

WOLFGANG ZÖLLNER

Zu den notwendigen Entwicklungen des deutschen Arbeitsrechts

Meine sehr verehrten Damen und Herren, sehr verehrter Herr Dr. *Theisen*,

ich befinde mich in einem mehrfachen Dilemma: Abgesehen von der vorgerückten Stunde, die es eigentlich fast unzumutbar macht, daß Sie mir nun auch noch lauschen, ist natürlich von mir der Verlauf und der Inhalt dieser Tagung im Einzelnen nicht vorausgesehen worden. Das hat dazu geführt, daß ich in meinem Referat etliches formuliert habe, was nun hier schon ausgiebig, ich möchte fast sagen, breitgetreten worden ist, und was ich nun nicht noch einmal vortragen möchte. Ich habe mir dafür ein paar andere Dinge überlegt. Sehen Sie es mir bitte nach, wenn es jetzt vielleicht bei den Anschläßen nicht so ganz klappt. Das zweite Dilemma, in dem ich mich befinde, ist, daß das Thema, zu dem ich sprechen soll, so umfassend ist, daß man dazu auch in einer längeren Zeit als der mir zugemessenen Dreiviertelstunde nicht umfassend Stellung nehmen kann. Nun ist glücklicherweise ein wichtiges Wort in der Formulierung des Themas enthalten, nämlich das Wort „zu“, und das gibt mir die Freiheit, eine ganz subjektive Auswahl aus den Dingen zu treffen. Nach diesem mir von den Veranstaltern gestellten Thema habe ich zu den notwendigen Entwicklungen des deutschen Arbeitsrechts zu sprechen, sub specie des Generalthemas der Tagung, versteht sich, das heißt im Hinblick auf die Tarif- und Arbeitsbedingungen als Ursachen der Standortkrise und der Arbeitslosigkeit.

1. Es ist keine Frage, daß die Bundesrepublik mit erheblichen Arbeitsmarktproblemen zu kämpfen hat, auch wenn es immer wieder Studien gibt, wie die jüngst von der Handelskammer Hamburg¹ veröffentlichte, die eine nicht unerhebliche Relativierung der Arbeitsmarktsituation nahelegen. Es steht außer Frage, daß wir eine über einen normalen, sozusagen gesunden, Bodensatz weit hinausgehende Zahl von Arbeitssuchenden haben, die nicht innerhalb angemessener Zeit in Arbeitsstellen vermittelt werden können. Die Ursachen für diesen bemerkenswerten Zustand sind vielgestaltig. Ich möchte dazu doch noch ein paar Worte verlieren, obwohl schon sehr viel dazu gesagt worden ist. Diese Ursachen beginnen bereits damit, daß die familiäre Erziehung – vor allem schon im Vorschulalter – nur noch stark eingeschränkt funktioniert, insbesondere viele Familien, wie wir von den Soziologen wissen, die Erziehung ihrer Kinder gänzlich außerfamiliären Institutionen, wie etwa den Kindergärten, überlassen. In den Schulen selbst herrschen teilweise chaosähnliche Zustände, mit denen die Leh-

¹ Handelskammer Hamburg, Arbeitsmarkt auf dem Prüfstand, Der gesplante Arbeitsmarkt in Hamburg, 1997, insbes. S. 11–15.

rer, vor allem wenn sie von den Familien damit allein gelassen werden, nicht zurande kommen. Wer bessere Verhältnisse kennt, sei gewarnt, der Zustand ist nicht überall gleich. Es darf uns nicht verwundern, daß nach einer jüngst veröffentlichten Studie des Instituts für das Lesen 15% der Bewerber für Lehrstellen kaum vermittelbar sind, weil ihnen ausreichende Kenntnisse im Lesen und Schreiben fehlen. Daß sich dies in Vermittlungsproblemen auf dem normalen Arbeitsmarkt fortsetzt, versteht sich doch. Keine Frage ist ferner, daß die Bundesrepublik am Bedarf vorbei ausbildet. Das Verbleiben in der Hauptschule anstelle des Überwechsels in weiterführende Schulen gilt heute weithin als Makel. Der Druck auf die Lehrer, den Übergang in weiterführende Schulen zu befürworten, auch wenn an der Eignung des Schülers Zweifel bestehen, ist dementsprechend groß. Lehrer in Tübingen erzählen mir von den Dramen, die sich abspielen, indem Eltern die Lehrer aufsuchen und sie anbetteln, sie möchten doch die Kinder in eine weiterführende Schule lassen. Daß an den Hochschulen, zumindest an den Universitäten, etwa ein Drittel zu viel studieren – zu viel nicht nur vom Bedarf, sondern von der Eignung her – ist bekannt. Auch die Geeigneten werden in vielen Bereichen – nicht zuletzt in der Rechtswissenschaft – nicht für die Bedürfnisse des 21. Jahrhunderts ausgebildet. In den Erziehungs- und Ausbildungsdefiziten haben wir wesentliche Ursachen auch für nachlassende Informationsvorsprünge der deutschen Industrie und auch für andere Defizite ihrer Wettbewerbsfähigkeit auf den internationalen Märkten zu sehen, möglicherweise auch für die schwindende Qualität des Managements, ein allerdings, wie ich zugebe, schwer meßbarer Faktor. Ich stelle diese Dinge an den Anfang, weil ich, da bin ich mit Herrn *Peifer* ganz einig, der verbreiteten Fehlvorstellung entgegenzutreten möchte, das Arbeitsrecht sei die einzige oder auch nur die einzig wichtige Ursache für die bestehende Arbeitsmarktproblematik.

2. Entsprechend bescheiden muß man auch sein mit den Hoffnungen, daß sich durch Veränderungen der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung an der Arbeitsmarktsituation so furchtbar viel ändern wird. Freilich besteht andererseits – und das ist hier ja hinreichend expliziert worden – kein Zweifel, daß die hohen Arbeitskosten wesentlich zu den gegenwärtigen Arbeitsmarktschwierigkeiten beitragen. Das ist gestern zwar etwas undifferenziert, aber für unsere Zwecke mit ausreichender Überzeugungskraft, dargelegt worden. Ich möchte nur davor warnen, zu glauben, daß wir uns durch Senkung der Arbeitskosten überall international konkurrenzfähig machen können. Das können wir mit Sicherheit nicht. Und deshalb gibt es etliche Bereiche – Herr Arens hat das gestern auch vorgetragen – in denen letztlich nur wenige aus besonderen Gründen wettbewerbsfähig bleibende Unternehmen überleben können. Arbeitsrechtliche Strategien nützen hier wenig. Sie ermöglichen nur die Hinauszögerung und eine gewisse soziale Abfederung des Übergangs. Eine wesentliche Ursache für bundesrepublikanische Arbeitsmarktschwächen im internationalen Vergleich, vor allem mit den USA, haben wir, auch das ist unbezweifelbar, in der viel zu langsamen Entwicklung des Dienstleistungssektors zu sehen.² Erst kürzlich wieder ist das von dem Vertreter eines bekannten Wirtschaftsinstituts dahin formuliert worden, Deutschland habe den An-

² *Schellhaaf*, Die Zukunft des Arbeitsmarktes 1996, S. 26 ff.

schluß an die internationale Entwicklung auf diesem Sektor verpaßt. Als Ursache dafür wird vom Ökonomen ebenfalls das zu hohe Niveau der Arbeitskosten genannt, weil die überwiegend wertschöpfungsschwächeren Arbeitsplätze dieses Sektors nur angeboten würden, wenn der niedrigen Produktivität niedrige Arbeitskosten gegenüberstünden.³ Ich möchte ausdrücklich sagen, daß ich erhebliche Zweifel habe, ob das wirklich die wesentliche Ursache ist, kann das aber jetzt hier natürlich nicht diskutieren. Es ist nicht verwunderlich, daß angesichts dieses Befundes mittlerweile starke Kräfte einen Wandel fordern. Hat Peter *Hanau* noch vor gut 10 Jahren auf einer Tagung in Trier die Forderungen nach einer Flexibilisierung des Arbeitsrechts als utopisch und politisch nicht realisierbar abgetan⁴, ist inzwischen auf allen einschlägigen Ebenen eine freilich unterschiedlich große Bereitschaft zu Einschnitten in das überkommene Arbeitsrecht erkennbar.

3. Wohin soll der Reformprozeß führen? Diese Frage ist nicht eine solche des geltenden Rechts, sondern sie ist rechtspolitischer Natur und man muß natürlich fragen, welchen sinnvollen Beitrag ausgerechnet ein Rechtswissenschaftler zu seiner Beantwortung geben kann, da es doch in erster Linie um ökonomische Fragen und um Fragen politischer Opportunität zu gehen scheint. Nun, in den Augen vieler, nicht zuletzt vieler Politiker, ist Recht ja nichts weiter als ein Steuerungsmittel für das gesellschaftliche und ökonomische Geschehen und als solches für jedwedes legitime politische Ziel einsetzbar – innerhalb der Grenzen der Verfassung versteht sich, mit verfassungsändernder Mehrheit aber auch darüber hinaus. Die Kompetenz des Juristen würde sich unter diesem Ansatz auf eine eher technische Aufgabe reduzieren, nämlich zum einen darauf zu achten, daß die Grenzen der Verfassung eingehalten werden und zum andern, daß die rechtliche Gestaltung für die Erreichung der politischen Ziele optimal erfolgt, handfester gesprochen, der Jurist wäre dazu da, aufzupassen, daß die Formulierung neugeschaffener Rechtsnormen möglichst wenig Auslegungszweifel entstehen läßt und daß Friktionen mit anderen Teilen der Rechtsordnung vermieden werden.

Indessen sind dies zwar wichtige Aufgaben, aber eben nur Teilaufgaben des Juristen. Seine wichtigste Aufgabe ist es, als Sachverständiger für rechtliche Ordnung darauf zu achten und dahin zu wirken, daß eine sinnvolle Gesamtordnung entsteht, die über der Verfolgung bestimmter politischer Ziele, also immer ökonomischer oder gesellschaftlicher Teilziele, die Ausgewogenheit sowohl der einzelnen veränderten Konfliktlösungen als auch der Gesamtordnung nicht aus dem Auge verliert. Arbeitsrechtsbezogen besteht diese Aufgabe vor allem in zweierlei.

Zum einen hat der Rechtswissenschaftler von den auf die Rechtsordnung einwirkenden Kräften einzufordern, in dem Spannungsverhältnis zwischen ökonomischer Effizienz einerseits und Sozialschutz andererseits einen optimalen Ausgleich der Interessen zu finden. Der plakative Begriff der Sozialen Marktwirtschaft deckt solchen Ausgleich zwar ab, gibt ihn aber inhaltlich in gar keiner Weise vor⁵. Der zweite

³ *Schellhaaß*, aaO, S. 111.

⁴ ZIAS 1987, 413 f.; anders offenbar jetzt RdA 1999, 159.

⁵ *Kloten*, Der Staat in der sozialen Marktwirtschaft, 1986, S. 27. Näher *Zöllner*, Arbeitsrecht und Marktwirtschaft, ZfA 1994, 423 ff. m. N.

Hauptaspekt sachverständiger Beratung der Arbeitsrechtspolitik durch den Rechtswissenschaftler ist es, die Grundanliegen jeder rechtlichen Ordnung zur Geltung zu bringen, und das heißt in erster Linie Rechtssicherheit und Gerechtigkeit. Jene, die Recht nur als politisches Steuerungsmittel begreifen, übersehen, daß Gerechtigkeit nicht bloß eine Schranke für die zielverfolgende Gesellschaftsteuerung durch Recht ist, sondern daß Steuerung durch Recht von vornherein überhaupt nur legitim ist zur Herstellung von Gerechtigkeit. Gerechtigkeit ist das oberste und das Endziel des Rechts. Wer Recht zur gesellschaftlichen Steuerung einsetzt, darf dies von vornherein nur tun zu dem Ur- und Grundziel, Gerechtigkeit herzustellen und sicherzustellen. Gerechtigkeit ist dabei im Arbeitsrecht nicht gleichzusetzen – das ist ein ganz wichtiger Punkt – mit der sogenannten sozialen Gerechtigkeit, die die Verteilung der Güter zwischen den verschiedenen Arten, Gruppen und Rängen der Bevölkerung im Auge hat. Gerechtigkeit im Arbeitsrecht und damit in einer privatrechtlichen Materie ist immer in erster Linie Gerechtigkeit in den Beziehungen der Privatrechtssubjekte untereinander, vor allem also in der vertraglichen Zweierbeziehung. Sie ist vor allem Austauschgerechtigkeit im Arbeitsverhältnis⁶.

4. Von diesem Verständnis aus hat der Jurist als erstes kritisch bei dem Steuerungsziel anzusetzen, das heute in den Überlegungen der Politik und der Medien ganz im Vordergrund steht, nämlich bei der Beschäftigung. Das öffentliche Bewußtsein hat sich in einem Maße der Vorstellung verschrieben, höchste und wichtigste Aufgabe der Politik sei die Verminderung der Arbeitslosigkeit und, ihr korrespondierend, die Erhöhung der Beschäftigung. Auch in der Europäischen Gemeinschaft oder Union ist man dabei, Beschäftigungsförderung ganz in den Vordergrund der Gemeinschaftspolitik zu schieben⁷. Die Schiefelage dieses Ziels beruht dabei auch darauf, daß Beschäftigungspolitik in erster Linie verstanden wird als Arbeitsplatzpolitik, das heißt als auf Eingliederung von Menschen in den Wirtschaftsprozess mittels Arbeitnehmerstatus gerichtete Politik. Vernünftige Überlegung sagt uns doch aber, daß es nicht darauf ankommen kann, ob jemand in abhängiger Arbeit beschäftigt ist, sondern nur und allein darauf, daß er sinnvoll beschäftigt ist. Zwar gibt es selbstverständlich auch die Förderung von Existenzgründungen als selbständiger Unternehmer, es gibt die Idee und bestimmte Formen der Mittelstandsförderung. Im ganzen aber ist Rechtspolitik doch darauf ausgerichtet, die Tätigkeit als Selbständiger eher durch Pflichten, Lasten und Hindernisse zu erschweren⁸. Sinnvolle Beschäftigung heißt auch, um das wichtigste nicht zu vergessen, daß Jugendliche vor allem lernen. Was staatliche Schulpolitik statt dessen veranstaltet mit der 5-Tage-Woche für Lehrer und vielem anderen, ist das genaue Gegenteil dessen, und für diejenigen, deren Ausbildung an den Hochschulen weit über die Jugendaltersgrenze von 18 hinaus andauert, richtet staatliche Hochschulpolitik sich heute, übrigens kräftig assistiert durch die Wirtschaftsverbände, nicht auf primär sinnvolle und gründliche wissenschaftliche Ausbildung, sondern unter dem

⁶ Dazu *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997.

⁷ Vgl. vor allem die Beschäftigungspolitischen Leitlinien 1995 der EU-Kommission.

⁸ Der Satz ist leider auch durch das inzwischen ergangene Gesetz zur Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. 12. 1998, BGBl. I S. 3843 bestätigt worden.

Schlagwort Studienzeitverkürzung auf Verringerung der Studienanforderungen, die weithin auf eine Modifizierung der Universitäten zu Klippschulen hinausläuft. Um es an einem Beispiel aus meinem Fach, der Rechtswissenschaft, zu exemplifizieren: der von vielen, auch vom Bundespräsidenten, hochgelobte Freischuß im juristischen Studium hat dazu geführt, daß die Studenten nur noch examensrelevantes Wissen lernen wollen, und daß sie den sie zu wissenschaftlich anspruchsvolleren Problemen heranföhrnden Veranstaltungen weithin fernbleiben. Auch praxis- und zukunftsrelevante Materien wie Europarecht und Rechtsvergleichung bleiben, da nicht prüfungsrelevant, weithin auf der Strecke.

5. Staatliche Beschäftigungspolitik richtet ihr Augenmerk, habe ich gesagt, in erster Linie auf die Vermehrung der Arbeitsplatzzahl. Der psychologische Hintergrund oder die Motivation dieser Politik liegt in zweierlei. Zum einen soll damit dem öffentlichen Bewußtsein Rechnung getragen werden, daß Arbeitslosigkeit per se etwas schlechtes und die Schaffung von abhängiger Arbeit etwas Gutes sei. Der Verlust des Arbeitsplatzes wird ganz im Einklang mit diesem kollektiven Bewußtsein als Makel statt als Chance oder wenigstens als natürliches Geschehen wahrgenommen und das Sinken der Beschäftigung als Versagen der Politik begriffen, als ob staatliche Politik jemals in der Lage gewesen wäre, sinnvolle, und das heißt immer rentable, Arbeitsplätze zu schaffen. Die andere Motivation für eine auf Mehrung gerichtete Politik im Arbeitnehmerstatus ist wahrhaft sachfremd, nämlich mehr Beitragszahler für die Sozialversicherung zu gewinnen. Zu diesem Zweck sollen Selbständige per Gesetz als sogenannte Scheinselbständige⁹ umetikettiert werden in sozialversicherungspflichtig Beschäftigte, mit der dann letztlich unausweichlichen Folge, daß sie auch als Arbeitnehmer rekrutiert werden. Nach Meinung eines hohen Parteifunktionärs umfaßt dieser Personenkreis derzeit mehr als 1 Mio. Diese Menschen, wie viele es auch immer wirklich sind, haben eine Beschäftigung, aber sie sollen diese Beschäftigung in einem ganz bestimmen Rechtsstatus erbringen, auch auf die Gefahr hin, daß sie diese Beschäftigung dann überhaupt verlieren. Für den Erfahrenen bestehen wenig Zweifel, daß die Erhöhung der Arbeitnehmerzahl auf diesem Weg gleichzeitig auch zur Erhöhung der Arbeitslosenzahlen führen wird.

Ganz generell beobachten wir in Wissenschaft und Rechtssprechung in den letzten beiden Jahrzehnten eine steigende Tendenz zur Einbeziehung bestimmter Beschäftigungsgruppen in das Arbeitsrecht, die nach traditionellem Verständnis dort eher nicht hingehören, wie die freien Mitarbeiter der Massenmedien und die recht große Gruppe der Fremdgeschäftsföhrer von GmbHs. Im Unterschied zu den schon lange traditionell dem Arbeitsrecht attachierten Heimarbeitern gehören diese Gruppen nicht zu den Ärmsten der Armen. Bestimmte Schutzbedürfnisse können bei ihnen zwar auftreten, ein gravierendes oder umfassendes Problem besteht jedoch nicht. Der Gesetzgeber ist gerade auch unter dem Aspekt der Beschäftigungspolitik gut beraten, Arbeitsrecht bei dem zu belassen, was es immer war, als berufsbezogenes Recht typischer Arbeitsverhältnisse. Schutzlücken sind dabei grundsätzlich in Kauf zu nehmen. Wo ihre Schlie-

⁹ Vgl. dazu die Angabe in Fußnote 8.

ßung unumgänglich erscheint, sollte sie problembezogen erfolgen und nicht durch umfassende Ausdehnung der Anwendung von Arbeitsrecht und gar durch Einbeziehung in die Zwangssicherungssysteme des deutschen Sozialrechts.

6. Der kritische Ansatz bei der Frage nach dem Stellenwert beschäftigungspolitischer Ziele für die arbeitsrechtliche Gesetzgebung läßt sich danach vielleicht so präzisieren: Bei jeder arbeitsrechtlichen oder sozialrechtlichen Schutz ausdehnenden, verstärkenden oder vermehrenden Regelung hat der Gesetzgeber stets und immer mit zu bedenken, daß ökonomisch Erhöhungen der Arbeitskosten beschäftigungskomprimierend wirken. Andererseits, das ist etlichen Wünschen von Wirtschaftsverbänden entgegenzuhalten, ist aber die Verringerung oder Senkung bestehenden Sozialschutzes nicht schon deswegen gerechtfertigt, weil davon längerfristig vielleicht positive Beschäftigungswirkungen zu erwarten sind. Hinzukommen muß vielmehr, daß die angestrebte Veränderung einer sinnvollen Neuordnung entspricht, insbesondere etwa den Gerechtigkeitsgehalt der Regelung verbessert, zum Beispiel im Sinn größerer Austauschgerechtigkeit oder daß sich das betroffene Schutzbedürfnis verringert oder gar erledigt hat. Ich möchte gleich hinzufügen, daß die Zahl arbeitsrechtlicher Gesetze – vom Sozialrecht möchte ich nicht näher sprechen – die aufgrund solcher Überlegungen zur Änderung oder Aufhebung heranstehen, nicht sehr groß ist. Dies schon deshalb, weil der Gesetzgeber Arbeitsbedingungen inhaltlich nicht in großer Zahl zwingend selbst regelt. Eine Ausnahme bildet allerdings das Arbeitsschutzrecht im engeren Sinn, in Gestalt des Unfall- und Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer, das viel zu viele detaillierte und zwingende kostenträchtige Anforderungen stellt, freilich mehr und mehr den nationalen Gestaltungsmöglichkeiten entzogen wird, weil sich die EU seiner mit besonderer Liebe annimmt¹⁰. Darin liegt ein Zukunftsproblem von keineswegs geringer Bedeutung, weil die Bundesrepublik sich den EU-Regelungen auch da nicht entziehen wird, wo sie überflüssig sind, was sich bei vielen schon abzeichnet, während andere Länder solches Recht einfach als paper law behandeln werden. Die gestern zu hörende Behauptung, das EG-Recht bleibe unter dem deutschen Niveau, trifft in diesem Bereich keineswegs zu. Im Arbeitsvertragsrecht hat der Gesetzgeber wichtige und sinnvolle Eingriffe, etwa zur Senkung der Lohnnebenkosten schon vorgenommen, nämlich etwa beim Urlaubsentgelt und bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall¹¹. Hier gibt es sicher noch manches zu verbessern, gravierender Regelungsanlaß dürfte indessen nicht bestehen. Darauf und auf andere Details kann ich hier nicht näher eingehen.

7. Drei schwierige Felder harren freilich noch intensiver gesetzgeberischer Bemühung: das Tarifvertragsrecht, davon war ausgiebig die Rede, das Betriebsverfassungsrecht und der Bestandsschutz. Alle drei sind von großer sozialpolitischer und psy-

¹⁰ Vgl. etwa RL 89/391 v. 12. 6. 1989, sog. Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz (AB IEG 1989, L 183, 1), der zahlreiche Einzelrichtlinien gefolgt sind, u. a. über die Anforderungen an Arbeitsstätten, die Verwendung technischer Arbeitsmittel, die Verwendung persönlicher Schutzausrüstungen, die Arbeit an Bildschirmgeräten und vieles mehr.

¹¹ Die Absenkung der Entgeltfortzahlung von 100 auf 80% des Arbeitsentgelts in § 4 I EntgeltfortzG war nicht lang in kraft. Durch das KorrekturG der neuen Koalition vom 19. 12. 1998 wurde der Satz wieder auf 100% angehoben.

chologischer Sensibilität. Darauf werde ich gleich noch etwas näher eingehen. Nicht gesondert behandeln kann ich das schwerwiegende Problem des Richterrechts, das angeblich unser arbeitsrechtliches Schicksal ist. Wie Sie wissen, gibt es eine Fülle von Einschränkungen der Vertragsfreiheit, die nicht auf Gesetz beruhen, sondern auf der Füllung vermeintlicher oder echter Lücken durch die Rechtsprechung. Die Rechtsprechung wird immer wieder, wo ihr das Gesetz dazu Spielraum läßt, in der einen oder anderen Richtung überraschend Regeln aufstellen, um eigene sozialpolitische Vorstellungen zu verwirklichen. Dem gegenüber kann sorgfältige gesetzliche Regelung bis zu einem gewissen Grad helfen, aber da, wo auf generalklauselartige Formulierungen nicht verzichtet werden kann, – das ist beispielsweise im Kündigungsschutz ganz offensichtlich – kann man allenfalls durch Klarstellung der Regelungszwecke gewisse Konkretisierungsspielräume für die Gerichte einengen. Mehr ist nicht möglich. Es ist seit jeher bekannt, daß derartige Vorgaben nur ganz begrenzt wirken. Schon Montaigne hat in seinen wunderbaren Essais – er war ja selbst lange Zeit Richter – dazu das Nötige gesagt¹².

8. Bevor ich auf die von mir genannten gesetzgeberischen Handelns bedürftigen Regelungsfelder eingehe, ist ein Seitenblick nötig auf das, was diese Tagung zentral und überwiegend beschäftigt hat, die Tarifpolitik. Die meisten und schwerwiegendsten beschäftigungshemmenden Normierungen des Arbeitsrechts stammen ja nicht vom Gesetzgeber, sondern von den Tarifvertragsparteien. Die beschäftigungshemmenden Wirkungen dieser Normen werden von den Tarifvertragsparteien selbstverständlich nicht angestrebt, aber doch immerhin in Kauf genommen, also wie die Juristen sagen, mit bedingtem Vorsatz gefaßt. Die ökonomischen Zusammenhänge werden dabei freilich von den Gewerkschaften – unkorrigiert durch die Medien – verzerrt dargestellt, nämlich dahin, daß für tarifpolitische Zurückhaltung von den Unternehmen als Gegenleistung die Schaffung von Arbeitsplätzen geschuldet werde. Ökonomische Abhängigkeit des Beschäftigungsstands von den Arbeitskosten wird mit dieser Formulierung zu einem Austauschgeschäft stilisiert, was vermutlich schon der publizistischen Vorbereitung der für die Weckung der Arbeitskampfbereitschaft notwendigen Agitation dienen soll. Auch wenn man die Aussage nur als metaphorische Einkleidung versteht, ist der Zusammenhang natürlich falsch dargestellt. Bloße lohnpolitische Zurückhaltung schafft nicht von selbst neue Arbeitsplätze, sondern wirkt nur einem weiteren Abbau entgegen. Erst durch das Hinzutreten anderer Umstände, etwa wenn sich diese Lohnzurückhaltung durch hinreichenden zeitlichen Abstand als Reallohnsenkung ausgewirkt hat, eröffnen sich nennenswerte Spielräume für Neueinstellungen. Im übrigen gilt selbstverständlich, daß die Senkung der Arbeitskosten nur *ceteris paribus* arbeitsplatzvermehrend wirkt, wie auch umgekehrt ihre Erhöhung nicht unter allen Umständen die Beschäftigung komprimiert. Ganz generell zeigt sich an diesen Betrachtungen im übrigen die große intellektuelle Schlichtheit, um es vorsichtig auszudrücken, durch die das tarifpolitische Geschehen bestimmt wird, oder sagen wir es

¹² *Montaigne*, Essais, 3. Buch Kap. XIII, über die Erfahrung, in der Ausgabe des Eichborn-Verlages, Übersetzung von H. Stilet, 2. Aufl. 1998 S. 537 f.

gerechter und maßvoller, *auch* bestimmt wird. Die Tarifvertragsparteien versuchen freilich, den arbeitsplatzvernichtenden Wirkungen ihrer eigenen Politik ebenso wie dem von anderen Ursachen ausgehenden Abbau der Beschäftigung entgegenzuwirken. Die wichtigste dahingehende Regelung ist, wie jedermann weiß und hier auch schon zur Sprache gekommen ist, die Arbeitszeitverkürzung. Wurde diese zunächst angestrebt, um gesundheitliche Belastungen zu verringern oder den Arbeitnehmern vermehrte Freizeit zu verschaffen, tritt seit der Unterschreitung der 40-Stunden-Grenze erklärtermaßen der Zweck stärkerer Verteilung der Arbeit in den Vordergrund. Ob die Tarifparteien solche rein beschäftigungspolitisch motivierten Regelungen überhaupt treffen dürfen, ist überaus streitig. Dieter *Reuter* hat dazu das ganz Richtige schon gesagt, denn Beschäftigungspolitik als alleiniges Ziel ihrer Regelung ist mehr als fragwürdig. Zwar haben die Tarifparteien, selbstverständlich würde man sagen, bei ihren Normierungen beschäftigungspolitische Negativwirkungen mitzubedenken, was sie gerade vielfach nicht getan haben und auch heute vielfach nicht tun. Zu sinnvoller eigenständiger Beschäftigungspolitik sind sie indessen gar nicht in der Lage, denn solche Politik kann und darf sich nicht auf Branchen beschränken. Darum aber geht es den Gewerkschaften vor allem. Sie wollen möglichst viele Mitglieder in ihrem Bereich halten, auch wenn längst deren Beschäftigung in anderen Tarifbereichen sinnvoller wäre. Der Ausgleich der Ressource Arbeitskraft zwischen schrumpfenden und expandierenden Branchen wird so zum Schaden des ganzen behindert, Tarifpolitik wirkt damit in die wohlstandswidrige Richtung. Inzwischen mehrt sich auch die Einsicht, daß Arbeitszeitverkürzung ein zur Schaffung neuer Arbeitsplätze wenig geeignetes Mittel ist. Nach neuen Studien scheint von ihr auch eine innovationshemmende Wirkung auszugehen, die zusätzlich wirtschaftsschädlich wirkt.

9. Damit sind wir bei dem zentralen Problem der Fortentwicklung unseres Tarifrechts. An die von niemandem mehr ernstlich bezweifelte Feststellung, daß die tarifvertraglichen Regelungen Arbeitslosigkeit verursachen oder mitverursachen, knüpfen Verbandsvertreter derzeit gern Schuldbekennnisse. Wir haben gestern ein solches gehört von jemandem, der gesagt hat, er hätte selbst wider besseres Wissen solche Unterschriften geleistet und von Herrn Hundt haben wir auch Besserungsgelöbnisse gehört. In der Tat machen die Tarifparteien derzeit auch etliches besser. Aber man muß zweifeln, wie lang das der Fall sein wird, und ob nicht bei der nächsten echten Druckausübung von Seiten der Gewerkschaft die Arbeitgeberseite nachgeben wird, wie sie das ja auch im übrigen vor nicht langer Zeit bei der Lohnfortzahlung getan hat. Die Frage, ob der Vorwurf des Narrentums, den ein hoher Wirtschaftsfunktionär kürzlich gegenüber dem Bundesarbeitsminister erhoben hat, von ihm nicht lieber in seinem eigenen Lager hätte verteilt werden sollen, möchte ich nur ganz vorsichtig als Anregung zum Nachdenken in den Raum stellen. Ich bezweifle auch ernstlich, ob die Tarifvertragsparteien es schaffen werden, die Entschuttung ihrer überfrachteten Manteltarifverträge etc. zu bewerkstelligen. Diese Regelungen bleiben bestehen, weil es in den einschlägigen Tarifrunden nicht wichtig genug ist, daran zu rühren, und sie bleiben bestehen, obwohl allmählich der Durchblick gegenüber unterschiedlichen Schichten der Regelung und ihren Zwecken auch den erfahrensten Tarif-

politikern verloren gegangen ist. Die Richtigkeit tariflicher Regelungen ist auch deswegen so fragwürdig, weil das sogenannte Gegengewichtsprinzip¹³ nicht funktioniert, vielmehr die Tarifparteien sich nach ihrem je eigenen Kalkül, wenn nötig zu Lasten von Arbeitsmarkt und Allgemeinheit, einigen. Das Kalkül der Arbeitgeberseite war von jeher einfach: Sie rechnet, was sie ein Streik von mittlerer Dauer einerseits und die zu einer friedlichen Einigung erforderliche Lohnerhöhung andererseits kostet. An der Schlichtheit dieser von gesamtwirtschaftlicher Rationalität weit entfernten vergleichenden Rechnung wird deutlich, wie wenig tarifvertragliche Normsetzungstätigkeit mit gesetzgeberischer Dignität zu tun hat. Ich möchte aber gleich betont hinzufügen, daß dies kein Vorwurf an die jeweils konkret beteiligten Personen ist. Die tun ihren Job nach den konkreten Gegebenheiten und so, wie es von ihren Auftraggebern erwartet wird, Verbandskrise, Herr Rütters, hin oder her. Die Mängel liegen im System. Herr Reuter hat das sehr schön noch einmal gesagt. Wer das Tarifvertragssystem in seiner bisherigen Gestalt erhalten wissen will, muß diese Mängel in Kauf nehmen.

An diesen Systemmängeln würden wahrscheinlich die zahlreichen beschäftigungspolitisch motivierten Vorschläge nichts ändern, die den vom Verbandstarifvertrag überforderten oder überrollten Unternehmen innerhalb und außerhalb von wirtschaftlichen Krisen den Ausstieg aus dem Verband oder etwa mittels Härteklauseln die Lösung vom Tarifvertrag erleichtern wollen. Solche Regelungen können nützlich sein. – Herr Rieble hat das heute ja stark relativiert – das Gedeihen oder wenigstens das Überleben einzelner solcher Unternehmen zu ermöglichen, nämlich wenn die Arbeitnehmer aufgrund der besonderen Situation einverstanden sind, die nachwirkenden Tarifnormen zu unterschreiten. Von daher also sind sie durchaus zu befürworten. Daß sie die Arbeitgeberverbände veranlassen könnten, gegenüber einer Erhöhung der Tarifbedingungen den Widerstand zu verstärken, scheint mir hingegen unwahrscheinlich. Im Gegenteil: Gesetzliche Härteklauseln könnten sogar dazu führen, daß Tarifverträge die Arbeitskosten stärker anhebende Regeln treffen, als dies ohne diese Escape-Möglichkeit der Fall wäre. Der Vorteil des Flächentarifvertrags, daß die wettbewerbsstärkeren Unternehmen von der Arbeitskostenseite her größere Spielräume haben, etwa bei der Preisgestaltung, die sie zum Ausbau ihrer Stellung auf den Weltmärkten nutzen können, würde dadurch zwar nicht in gleicher Weise abgeschwächt wie beim Übergang zum Firmentarifvertragssystem, aber doch konterkariert.

Am System des Tarifvertragsrechts ändern auch Kleinkorrekturen nichts, mit denen die Marktzutrittschancen Arbeitsloser verbessert werden, indem diese für einen begrenzten Zeitraum zu untertariflichen Löhnen abschließen dürfen. Dahingehende Vorschläge entsprechen in etwa der alten, auch von *Klaus Adomeit* befürworteten Idee, daß die Einstellung zu untertariflichen Bedingungen für den Arbeitslosen günstiger sei als die Arbeitslosigkeit. Ich bezweifle indessen, daß Arbeitgeber insoweit einen *Zusatzbedarf* an Arbeitskräften in nennenswertem Umfang decken würden. Ob es möglich wäre, wenn man so etwas gestattet, eine Verdrängung vorhandener Arbeit-

¹³ Zu diesem neustens *Wiedemann*, TVG, 6. Aufl. 1999 § 1 Rn. 216 m. N.

nehmer verlässlich zu verhindern, ist mir ebenfalls zweifelhaft, weshalb ich mich nicht für solche Regelungen aussprechen könnte.

10. Es erhebt sich die bange Frage, ob künftig die Rolle des Tarifvertrags grundsätzlich verändert werden soll. Eine Funktion des Tarifvertrages ist es ja, als eine Art Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu dienen. Das könnten die Tarifnormen auch dann, wenn ihnen die zwingende Wirkung genommen würde. Es käme ihnen gleichwohl natürlich größere Legitimationskraft zu, als einseitig vom Arbeitgeber aufgestellten Bedingungen. Herr Reuter hat heute für die Betriebsvereinbarung etwas ähnliches vertreten. Folge einer solchen Änderung hätte dann aber natürlich zu sein, daß mit dem Tarifvertrag keine Friedenspflicht verbunden wäre. Die friedensstiftende Funktion des Tarifvertrags ist es aber doch, worauf am wenigsten verzichtet werden kann. Ich kann mich deshalb zu einer solchen, ich will nicht sagen *Tabula rasa*, aber zu einem so weitgehenden Einschnitt nicht ohne weiteres verstehen.

11. Schließlich bleibt die große Frage der Öffnung des tarifvertraglichen Regelungsraums für betriebliche Regelungen, über die schon nach geltendem Recht möglichen tarifvertraglichen Öffnungsklauseln hinaus. Vorgeschlagen worden sind insoweit gesetzliche Öffnungsklauseln für bestimmte Materien oder für bestimmte Konstellationen, aber auch die generelle Abschaffung des 77 III BetrVG. Das war ausführlicher Verhandlungsgegenstand dieser Tagung. Daß Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz diese Abschaffung verbietet, wie viel behauptet wird, halte ich nicht für zutreffend, denn die tarifvertragliche Regelungstätigkeit als Koalitionszweckverfolgung wird dadurch ja nicht unterbunden und auch nicht sinnentleert. Auch der Fortbestand der Gewerkschaften würde nicht ernstlich gefährdet. Von dieser verfassungsrechtlichen Frage abgesehen ergeben sich aber eine Reihe von Unterfragen, über die nun heute Nachmittag so ausführlich gesprochen worden ist, daß ich sie hier nicht noch einmal aufwärmen will, obwohl ich noch das eine oder andere vielleicht interessante Schlaglicht darauf werfen könnte.

12. Die Überlegungen zeigen, daß bei grundsätzlicher Belassung des Systems der Tarifautonomie mit den erwähnten möglichen gesetzlichen Korrekturen zwar nützliche Verbesserungen dieses Systems im Sinn einer Ermöglichung der Erhaltung gefährdeter Arbeitsplätze geschaffen werden können, daß aber gewichtige positive Arbeitsmarkteffekte damit nicht zu erzielen sind. Diese müßten vielmehr von den Tarifvertragsparteien selbst kommen. Erleichtert würde das allerdings eventuell durch Eingriffe in das Arbeitskampsystem und seine mindestens teilweise Ersetzung durch rationalere und vor allem schonendere Methoden der Konfliktbewältigung. Schon Verfahrensverbesserungen, wie das kürzlich von Herrn Lieb besprochene schwedische Modell¹⁴, könnten dazu hilfreich sein. Schlechte Erfahrungen mit der Zwangsschlichtung in der Weimarer Zeit sollten uns jedenfalls heute nicht mehr abschrecken, das archaische Arbeitskampswesen zu modernisieren, möglicherweise wäre sogar die Ersetzung durch ein intelligentes Würfelspiel volkswirtschaftlich sinnvoller.

¹⁴ Lieb, in: Inst. d. dt. Wirtschaft (Hsg.), Das schwedische Modell der Konfliktlösung, Ein Vorbild für die Tarifpolitik in Deutschland?, S. 20 ff.

13. Lassen Sie mich noch einige Bemerkungen zum Betriebsverfassungsgesetz machen. Sie wissen, daß die Betriebsverfassung den arbeitsrechtlichen Alltag im Betrieb weit stärker bestimmt, als alle anderen rechtlichen Regeln. Für den Arbeitgeber bewirkt es Erleichterung mancher Maßnahmen ebenso wie Erschwerung und Komplizierung. Es gibt Betriebe, in denen sich die Betriebsverfassung nahezu gänzlich positiv auswirkt, und solche, in denen es permanenten unentfernbar Sand im Getriebe bedeutet. Im Schnitt dürften die Erfahrungen zwischen diesen Polen liegen. Die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes in ihrer Gesamtheit verursachen Arbeitskosten in nicht unbeträchtlicher Höhe, nicht nur wegen der hohen Betriebsratskosten, sondern wegen der erheblichen Verteuerung vieler Maßnahmen durch Reibungsverluste, Wartezeiten etc. Diesen Kosten stehen in schwer kalkulierbarem Umfang auch materiell zu Buch schlagende Vorteile gegenüber, in eventueller Verbesserung der Akzeptanz bestimmter Organisationsmaßnahmen, in Befriedigungseffekten und ähnlichem. Wissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse darüber liegen freilich nicht vor. Daß Betriebe ohne Betriebsrat sich in der Bewältigung von normalen, d. h. nicht von schwerwiegenden Problemen beladenen Zeiten, wesentlich schwerer tun, läßt sich nach meiner freilich nur sehr ausschnitthaften Kenntnis nicht feststellen. Meinen Studenten sage ich immer, sie sollten, wenn sie einmal in einem Hotel absteigen müßten, möglichst ein solches ohne Betriebsrat aufsuchen. Die Chancen auf guten Service seien dort besser. Ich füge aber gleich hinzu, daß dies eine empirisch nicht untersuchte Sottise sei. Der langen Rede kurzer Sinn ist, daß sich die beschäftigungshemmenden Effekte des Betriebsverfassungsrechts schwer abschätzen lassen. Daß von ihm eine gewisse investitionshemmende Wirkung auf ausländische Unternehmen ausgeht, halte ich für wahrscheinlich. Trotzdem kommt eine Abschaffung oder wesentliche Reduzierung des Betriebsverfassungsrechts politisch kaum in Frage, auch wenn man Herrn *Sodan* insoweit natürlich nicht folgen kann, daß das in Art. 9 Abs. 3 garantiert sei, was wir haben. Nachzudenken ist jedoch über den Abbau bestimmter Mitbestimmungsrechte, namentlich solcher über die Lohnhöhe und über die Einstellung, vor allem aber über eine Zurückdrängung und Beschränkung von Unterlassungsansprüchen des Betriebsrats gegenüber arbeitgeberischen Maßnahmen. Ich kann das in der hier erforderlichen Kürze nicht näher ausführen, ohne zahlreiche Mißverständnisse zu wecken und rette mich in die Feststellung, daß unmittelbare Beschäftigungseffekte dadurch nicht in gewichtigem Ausmaß zu erzielen wären.

14. Das gleiche läßt sich konstatieren für mögliche und diskutabile Maßnahmen im Bereich des *Kündigungsschutzrechts*. Zwar würde eine völlige oder weitgehende Beseitigung des Bestandsschutzes deutliche Arbeitsmarkteffekte haben. Sie kommt indessen jedenfalls für mich nicht in Betracht. Noch immer scheint mir der Bestandsschutz ein Herzstück des Arbeitsrechts zu sein, mit dem der Unterworfenheit des Arbeitnehmers unter die Bestimmungsmacht des Arbeitgebers wenigstens ein Stück weit entgegengewirkt wird. Sicher kann man darüber nachdenken, die partiell zu hohen Anforderungen an Kündigungsgründe, die von der Rechtsprechung, etwa bei Krankheit, praktiziert werden, auf ein vernünftiges und zum Schutz des Arbeitnehmers gegen Willkür ausreichendes Niveau abzusenken. Beseitigen darf man die Erforderlich-

keit von Gründen für die Kündigung, von kleinen Unternehmen abgesehen, nicht. Freilich ist nicht zu übersehen, daß der Kündigungsschutz ein Hemmnis für Unternehmensneugründungen ist. Dem könnte der Gesetzgeber deutlicher Rechnung tragen, als er das bislang getan hat. Ob man zulassen soll, daß Arbeitslose unter bestimmten Voraussetzungen für einige Jahre ab Einstellung auf Kündigungsschutz sollen verzichten können, wie Schellhaaß¹⁵ es vorgeschlagen hat, ist eine diskutabile Frage. Ich neige eher dazu, sie zu verneinen, aus ähnlichen Gründen, wie ich sie für die Ablehnung des Vorschlags genannt habe, daß Arbeitslose auf Tarifbedingungen verzichten können.

15. Überblickt man die Gesamtheit der Vorschläge, die in der öffentlichen Diskussion dazu gemacht worden sind, aufgrund arbeitskostensenkender Wirkungen Beschäftigungseffekte zu erzielen, erscheint die Ausbeute eher dünn. Das stützt meine These, daß bei den notwendigen arbeitsrechtlichen Reformen zwar beschäftigungspolitische Wirkungen selbstverständlich mitbedacht und miterstrebt werden dürfen und sollen, daß Leitlinie der notwendigen Reformen aber nicht primär diese beschäftigungspolitischen Wirkungen selbst sein sollten, sondern viel wichtigere Überlegungen, nämlich die Verbesserung der Freiheitlichkeit und der Austauschgerechtigkeit des arbeitsrechtlichen Systems und damit einhergehend seine größere Anpassungsfähigkeit an sich ändernde wirtschaftliche und technische Bedingungen, die Verstärkung seiner Marktbezogenheit. Mit dieser Verbesserung der Anpassungsfähigkeit, die unter dem Stichwort der Flexibilisierung¹⁶ seit längerem diskutiert wird, ist ein gegenüber der Beschäftigungsförderung umfassenderer ideeller Ansatz für arbeitsrechtliche Reformen verbunden, der zu einer über direkte Arbeitsmarktwirkungen hinausreichenden erheblichen Verbesserung der wirtschaftlichen Effizienz führt. Und von dieser verbesserten wirtschaftlichen Effizienz dürfen zusätzliche Arbeitsmarkteffekte erwartet werden, die eine arbeitsrechtliche Reform erst wirklich lohnend machen. Der Beschäftigungsförderungsaspekt greift zu kurz. Daß er das tut, erweist sich nicht nur unter gesamtwirtschaftlicher Betrachtung, sondern auch, wenn man einen Perspektivenwechsel vornimmt zu dem einzelwirtschaftlichen Aspekt des Unternehmenszwecks. Es geht dort um die Frage, welches Ziel die Unternehmensleitung zu verfolgen hat. Die Diskussion dieser Frage wird in den letzten Jahren aktiengesellschaftsbezogen unter dem Stichwort *shareholder value* geführt¹⁷, kann aber selbstverständlich nicht auf die Aktiengesellschaft beschränkt sein, sondern muß, was die Interessenausrichtung der Unternehmensführung angeht, für alle Unternehmensformen gelten. Dieses Konzept, das der Sache nach schon ziemlich alt ist, stellt seit langem die Leitidee im Bereich der Investitions- und Finanzierungstheorie der Betriebswirtschaftslehre dar, die verlangt, daß Investitionen sich streng am Marktregime ausrichten, was zur Folge hat, daß die Ausschüttungspolitik in stärkerem Maße als das weit-

¹⁵ Schellhaaß aaO (Fn. 3) S. 68 u. 116.

¹⁶ Dazu die Nachweise in Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 5. Aufl. S. 11; s. ferner W. Franz/B. Rütters, Arbeitsrecht und Ökonomie – Mehr Beschäftigung durch eine Flexibilisierung des Arbeitsrechts, RdA 1999, 32.

¹⁷ Dazu sehr gut informierend aus juristischer Sicht Schilling, BB 1997, 373; aus betriebswirtschaftlicher Sicht Franz W. Wagner, BFuP 1997, 473.

hin üblich war und ist, aktionärsfreundlich ausgerichtet wird. Gedankliche Strategien gegen diesen ökonomischen Ansatz bilden heute die Verpflichtung der Unternehmensverwaltung auf ein angebliches Unternehmensinteresse, das niemand sachlich oder dem Träger nach ausmachen und abgrenzen kann. Vielfach vertreten worden ist auch ein Verständnis des Unternehmens als einer Art Koalition von Kunden, Mitarbeitern und Geldgebern, deren Interessen die Unternehmensleitung zum Ausgleich zu bringen habe, wie noch 1973 erstaunlicherweise das Davoser Manifest auf einem europäischen Management-Symposium formuliert hat. Der Unternehmensgewinn ist nach diesen Vorstellungen Mittel zur Fortexistenz des Unternehmens. Den Unternehmen wird insbesondere eine Sozialpflichtigkeit besonderer Art zugeschrieben, die bei etlichen Unternehmensvorständen sogar dazu geführt hat, daß sie verkündet haben, Arbeitnehmerinteressen hätten Vorrang vor den Kapitaleignerinteressen. Ich zitiere den Personalvorstand der Volkswagen AG, von dem der Satz stammt, es gehe bei dem Ziel der Gesellschaft nicht um die Gewinnmaximierung, sondern um „wirkliche Unternehmensziele“. Im Mittelpunkt stehe für Volkswagen die Sicherung der Arbeitsplätze an den deutschen Standorten. Diese Position avanciere zum Unternehmensziel Nummer Eins. Es gibt leider auch in anderen Unternehmen durchaus vergleichbare Stellungnahmen. Man könnte natürlich untersuchen, inwieweit die vom Vorstand dieser Gesellschaft – VW – abgeschlossenen Haustarifverträge mit ihren extremen Formen der Arbeitszeitverkürzung und manchem anderen dieser Maxime gerecht werden. Ich tue das nicht, sondern begnüge mich mit der Bemerkung, daß wir es hier mit ideellen Verwirrungen zu tun haben, die ein marktwirtschaftliches System an der Basis untergraben würden, wenn sie denn wirklich in der Unternehmenspolitik vieler Unternehmen ernst genommen würden. Aber was wir hier für die Unternehmensführung überlegen, kehrt bei dem gesamtwirtschaftlichen Konzept des Sozialschutzes als Problem wieder: Wie weit die soziale Komponente der Marktwirtschaft ausgebaut werden oder erhalten werden kann zu Lasten der wirtschaftlichen Effizienz. Ich möchte das soziale Element nicht durch arbeitsrechtliche Reformen vernichtet sehen, aber bleiben wie es ist, kann es nicht.