BERND RÜTHERS

Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Deutschland

„Juristen sind schlechte Christen“, mehr noch: „Die Schinder schinden tote Tiere – die Juristen aber schinden lebendige Menschen“, soll Martin Luther einmal gesagt haben.

Aus der Sicht vieler, vor allem kleiner und mittelständischer Unternehmer, könnte er damit vor allem die Arbeitsrechtler gemeint haben, die es im späten Mittelalter übrigens auch schon gab. Es läßt sich unschwer feststellen:

These 1:

Das Arbeitsrecht ist für viele Leute in der Wirtschaft auf allen Führungsebenen, vom Vorstandschef bis zum Meister, oft ein Ärgernis.

Die Arbeitsrechtler gelten in den Unternehmen nicht selten als Bremser des technischen Fortschritts und des Unternehmensertrags. Sie genießen bei ihren nichtjuristischen Kollegen in der Unternehmensführung oft das Ansehen von Leuten, die Sand statt Öl ins Getriebe bringen. Das Arbeitsrecht wird in seiner Funktion und in seiner quantitativen wie qualitativen Bedeutung für entwickelte Industriegesellschaften oft verkannt.

Funktion

Industriegesellschaften sind unabhängig von ihrer Systemideologie im Bereich des Arbeitslebens überwiegend hierarchisch organisiert: Einer im Vergleich kleinen Zahl von Weisungsberechtigten steht eine große Zahl Weisungsgebundener gegenüber.

Diese Ausgangslage bewirkt ein hohes Potential von Interessenspannungen zwischen den Weisungsberechtigten (Arbeitgeber) und den Weisungsgebundenen (Arbeitnehmer), welches für alle modernen Gesellschafts- und Staatsordnungen kennzeichnend ist.

Das Arbeitsrecht hat die Funktion, dieses Spannungsfeld der „Arbeitsbeziehungen“ systemverträglich zu regeln und zu steuern. Es geht darum, die real vorhandenen Interessengegensätze und Interessengemeinsamkeiten so zu steuern, daß die Beteiligten und das Gemeinwesen zu akzeptablen Interessenharmonisierungen gelangen und Konflikte systemverträglich gelöst werden können.

Das geltende Arbeitsrecht erfaßt, rechnet man den öffentlichen Dienst mit, etwa 75 bis 80% der erwerbstätigen Bevölkerung und damit die große Mehrheit des Wählerpotentials in einer Demokratie. Für diese Arbeitnehmer ist es der Alltag ihrer Arbeitswelt,

ihres Betriebs, in dem sich ein großer Teil ihrer gesellschaftlichen und politischen Meinungs- und Urteilsbildung abspielt. Für sie ist der demokratische und soziale Rechtsstaat so, wie sie ihn am Arbeitsplatz und im Unternehmen erleben. Den Rahmen dafür setzt (auch) das Arbeitsrecht. Es gilt überwiegend als ein Teil des vermeintlichen Zivilrechts. Es ist zugleich ein systempolitisch besonders bedeutsames Steuerungsinstrument, eine besonders *politische* Rechtsmaterie.

Viele, auch führende Leute der Wirtschaft haben ihre Unternehmen länger als rein ökonomische, allein oder doch primär auf den Unternehmensgewinn und seine sachgerechte Verteilung zielende Veranstaltung verstanden. Unternehmersein – sei es als Eigentümer, sei es als angestellter Manager – das erscheint ihnen als ein definitionsgemäß unpolitisches Geschäft.

Auf dem Hintergrund des bisher Ausgeführten darf es fast als Binsenwahrheit gelten, wenn ich sage:

These 2:

Unternehmen sind zugleich *ökonomische*, *gesellschaftliche* und *politische* Veranstaltungen.

Sie erwirtschaften bestimmte Produkte (Waren oder Dienstleistungen), sie wirken zugleich in vielfältiger Weise durch ihre Investitionen, ihre Personalpolitik, ihre Produktionsverfahren und ihre Produkte auf ihr gesellschaftliches und politisches Umfeld, auf die Gesellschafts- und Staatsordnung ein. Sie prägen das gesellschaftliche und politische Bewußtsein ihrer Mitarbeiter in einem beträchtlichen Umfang. Unternehmer sein, ein Unternehmen führen, das ist unentrinnbar auch eine gesellschaftsgestaltende, eine politische Tätigkeit, und zwar auch dann, wenn diese Rolle nicht gesehen oder gewollt wird, sie wird real ausgefüllt, selbst im „Blindflug“.

Jede Neuerrichtung größerer Unternehmensanlagen auf der „grünen Wiese“ beweist das durch die damit einsetzende Umgestaltung des Umlandes und seiner topographischen und ökonomischen Strukturen, der Bodenpreise, Verkehrswege, Wohnsiedlungen, Bildungseinrichtungen, Entsorgungsbedürfnisse. Wir reden nicht zufällig von „Industriegesellschaft“ und „Industriestaat“.¹ Die industrielle Produktionsweise hat diesen Staat geprägt. Die ökonomische Leistungsfähigkeit dieser Wirtschaftsform gibt ihm die unverzichtbare materielle Existenzbasis. Wo sie brüchig wird oder entfällt, gerät das Gesamtsystem in Gefahr. In Deutschland erleben wir das seit dem ökonomischen Scheitern des realen Sozialismus auf breiter Front mit besonderer Intensität und Anschaulichkeit. Daß darin zugleich eine Warnung liegt, die Leistungsfähigkeit einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung nicht leichtfertig „auf die Probe zu stellen“ und zu überfordern, wird leicht übersehen.

Vielleicht fragt sich mancher jetzt: Was hat das mit dem Thema „Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandorts Deutschland“ zu tun? Ich meine: viel!

Wer das Arbeitsrecht in einer entwickelten Industriegesellschaft liberaler Prägung zutreffend verstehen will, muß es als einen zentral bedeutsamen, integrierten und inte-

¹ Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971.

grierenden Bestandteil des ökonomischen, gesellschaftlichen und staatlichen Gesamtsystems verstehen.

These 3:

Die Grundprinzipien der jeweiligen Arbeitsverfassung, Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung bilden eine Einheit. Besser: Jedes politische System schafft sich in vielfältigen Wechselwirkungen seine systemgemäße Wirtschafts- und Arbeitsverfassung.

Wirtschafts- und Arbeitsverfassung sind also nicht beliebig, sondern nur in verfassungsgesetzlichen Bandbreiten variabel; sie sind nicht verfassungsneutral. Als Arbeitsverfassung bezeichne ich die Summe der rechtlich geordneten Arbeitsbeziehungen auf allen Gestaltungsebenen, also Einzelarbeitsverträge, Betriebsverfassung, Unternehmensmitbestimmung, Tarifautonomie, Schlichtungswesen, Arbeitskampfrecht. Vielleicht muß man sogar rechtlich nicht erfaßte Gestaltungsinstrumente wie Spitzengespräche im Kanzleramt und Solidarpaktversuche mit zur realen „Arbeitsverfassung“ zählen, wenn sie sich verfestigen. Es gibt viele Tendenzen zu informellen Verfassungselementen dieser Art.

Die Erfahrung der häufigen System- und Verfassungswechsel in Deutschland zeigt uns anschaulich, daß jede neue Staatsverfassung in kurzer Frist auf die Arbeitsverfassung ausstrahlt.

Ich beschränke mich auf das Beispiel der Betriebsverfassung:

WRV von 1919	Betriebsräte-Gesetz 1920
NS-Staat 1933	AOG 1934
Zusammenbruch 1945	KRG 1946
Grundgesetz 1949	BetrVG 1952
DDR-Verfassung 1949	Beseitigung der Betriebsräte durch zentral angeleitete BGO (FDGB) 1950

Im staatsrechtlichen Prozeß des Beitritts der früheren DDR zur Bundesrepublik läßt sich eindrucksvoll ablesen, welchen staatsrechtlichen Rang die Vertragsparteien des Staatsvertrages (StV vom 18. Mai 1990) und des Einigungsvertrages einer stabilen und verfassungsgemäßen Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialordnung beigemessen haben.

In Art. 1 Abs. 3 StV haben die Vertragsparteien – wenn ich recht sehe mit Verfassungsrang vereinbart:

„Grundlage der Wirtschaftsunion ist die Soziale(!) Marktwirtschaft“.

Art. 1 Abs. 4 StV lautet:

„Die Sozialunion bildet mit der Währungs- und Wirtschaftsunion eine Einheit. Sie wird insbesondere bestimmt durch eine der Sozialen Marktwirtschaft entsprechende *Arbeitsrechtsordnung*.“

Hier wird deutlich: Die Arbeitsverfassung ist untrennbar ein Teil der Wirtschaftsverfassung.

Nach Art. 2 Abs. 2 StV werden entgegenstehende Rechtsnormen nicht mehr angewendet.

Die genannten Bestimmungen sind übrigens auch ein Beispiel für das reichhaltige „Know-how“, das die deutschen Juristen im Umgang mit den rechtstechnischen Problemen und Instrumenten bei der Bewältigung von politischen Systemwechseln gesammelt haben. Wir sind ungewollt Spezialisten der Organisation und Abwicklung solcher Systemwechsel geworden, was den guten Ruf des Berufsstandes nicht immer gesteigert hat.

These 4:

Sieht man die Rolle des Arbeitsrechts in entwickelten Gesellschaften und die gesellschaftspolitische Prägefunktion der Betriebe und Unternehmen so, wie hier angedeutet, dann ergibt sich daraus eine andere als die traditionelle Sicht der *Normzwecke* des Arbeitsrechts:

Zweck 1: Sozialschutz

Üblicherweise wird ihm ein einziger Zweck zugeschrieben, nämlich die Sicherung des unabdingbaren Sozialschutzes und der Menschenwürde der Arbeitnehmer. Sie brauchen einen wirksamen Schutz, weil sie mit dem Arbeitsverhältnis in weitgehend fremdbestimmte Organisationsstrukturen ihrer Betriebe und Unternehmen eingegliedert werden. Hier liegen die historischen Wurzeln der Entstehung des Arbeitsrechts. Es war die Antwort auf die Verelendung des Proletariats im 19. Jahrhundert. Inzwischen ist für viele Arbeitnehmer aus dem bloßen *Schutzrecht* ein *Staatsrecht* gleichberechtigter Bürger in einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung geworden. Der soziale Schutzzweck des Arbeitsrechts ist weiterhin vorhanden und notwendig, aber er ist nicht der einzige Zweck des Arbeitsrechts.

Zweck 2: Effizienzschutz

Ein funktionsfähiges Arbeitsrecht dient dazu, eine möglichst reibungsarme und konfliktfreie (störungsfreie), optimal effiziente Produktion von Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten. Es kanalisiert die schichtspezifisch vorgegebenen Interessendifferenzen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern und bindet die Austragung nicht vermeidbarer Konflikte in die Rechtsordnung ein.

In diesem Sinne ist das Arbeitsrecht dem Wirtschaftsrecht, die Arbeitsverfassung der Wirtschaftsverfassung zugeordnet. Es fordert die Optimierung der ökonomischen Leistungsfähigkeit des Gesamtsystems.

Zweck 3: Friedensfunktion und Systemstabilität

Industriestaaten sind existentiell von der Leistung ihrer Volkswirtschaften abhängig. Das Arbeitsrecht hat u. a. die Aufgabe, den sozialen Frieden zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, zwischen „Kapital“ und „Arbeit“ zu sichern. Wo das Arbeitsrecht diese friedensstiftende Funktion verliert, wo Arbeitskonflikte nicht mehr innerhalb des Rechts ausgetragen werden, sondern außer Kontrolle geraten oder gar gegen die beste-

hende Sozialordnung geführt werden, da gerät die gesamtstaatliche Ordnung in Gefahr. Historische Beispiele sind etwa der 17. Juni 1953 in der DDR, die Streiks in Ungarn und Posen 1956, in der CSSR 1968, erneut in Polen/Danzig 1971 und 1980 mit der Verhängung des Kriegsrechts.

Großkonflikte in der Arbeitswelt gefährden neben den ökonomischen oft auch die politischen Grundlagen des Staates und der Verfassung.

Ein gut funktionierendes Arbeitsrecht bildet gerade in Spannungslagen einen wichtigen Teil der politischen Systemstabilität.

Die Bundesrepublik ist – im Vergleich zu den übrigen Industrienationen mit marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnungen – das Land mit den geringsten Produktionsverlusten durch Arbeitskämpfe.² Das ist für den Wirtschaftsstandort Deutschland ein wichtiger Gesichtspunkt.³

Die Ursachen der Seltenheit von deutschen Arbeitskämpfen liegen sicher nicht allein aber auch im deutschen Arbeitsrecht. Der relativ festgefügte gesellschaftliche Konsens in der Bundesrepublik hat einen *politischen Preis*. Die deutschen Gewerkschaften setzten nach 1919 und nach 1945/49 die gesetzliche Anerkennung der *Mitbestimmung* in allen Betrieben und in den Unternehmen durch, die als Kapitalgesellschaften organisiert sind. Nimmt man den großen Einfluß der Gewerkschaften auf die kollektiven Arbeitsbedingungen durch die *Tarifautonomie* hinzu, so bestimmen die Arbeitnehmer und ihre Repräsentanten auf vier wirtschaftlichen Ebenen entscheidend mit:

Betriebsverfassung: Arbeitgeber ——— Betriebsräte

– BetrVG 1972 teils erzwingbare Mitbestimmungsrechte in sozialen, persönlichen, wirtschaftlichen Angelegenheiten

Unternehmensverfassung:

– MitbestG 1977 Mitbestimmung in den Aufsichtsräten

Tarifautonomie:

– TVG – Paritätische Mitbestimmung bei allen materiellen Arbeitsbedingungen
mit Schlichtung und Arbeitskampffreiheit

Gesamtwirtschaftliche Ebene:

Beteiligung an

- Arbeitsgerichtsbarkeit in allen Instanzen
- Sozialversicherung
- Gesetzgebungsverfahren
- Medienräte
- Erheblicher Einfluß auf Parlament und Regierung (Kanzlerrunden) durch die Spitzenverbände

² Bei diesem Vergleich bleiben die Schweiz und Österreich außer Betracht, weil dort Sonderbedingungen herrschen.

³ Die seltenen Arbeitskämpfe finden zudem etwa seit 15 Jahren nur noch in drei Tarifzweigen statt: in der Metallindustrie, im Druckbereich und – wirtschaftlich und sozial besonders problematisch – im Öffentlichen Dienst.

These 5:

Die Mitbestimmung hat im Laufe der Jahrzehnte einschneidende Strukturveränderungen der Arbeits-, Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung bewirkt, vor allem die gesellschaftspolitischen Mentalitäten in allen beteiligten Gruppen und in der gesamten öffentlichen Meinung umgeformt.

Der unbestreitbare Glanz, der – auch und gerade im internationalen Vergleich – vom Kooperationsmodell des deutschen Arbeitsrechts („Modell Deutschland“ – H.M. Schleyer) ausging, ist in den letzten 15 Jahren eher matt geworden.

Schon die alte Bundesrepublik hat seit der 2. Hälfte der siebziger Jahre ziemlich dauerhaft eine Arbeitslosenzahl an der 2 Millionengrenze gehabt. Der große Arbeitskampf 1984 im Metall- und Druckbereich hat die Zweifel bestärkt, ob dieses System der Arbeitsbeziehungen auch in konjunkturell schlechteren Zeiten dauerhaft funktionsfähig ist.

„Abschied von der Tarifautonomie!“ hieß eine Forderung (Adomeit). Ein anderer Kritiker meinte, die Arbeits- und Wirtschaftsordnung werde von „Tollkirschen des Arbeitsrechts“ vergiftet (G. Müller). Die wirtschaftliche Gesamtlage ist seit der deutschen Einheit entschieden schwieriger geworden. Das Thema und die bisherigen Referate dieser Tagung beweisen das.

Liegen die Ursachen für den Mangel an Investitionsbereitschaft und die Beschäftigungskrise auch im Arbeitsrecht? Wie steht es mit dem über Jahrzehnte hin bewährten Konsens der mächtigen Sozialpartner, der das kollektive Arbeitsrecht erst funktionsfähig macht?

These 6:

Das Arbeitsrecht der Bundesrepublik ist durch eine Gemengelage, besser durch ein undurchsichtiges Gestrüpp aus Gesetzesrecht, Richterrecht, Kollektivvertragsrecht der Tarifparteien und der Betriebspartner gekennzeichnet.

Der staatliche Gesetzgeber ist langsam, teils regelungsunwillig, teils (bes. im Kollektivrecht) regelungsunfähig. „Untüchtiger Staat“. Ein einheitliches Arbeitsgesetzbuch, das den Richtern und der Praxis mehr Rechtsklarheit geben könnte, fehlt. Alle Versuche dazu sind bisher gescheitert. So nimmt das Gesetzesrecht ständig ab, das unsichere und schwankende, für die Parteien unvorhersehbare Richterrecht wuchert. Das Zögern des Gesetzgebers hat die Arbeitsgerichte zu Ersatzgesetzgebern gemacht. Aus der *Last* ihrer rechtspolitischen Normsetzungsmacht ist längst eine *Lust* geworden; Kritiker meinen bei manchen Richtern und Senaten auch das Vergnügen an der Umsetzung ihrer subjektiven rechtspolitischen Vorurteile und Ideologien in die gesetzesgleiche Normwirkung ihrer rechtskräftigen Entscheidungen⁴ erkennen zu können.

Das Richterrecht des BAG bildet inzwischen – sowohl nach Quantität wie auch nach dem Folgenreichtum für die gesamte Wirtschaftsordnung – die Hauptmaterie des

⁴ Da in vielen Materien die Landesarbeitsgerichtsentscheidungen nur sehr beschränkt revisibel sind, bildeten sich immer mehr regionale Unterschiede der Rechtsprechung heraus. Wir sind auf der Reise in arbeitsrechtliches Landrecht.

geltenden Arbeitsrechts. Seine Rolle wird durch zwei treffende Formulierungen umrissen:

These 7:

„Das Richterrecht ist unser Schicksal!“ (F. Gamillscheg). Das Arbeitsrecht lebt in einer „Loseblatt-Existenz“ (Th. Mayer-Maly).

Die Arbeitsgerichtsbarkeit hat sich insgesamt beim Aufbau und Ausbau einer sozialstaatlichen Arbeitsrechtsordnung unbestreitbar nach 1919 u. 1945 große Verdienste erworben. Sie hat ganz maßgeblich zur Humanisierung der Arbeitswelt und zur Integration der Arbeitnehmer in Gesellschaft und Staat beigetragen. Viele unverzichtbare Elemente und Institute des modernen Arbeitsrecht sind praeter legem – am BGB vorbei – entstanden, weil die Väter des BGB – Mütter gab es noch nicht – die Erfordernisse dieser neuen Disziplin nicht gesehen hatten.

Für die Sicht der richterlichen Normsetzer hatte das Folgen. Weil das Arbeitsrecht primär als soziales und humanitäres Schutzrecht definiert wurde, verkannten oder vernachlässigten sie die wirtschaftspolitischen Steuerungseffekte ihrer Schöpfungen. Die Zusammenhänge einer marktwirtschaftlichen Ordnung waren und sind nicht gerade der primäre Gegenstand herkömmlicher Juristenausbildung, obwohl die ökonomischen Steuerungseffekte zu den Hauptfunktionen des Rechts gehören. Führende Persönlichkeiten des BAG hielten über Jahrzehnte hin ihre normsetzenden Urteile erklärtermaßen für Einzelfallentscheidungen.

Die der Arbeitsgerichtsbarkeit schon in der Weimarer Zeit zugewachsene, historisch gerechtfertigte soziale Schutzfunktion zugunsten der Arbeitnehmer hat die richterlichen Mentalitäten nachhaltig und dauerhaft geprägt. In einem frühen Urteil des BAG (196) heißt es,

„daß dann, wenn sich Zweifel in der Anwendung aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht beheben lassen, eher die zugunsten der Arbeitnehmer sprechende als die gegenteilige Lösung zu verwirklichen ist.“⁵

Diese nicht auf den Einzelfall zielende, sondern als allgemeingültig verstandene neue Auslegungsregel „Im Zweifel zugunsten des Arbeitnehmers!“ stammt aus dem Senat des damaligen Vizepräsidenten. Gestützt wurde sie auf eine irriige Interpretation des Sozialstaatsprinzips. Das BAG folgte damit einer Zeitmode. Viele Interpreten, die mit der geltenden Rechtsordnung unzufrieden waren, beriefen sich auf die interpretativ verselbständigte Staatszielbestimmung des „sozialen“ Rechtsstaates (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG). – Alle unerfüllten Wünsche an das GG.

These 8:

Die vermeintlich verfassungsrechtlich gesicherte Auslegungsregel „Im Zweifel für die Arbeitnehmer!“ hat die richterliche Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht über einen langen Zeitraum bestimmt,

⁵ Urteil vom 9. 8. 1963, SAE 1964, 47 (49) mit Anm. Rüthers.

etwa bei der Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff („freie Mitarbeiter“), zum Kündigungsschutz, zum Weiterbeschäftigungsanspruch, zur Befristung von Arbeitsverträgen, zur betrieblichen Altersversorgung, zum Urlaubsanspruch, zu den Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats, zum Sozialplananspruch im Konkurs, zum koalitionsrechtlichen Zutrittsrecht der Gewerkschaften zu den Betrieben. Das BAG hat die „Im Zweifel“-Regel zwar nicht mehr ausdrücklich deklariert. Es hat aber in vielen Bereichen seiner Rechtsprechung danach gehandelt. Die Instanzgerichte sind ihm gefolgt.

Das Bundesverfassungsgericht hat später diese Argumentation mit dem Sozialstaatsprinzip bei der Konstruktion und Ausfüllung von angeblichen Gesetzeslücken im arbeitsrechtlichen Sozialschutz und bei der einschränkenden Auslegung von Grundrechten des Arbeitgebers mehrfach verworfen.⁶

Für die heutige Wirkungsweise des Arbeitsrechts sind zwei weitere Aspekte wichtig:

These 9:

Das geltende Arbeitsrecht, Gesetzes- wie Richterrecht, ist überwiegend in den Zeiten der Hochkonjunktur und der Vollbeschäftigung vor 1975 entstanden. Die Unternehmen galten bei den Normsetzern bezüglich der arbeitsrechtsbedingten Folgekosten – wenn diese überhaupt bedacht wurden – als unbeschränkt belastbar.

Das geltende Arbeitsrecht ist zudem in der Regel am Leitbild von erfolgreichen Mittel- und Großunternehmen mit starker Stellung im Wettbewerb orientiert. Klein- und Kleinstbetriebe sind daher oft benachteiligt, insbesondere in der Handhabung des komplizierten Betriebsverfassungsgesetzes („intellektuelles Gleichgewicht“ gegenüber Betriebsrat und Gewerkschaft).

Vor diesem Hintergrund ist die Frage zu beantworten, welchen Einfluß das Arbeitsrecht auf die Qualität des Wirtschaftsstandorts Deutschland ausübt.

Es geht darum: Fördert oder hemmt das Arbeitsrecht Investitionen in neue Arbeitsplätze, also um den Zusammenhang von Arbeitsrecht und Arbeitsmarkt.

In den Begründungen der arbeitsrechtlichen Normsetzer findet man diesen Zusammenhang selten oder nie erwähnt, und zwar auch dort nicht, wo er sich als unabweisbare Realität unmittelbar aufdrängt, nämlich beim Kündigungsschutz.

Unbestreitbar ist die Tatsache: Arbeitsrecht kann die Schaffung von Arbeitsplätzen fördern oder verhindern. Es kann auch bestehende Arbeitsplätze vernichten. Das gilt für alle Arten von ArbR-Normen, also für Gesetze und für das Richterrecht, für Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen.

⁶ Vgl. bes. BVerfGE 59, 231 (262f.) und 65, 182 (193). Die Kernsätze des BVerfG lauten: „Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes enthält infolge seiner Weite und Unbestimmtheit regelmäßig keine unmittelbaren Handlungsanweisungen, die durch die Gerichte ohne gesetzliche Grundlage in einfaches Recht umgesetzt werden könnten.“ (BVerfGE 65, 182, 193). „Dem Sozialstaatsprinzip kann Bedeutung für die Auslegung und verfassungsrechtliche Beurteilung von . . . grundrechtseinschränkenden Gesetzen zukommen. Es ist jedoch nicht geeignet, Grundrechte ohne nähere Konkretisierung durch den Gesetzgeber, also unmittelbar, zu beschränken.“ (BVerfGE 59, 231, 262f.).

These 10:

Die arbeitsrechtl. Normsetzer haben die beschäftigungspolitischen Folgen ihrer eigenen Produkte über Jahre hin verkannt, gelehnet oder verdrängt; manche tun das noch heute.

Ich beginne mit einem Zitat. Der damalige SPD-Schatzmeister Klose hat zur Einstellung der traditionsreichen Parteizeitung „Vorwärts“ den Satz geprägt:

„Am Ende sind die Gesetze der Betriebswirtschaft solche, die auch Parteivorstände zur Kenntnis nehmen müssen.“

Dieser Satz gilt nicht nur für Parteivorstände. Ich möchte das an Beispielen aus der Rechtsprechung zum Kündigungsschutz erläutern. Der gesetzliche Kündigungsschutz wird vom Gesetzgeber unvermeidbar in unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln – „sozial gerechtfertigt“, „wichtiger Grund“ – geregelt. Das macht die Gerichte zu beinahe unbeschränkten Herren des Kündigungsschutzrechts. Herren statt Diener!

Zur Fallgruppe Kündigung wegen lang andauernder Krankheit hat das BAG in einer Grundsatzentscheidung vom 25. 11. 1982⁷ die folgenden Richtlinien aufgestellt, die seither die Praxis der Instanzgerichte mit gesetzesähnlicher Wirkung prägen.

1. Drogenabhängigkeit, Alkoholismus und Folgen eines Suizid-Versuches sind in der Regel *unverschuldete Krankheiten* im Sinne des Kündigungsschutzes.
2. Die Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn eine objektive medizinische Prognose im Kündigungszeitpunkt die Arbeitsunfähigkeit auf nicht absehbare Zeit feststellt.
3. Es besteht keine Pflicht des Arbeitnehmers, den Arbeitgeber über Art und Verlauf der Krankheit zu informieren.
4. Es gibt keinen Erfahrungssatz, daß aus längerer Krankheit in der Vergangenheit auf eine negative gesundheitliche Konstitution in der Zukunft zu schließen ist.
5. Betriebliche Schwierigkeiten, die durch lange Fehlzeiten entstehen, müssen notfalls durch Einstellung einer Ersatzkraft *auf unbestimmte Zeit (!)*, also mit eigenem Kündigungsschutz überbrückt werden.

Die gleichen Grundsätze gelten entsprechend für Kurzerkrankungen.⁸ Bedeuten diese Urteile einen Triumph des Sozialstaates und der Humanität im Arbeitsleben? Zu beachten sind die Folgen des sehr starken Kündigungsschutzes:

These 11:

- Das *individuelle* „Glück“ der Arbeitsplatzbesitzer bewirkt sehr starke *kollektive* Einstellungsschranken für alle ehemals kranken Arbeitnehmer, die einen neuen Arbeitsplatz suchen.
- Diese Doppelwirkung des arbeitsrechtlichen Sozialschutzes ist ein ehernes arbeitsmarktökonomisches Gesetz.

⁷ BAG DB 1983, 1047.

⁸ BAG DB 1983, 2524.

- Die Doppelwirkung tritt unabhängig vom Willen der Richter/Ersatzgesetzgeber ein.
- Die Steigerung des Kündigungsschutzes erfolgte ohne Zutun des Gesetzgebers.
- Diese Doppelwirkung (Kündigungsschutz = Einstellungsschranke) ist für zahlreiche Arbeitnehmergruppen mit verstärktem Kündigungsschutz statistisch nachweisbar. Das gilt z. B. für Schwerbehinderte, Frauen, ältere Arbeitnehmer, deren Arbeitslosenquoten deutlich über dem Durchschnitt aller Arbeitnehmer liegen. Es gibt also eine negative Vorwirkung spezieller Kündigungsschutznormen bei der Einstellung.

Die zweite Fallgruppe der Rechtsprechung mit einer Indikatorfunktion für den Wirtschaftsstandort Deutschland kennzeichnen zwei Urteile des BAG zu verhaltensbedingten Kündigungen.

Der 2. Senat hatte im März 1988 über die außerordentliche Kündigung eines Schichtarbeiters zu entscheiden, der zwischen Februar 1984 und Oktober 1985 an 104 Tagen zu spät zur Schicht erschienen war und ferner 15mal seinen Arbeitsplatz unerlaubt vorzeitig verlassen hatte; er war insgesamt nach vielen mündlichen Ermahnungen fünfmal schriftlich abgemahnt und zuletzt in einem persönlichen Gespräch vom Geschäftsführer selbst letztmals mündlich mit der Androhung der Kündigung verwarnet worden.

Der 2. Senat meinte dazu, „an sich“ sei dieses Verhalten geeignet, auch eine a. o. Kündigung zu begründen. Der Arbeitgeber habe aber nicht dargelegt, daß aus dem Verhalten des Arbeitnehmers eine „konkrete Beeinträchtigung“ des Arbeitsverhältnisses entstanden sei.⁹

Der 7. Senat hatte im Dezember 1988 in einem Fall ähnlich schwerwiegende, fünfmal schriftlich abgemahnte Vertragsverstöße (Überschreiten des Urlaubs, Urkundenfälschung, unentschuldigtes Fehlen, wiederholtes verspätetes Anzeigen von Erkrankungen) die soziale Rechtfertigung einer *ordentlichen* Kündigung zu beurteilen. Der 7. Senat verlangte auch hier mit Bezug auf die Entscheidung des 2. Senats „konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses“, setzte insoweit also die Maßstäbe der Prüfung für ordentliche und außerordentliche Kündigungen gleich.

Bis zu diesen Urteilen hatte das BAG nur eine *konkrete Gefährdung*, nicht aber eine bereits nachgewiesene Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses verlangt.

Die Folgen dieser Rechtsprechung liegen auf der Hand:

In der Beschäftigungskrise – bei einer Langzeitarbeitslosigkeit von etwa zwei Millionen Arbeitnehmern – wurde der Kündigungsschutz für leistungsunwillige und undisziplinierte Arbeitnehmer richterrechtlich deutlich gesteigert. Die so geschützten Arbeitnehmer werden gegenüber leistungswilligen Arbeitssuchenden privilegiert. Die Scheu vieler, vor allem kleiner und mittlerer Unternehmen, gegenüber der Einstellung neuer Arbeitnehmer wird verstärkt.

Diese Art von „Rechtsfortbildung“ steht im Widerspruch zu den ökonomischen und gesellschaftlichen Realitäten und Rationalitäten. Sie ist ein Stück negativer Industriepolitik bezüglich des Wirtschaftsstandortes Deutschland.

Ich habe mich zum Kündigungsschutz auf wenige Beispiele beschränkt. Insgesamt ist

⁹ BAG EzA § 626 BGB n. F. Nr. 116.

der Bestand von Arbeitsverträgen durch das Richterrecht des BAG stärker geschützt als der Bestand von Ehen durch das Bürgerliche Gesetzbuch und die Familiengerichte.

Zwei Folgerungen drängen sich auf:

These 12:

1. Individueller arbeitsrechtlicher Sozialschutz wirkt von einem bestimmten Intensitätsgrad an als kollektive Beschäftigungsbremse und Einstellungsschranke. Es zeigt sich das Problem der Zweckverfehlung. Überzogener Sozialschutz ist objektiv arbeitnehmerfeindlich. Man könnte von der Rache des Gutgemeinten sprechen.
2. Arbeitsrechtlicher Sozialschutz ist an die Leistungsgrenzen des ökonomischen und politischen Systems gebunden. Voraussetzung sozialstaatlicher Fürsorge ist die Produktivität der Volkswirtschaft.

Wird die Summe der Kosten des Faktors Arbeit über das Maß der internationalen Wettbewerbsfähigkeit hinaus verteuert, so wirkt sich das unter marktwirtschaftlichen Bedingungen negativ auf die Nachfrage nach menschlicher Arbeit aus.

Arbeitsrechtlicher Sozialschutz ist in Deutschland lange so geschaffen und fortentwickelt worden, als sei er kostenfrei. Das ist nicht so. Die Lohnnebenkosten – zu denen die des Sozialschutzes gehören – liegen bei uns z.B. um rund 60% höher als in der Schweiz. Das ist der Hauptgrund dafür, daß heute bestimmte Produkte der Maschinenindustrie wegen dieser Differenz der Arbeitskosten im Hochlohnland Schweiz in den Stückkosten um 18% billiger produziert werden als in Baden-Württemberg. Deutsche Hersteller haben dort umfangreiche neue Produktionsanlagen errichtet. Ich spreche nicht von Portugal oder Griechenland, sondern von der Schweiz.

Noch einen Blick auf die betriebliche Mitbestimmung:

Hier ist ein Kernpunkt unternehmerischer Aufmerksamkeit und Kritik ein fortschreitender Umbildungsprozeß bestimmter unternehmenspolitischer Grundpositionen durch die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte. Es geht vor allem um die Anerkennung und den Umfang der Unternehmerfreiheit im Hinblick auf die Mitbestimmungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972.

Die Rechtsprechung hat sich zunehmend in ein unverkennbares Spannungsverhältnis zu den Grundentscheidungen des Gesetzgebers gebracht. Der Gesetzgeber wollte mit den Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats erklärtermaßen nicht in „eigentliche unternehmerische Entscheidungen“ eingreifen.¹⁰ Die Beteiligung der Arbeitnehmer an der Unternehmensführung sollte nicht im Betriebsverfassungsgesetz geregelt werden.

Die Reichweite dieser Grundsatzwertung des Gesetzgebers ist umstritten. Die betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechte greifen notwendig in die einseitige Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers ein. Das Betriebsverfassungsgesetz ist – so gesehen – ein Gesetz zur Einschränkung der Eigentümerposition, nämlich des Direktionsrechtes, durch Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates.¹¹

¹⁰ Vgl. Begründung zum RegE BT-Drucks. VI 1786, S. 31.

¹¹ Insoweit zutreffend *Glaubitz*, in: Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 3. Aufl. 1986, § 87 Rdz. 62.

Aber: Diese Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit durch Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates hat sach- und zweckbezogene Grenzen. Der Buchstabe der einzelnen Mitbestimmungsrechte ist im Kontext einer freiheitlichen, marktorientierten Wirtschaftsordnung auszulegen, in der die eigentumsgestützte Unternehmerfreiheit neben dem Sozialschutz ebenfalls ein zentral wichtiges Rechtsgut darstellt, weil erst sie die Dynamik und die Effizienz der Marktanpassung der Unternehmen – und damit die Sicherheit dauerhafter Arbeitsplätze – garantieren kann.

Diese zweckbezogene und zugleich sozialdienliche Garantie der Unternehmensfreiheit gerät gelegentlich aus dem Blickfeld der richterlichen Rechtsfortbildung durch die Arbeitsgerichtsbarkeit.

Beispiele für solche vom Eigentum und der Unternehmerfreiheit gezogene Sachschranken von Mitbestimmungsrechten in der Betriebsverfassung bietet – aus meiner Sicht – etwa die Rechtsprechung zu § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG:

- Die Vorschrift sieht ein erzwingbares paritätisches Mitbestimmungsrecht *zur Verteilung der Arbeitszeit* vor. Die h. L. gesteht dem Betriebsrat in solchen Fällen uneingeschränkt ein Initiativrecht zu.
- Es ist m. E. (unzulässiger) Rechtsmißbrauch, wenn der Betriebsrat dieses Recht dazu benutzen will, um den Unternehmenstyp zu ändern, indem er etwa versucht, aus einem Nachtlokal über die Verlegung der Arbeitszeiten eine Tageskneipe zu machen.
- Es ist m. E. ferner ein Verstoß gegen Art. 14 GG, wenn der Betriebsrat den Arbeitgeber über dieses Mitbestimmungsrecht zwingen will, an Abenden oder Samstagen sein Kaufhaus früher zu schließen als das Ladenschlußgesetz dies vorschreibt. Die *Öffnungszeiten* eines Kaufhauses sind – im Gegensatz zu den Schichtordnungen der Beschäftigten – kein zulässiger Gegenstand der Mitbestimmung.¹²

These 13:

Das ist *kein* Plädoyer gegen die Mitbestimmung. Sie ist ein gewachsenes Produkt der deutschen National- und Sozialgeschichte. Sie ist ein notwendiges Element einer freiheitlichen und sozialstaatlichen Ordnung (im Kern verfassungsfest).

Sie macht – aml. Begr. – aus abhängigen Arbeitnehmern Mitbürger der Industriegesellschaft („Identifikation“). Sie ist ein potentiell Frühwarnsystem zur Konfliktvermeidung und -begrenzung. Sie hat sich als Instrument des gemeinsamen Krisenmanagements bewährt. Sie kostet Zeit, Geld, Manpower und Geduld beider Seiten.

Sie schafft unkündbare Dauerrechtsverhältnisse auf allen Ebenen, bes. zwischen

- (Gesamt-) Betriebsrat und Unternehmensleitung
- Gewerkschaft und Arbeitgeberverband

nach Art einer gesetzl. Zwangsehe. Dabei sind in der Realität häufig Vernunftfehen, bisweilen öffentliche Zerrüttungstatbestände unübersehbar. Zerrüttungsfolgen haben für beide Seiten hohe „Preise“.

¹² A. A. BAG AP Nr. 8, Göppingen 1982, zu § 87 ArbZeit und BVerfG (3A) 18. 12. 85 = AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; vgl. auch BAG AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit (Leverkusen 1987).

These 14:

Der verstärkte internationale Wettbewerb verstärkt die gemeinsamen Interessen der nationalen Sozialparteien.

Das ist gerade in der jüngeren Vergangenheit und auch auf dieser Tagung vielfach deutlich geworden.

These 15:

Resümee: Insgesamt hat das deutsche Arbeitsrecht eine bisher funktionstüchtige und menschenwürdige Wirtschaftsordnung gefördert. Es strahlt vielfältig auf ausländische Rechtssysteme in allen Erdteilen aus.

Als Recht in einer dynamischen gesellschaftlichen und ökonomischen Umwelt bedarf es ständiger Anpassung an gewandelte Realitäten. Das ist der Grund für den Detailvorrang der kollektiven Normenverträge gegenüber dem Gesetzesrecht.

Es besteht die Gefahr einer zweckwidrigen Überregulierung bestimmter Materien des Sozialschutzes (Kündigungsschutz, Mitbestimmung, Sozialpläne).

Es besteht diese Gefahr als Folge einer einseitigen Ideologisierung der Zwecke. Sozialschutz ist nur aus Produktivität finanzierbar.

Die Tarifautonomie ist auch heute eine unverzichtbare Basis der freiheitlichen Sozialordnung. Kompetenzverlagerungen auf die Betriebsautonomie verlangen Behutsamkeit und sorgfältige Abwägung der Folgen.