimmte der Betriebsrat zu, die Personalkosten zu verringern ...“.

Solch eine Vereinbarung, als freiwillig abgeschlossen, wirkt vernünftig und begrüßenswert. Es ist nur eine klare Grenzziehung nötig, daß eine dementsprechende Forderung nicht mit Arbeitskampf erzwungen werden darf, also nicht Gegenstand des Tarifvertrages sein kann.

Die Starrheit der Tarifbindung und des Tarifmonopols läßt sich also mit zweckgerechter Auslegung vermeiden, sofern folgende Zwecke erstrebt werden: Sanierung des Unternehmens oder Förderung der Beschäftigung. Dagegen kann eine bedingungslose, unkonditionierte Aufhebung des § 77 III BetrVG nicht empfohlen werden. Es ist nicht auszuschließen, daß durch so viel Zuwachs an Betriebsautonomie hinsichtlich der sozialpolitisch am schärfsten umkämpften Arbeitsbedingungen eine Radikalisierung der Betriebsräte die Folge wäre.¹² Die weitergehenden Vorschläge, die auf eine Abschaffung des genannten § 77 III zielen, müßten darauf achten, daß die – bisher wenig bedeutsame – erzwingbare Mitbestimmung des Betriebsrates in Lohnfragen (§ 87 I Nr. 10 u. 11) dann ebenfalls entfiele. Denn das verbindliche Einigungsverfahren ist zur Konfliktlösung ungeeignet, brächte eine unerträgliche Verunklarung der Verantwortlichkeiten. (Vgl. die Vorschläge des VDMA vom Mai 1997 zu § 77 Abs. 3 a: „... Betriebsvereinbarungen sind auch zulässig, wenn der Betrieb nicht tarifgebunden ist.“)¹³

V. Zum Arbeitskampfrecht

Das Tarifwesen steht unter dem Druck des Arbeitskampfes. Es kommen viele Tarifverträge zustande ohne Arbeitskampf, aber nur der virtuelle Druck erklärt, weshalb sie so, mit diesem Inhalt, zustande kamen. Zum soeben unterzeichneten Abschluß in der Stahlindustrie für Ostdeutschland (FAZ v. 9. 1. 1998) sagten die Verhandlungsfüh-

¹² Genauso eine Stimme aus der Praxis: *Manfred Gentz*, Tarifverträge in der betrieblichen Praxis, Festschrift Günter Schaub 1998, 205 ff.; ähnlich, nach langer Erfahrung im Bereich Chemie, *Karl Molitor*, Ende oder Reform der Flächentarifverträge?, ebenda S. 487 ff.; ebenso *Michael Küttner*, Öffnung des Flächentarifvertrags, ebenda S. 389 ff.; anders *Dieter Reuter*, Das Verhältnis von Tarif- und Betriebsautonomie, ebenda S. 605 ff.; zurückblickend und im Ergebnis konservativ *Eduard Picker*, Ursprungsidee und Wandlungstendenzen des Tarifvertragswesens, Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, 1997, S. 879 ff.

¹³ Zu den unterschiedlichen Auffassungen der Verbände im Metallbereich vgl. *Gesamt-Metall* mit der „Frankfurter Erklärung zur Reform des Flächentarifs“, NZA 1997, 1334 und die *IG Metall* mit „12 Thesen zu Tarifautonomie und Flächentarifvertrag“, NZA 1998, 88.

rer der Arbeitgeber, nur „die knallharte Erpressungssituation eines existenzbedrohenden Arbeitskampfes“ könne die Unterschrift rechtfertigen.

Diese Formulierung – *Rüthers*: eine parteiliche Stellungnahme – ist so nicht hinzunehmen, wir wollen uns auch nicht ins Strafrecht verirren („Erpressung“). Aber wir stehen vor einer dogmatisch einige Besorgnis erregenden Lage des Ungleichgewichts. Aus der Rechtsprechung des BAG zum Arbeitskampf bleibt überzeugend und maßgebend der Spruch des Großen Senats vom 28. 1. 1955: formale Parität von Streik und Aussperrung, Bindung an die Grenzklausel „sozialadäquat“. ¹⁴ Es bleibt auch überzeugend die Nebenbemerkung *Nipperdeys*, Streik und/oder Aussperrung seien wirtschaftlich schädlich und im allgemeinen unerwünscht. Die spätere Rechtsprechung des BAG, vor allem ab 1960, wirkt heute viel stärker veraltet als die grundlegende Entscheidung von 1955. Fortschritte in der Technik waren Rückschritte für die Arbeitswelt. Die durchrationalisierte Produktion, mit just-in-time-Zulieferung und ebenso schneller Ablieferung ist extrem verletzlich, und der in politischer Hilflosigkeit im Jahre 1986 veränderte § 116 AFG, jetzt: § 146 SGB III, lädt dazu ein, die mini-max-Strategie noch vollkommener zu gestalten, als ganz perfekte Drohung.

Es wäre daran zu denken, daß die Rechtsprechung sich unter diesen veränderten Umständen erneut an die Aufgabe der Übermaßkontrolle bei Arbeitskämpfen wagen könnte. Eine Drohung, alle Arbeitsplätze in Eisenhüttenstadt zu vernichten – die Annahme fällt leicht, daß solche Drohung real gewesen war – wäre im höchsten Maße „sozialinadäquat“ gewesen. Beim Streik hat sich das BAG bisher nicht auf eine substanzielle Kontrolle eingelassen, wohl aber mit hoher Entschlossenheit bei der Aussperrung. ¹⁵ Die für die Aussperrung statuierten Grenzen sind für heute eher imaginär; technisch und personalpolitisch kommt Aussperrung kaum noch in Frage. Es wäre genau deshalb richtig, bei 1955 anzuknüpfen: wann sind Streikdrohung und evtl. Streik sozialinadäquat?

Es beschäftigt uns seit jeher, solange es das kollektive Arbeitsrecht gibt, das Problem „Grenzen der Tarifautonomie“ (*Biedenkopf* 1964), und auch hier, auf dem diesjährigen Bitburger Gespräch, ist dieses Problem aufgeworfen (*Helge Sodan*), mit neuen Gedanken über eine richterliche Inhaltskontrolle. Dem wird sofort entgegengehalten: „Tarifzensur!“, ¹⁶ und man kann sich schwer den Arbeitsrichter vorstellen, der einen ernsthaft abgeschlossenen Tarifvertrag nach seinem Dafürhalten reduziert. Aber eine Streikstrategie, die Existenzvernichtung von Unternehmen und Arbeitsplätzen trocken einkalkuliert, müßte arbeitsrechtlich – das Arbeitsrecht schützt Arbeitnehmer! – hinderbar sein, und schon die richterliche Aufstellung einer sichernden Grenzklausel würde die Kampfstrategie und den Gehalt der künftigen Tarifverträge verändern, die dann nicht mehr der Zumutung ausgesetzt wären, einer Inhaltskontrolle zu bedürfen.

¹⁴ BAGE 1, 291 = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁵ Urteile des 1. Senats des BAG v. 10. 6. 1980, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 1980, 1642 ff.

¹⁶ Eine „Tarifzensur“ wird aber vom BAG durchaus praktiziert, etwa unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung, vgl. BAG v. 18. 9. 1997 zur Teilzeitarbeit im Öffentlichen Dienst (2 AZR 592/96); dazu auch der Präsident des BAG, *Thomas Dieterich*, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, Festschrift für Günter Schaub 1998 S. 117 ff.

VI. Über Europa

Es ist Europarecht unser Schicksal. Die unionsrechtlich uns auferlegten Rechtsvorschriften überzeugen selten, s. § 611 a, § 613 a BGB. Die Rechtsprechung des EuGH fordert zur Kritik heraus.¹⁷ *Rolf Birk* sagt: Verstöße gegen die Systematik unseres Rechts sind hinzunehmen, und man versucht, so gelassen zu sein wie er. Der beherrschende Eindruck des Euro-Rechts ist seine Beliebigkeit, oft seine Überflüssigkeit.

Europa ist ein kleiner Kontinent, mit vielen Grenzen, vielen Rechtsordnungen. In diesem Europa gibt es garantierte Freizügigkeit, aber erstaunlicherweise nicht für Rechtsordnungen. Das wird so gut wie ausgeschlossen – jedenfalls das Eindringen fremden Rechts bei uns – von dem unionsrechtlich indizierten Art. 30 EGBGB. Wir dürfen nicht ein französisches Unternehmen dazu verlocken, hier ein Werk zu errichten, indem wir sagen: Ihr könnt Euer französisches Arbeitsrecht mitbringen. Wenn wir die Rechtsordnung dieses Nachbarstaates so wenig schätzen, uns dagegen immunisieren, dann ist es schwer begreiflich, weshalb wir mit solchem Staat eine politische Union eingehen wollen. Das „Territorialitätsprinzip“, von einem Euro-Staat dem anderen Euro-Staat entgegengehalten, nimmt wahnhafte Züge an.

Wir stehen vor einer schwierigen Übergangsphase. Die neue Währung des Euro wird bedeuten, daß alle Kalkulationen in Europa nun wirklich freizügig sein werden, und unser nationales Arbeitsrecht, über dessen hohen Entwicklungsstand wir stolz sind: es ist dann höchstvermutlich doch ein Standortnachteil, wenn nicht schon ein Verdammungsurteil. Bei der Schaffung des Betriebsverfassungsg 1972, des Mitbestimmungsg 1976 hatte man nicht bedacht, im internationalen Vergleich gnadenlos auf den Prüfstand gestellt zu werden.¹⁸ Es wird eine schnelle Rechtsangleichung nötig sein, und zwar – so der Kollege *Martin Seidel* – irgendwo auf mittlerer Ebene. Die aufkommenden Turbulenzen werden uns politisch durchschütteln. Schon jetzt ist die Aufgabe des Arbeitsrechtlers erschwert: er lehrt deutsches Recht, mit draufgesetztem Euro-Recht, was beides mitnichten zusammenpaßt; er weiß, daß sein deutsches Recht ein Auslaufmodell ist, nicht einmal durch Zitate von *Hugo Sinzheimer* zu retten, der, so hat sich bei diesen Gesprächen deutlich gezeigt, der Schutzpatron des deutschen kollektiven Arbeitsrechts ist.

Schon bei *Nietzsche* (1878)¹⁹ ist vom kommenden „Zeitalter der Vergleichung“ die Rede. Die Nachwelt wird, nachdem die Vergleichung sich gezeitigt hat – so tröstet er uns – über die „abgeschlossenen originalen Volkskulturen ... als auf verehrungswürdige Altertümer“ mit Dankbarkeit zurückblicken. Das ist unser Los!

¹⁷ *Abbo Junker*, Der EuGH im Arbeitsrecht – Die schwarze Serie geht weiter, NJW 1994, 2527; *Horst Ehmann*, Grundlage, Zweck und Mißbrauch der Sanktionierung des Diskriminierungsverbots [zum Fall *Draempael*], SAE 1997, 253.

¹⁸ Vgl. *Heiner Klinkhammer/Dietmar Welslau*, Mitbestimmung in Deutschland und Europa, 1995; vgl. auch *Ulrich Zachert*, Europäische Tarifverträge – von korporatistischer zu autonomer Normsetzung?, Festschrift Günter Schaub 1998, S. 811 ff.

¹⁹ Menschliches, Allzumenschliches I Nr. 23; über die Bedeutung *Nietzsches* im Sinne eines frühen Euro-Philosophen vgl. schon *Adomeit*, Festschrift für *Gerhard Müller*, 1981, mit dem Versuch einer systematischen Ordnung höchst disparater Gedanken (S. 823 ff.).

Positiv ist zu vermelden: wir haben Schüler, die schon längst über diese Problemphase hinweg sind, wahre Europäer und fest entschlossen, daran mitzuwirken, daß eine gute europäische Rechtsordnung entsteht.²⁰

²⁰ Vgl. *Adomeit*, Euro-Geld, Euro-Arbeit, Euro-Recht, NJW 1998, 2021.