

Thilo Ramm

Zur Bedeutung der Rechtssoziologie für das Arbeitsrecht*

I. Haben das BAG und Nipperdey soziologisch gearbeitet?

Um diese Frage zu beantworten, soll vom Begriff der sozialadäquaten Handlung und seiner bekannten Definition durch den Großen Senat des BAG als »Handlungen, die sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen«, ausgegangen werden. Zu diesen Handlungen zählt bekanntlich auch der nichtgewerkschaftlich organisierte, der sogenannte »wilde« Streik. Bis 1933 war es selbstverständlich, daß er als solcher keine unerlaubte Handlung darstellte¹. Danach wäre er konsequenterweise auch sozialadäquat und damit nicht widerrechtlich. Das BAG behandelt ihn aber als rechtswidrig². Wie läßt sich dies erklären? Wird die Formel des BAG als rechtstatsächliche Feststellung genommen – was sie nach ihrem Wortlaut aufgrund des Hinweises auf das geschichtlich Gewordene doch offenbar sein will –, dann besteht ein offenkundiger Widerspruch zwischen ihr und den aus ihr gezogenen Folgerungen. Doch vielleicht handelt es sich nun aber nach dem *Selbstverständnis* des BAG gar nicht um eine rechtstatsächliche Feststellung, sondern um den *Anspruch*, die Rechtsordnung zu formen – genauso wie seit jeher der Richter die »guten Sitten«, das »Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden« fixiert. Ein solcher Anspruch könnte in der Charakterisierung der Ordnung als sozialetischer enthalten sein. Die Berufung auf das geschichtlich Gewordene wäre dann nur eine Scheinkonzession an die Soziologie, eine Verschleierung des richterlichen Rechtsschöpfungsanspruchs.

Gerade das BAG empfängt jetzt eine Lektion dafür, daß es die Grenzen richterlicher Gestaltungsmöglichkeit überschritten hat³. Es hat den »wilden Streik« als solchen für rechtswidrig erklärt – was juristisch unhaltbar ist⁴. Doch interessiert diese Frage nicht weiter, sondern nur der Hintergrund der Rechtsschöpfung des BAG. Soziologisch und politisch gesehen versuchte es den Streik zu domestizieren, indem es den – etablierten! – Gewerkschaften ein Streikmonopol zuer-

* Demnächst erscheint im Luchterhand-Verlag, Neuwied, der Sammelband »Rechtssoziologie und Rechtspraxis«, herausgegeben von Wolfgang Naucke und Paul Trappe. Er enthält Beiträge einer Kieler Arbeitsgruppe für Rechtssoziologie und Abhandlungen u. a. von Thilo Ramm, Joseph Schneider und Rudolf Wassermann.

Mit Erlaubnis des Verlags bringen wir im voraus drei Auszüge aus dem Beitrag von Thilo Ramm. (d. Red.)

¹ Vgl. hierzu eingehend *meinen* Aufsatz »Der wilde Streik« *ArbuR* 1964, 353 mit ausführlichen Nachweisen.

² Seit dem Urteil vom 20. 12. 1963, *BAGE* 15, 211.

³ Vgl. hierzu auch Rüthers, *Streiks – nur mit den Gewerkschaften?* *Die Zeit* v. 26. 9. 1969.

⁴ Vgl. hierzu eingehend »Der wilde Streik«, *ArbuR* 64, 353. Der Ausdruck »juristisch unhaltbar« bezieht sich auf die Bindung des Richters an die bestehende Rechtsordnung, insbesondere an die Verfassung.

kannte⁵, was mit Art. 9 III GG unvereinbar ist, denn auch die Teilnehmer am wilden Streik stellen eine »Vereinigung zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« dar⁶. Dem lag die Vorstellung zugrunde, daß die Arbeitgeber in der Lage wären, wilden Streiks zu begegnen, und die Gewerkschaften dazu veranlaßt werden können, ihnen ebenfalls entgegenzutreten. Beide Überlegungen sind falsch. Es hat sich gezeigt, daß die Gewerkschaften als auf dem Freiwilligkeitsprinzip gegründete Verbände sehr viel stärker den Bewegungen in ihrer Mitgliedschaft und in den Arbeitnehmern ausgesetzt sind, als dies allgemein angenommen wurde⁷. Die Gewerkschaftsführung unterliegt dem Druck »von unten«. Sie vermag nur in begrenztem Umfang Streiks aufzufangen – teilweise muß sie »wilde Streiks« übernehmen, teilweise wird sie durch solche zu eigener Aktivität gezwungen. Auch der Arbeitgeber hat sich mit dem Betriebsrat über Lohn erhöhungen geeinigt, statt die Waffen zu gebrauchen, die ihm das BAG von der fristlosen Kündigung bis zum Ersatz des gesamten Streikschadens durch jeden Streikenden zur Verfügung stellt. All dies wird zwar kaum die Auffassung des BAG zu ändern vermögen. Doch wird dadurch der Widerspruch zwischen rechtlicher Wertung und gesellschaftlichen Vorgängen offenbar, der dem Recht abträglich ist und den zu beseitigen bislang die Aufgabe des Arbeitsrechts war.

Die Zweifel an der *rechtssoziologischen* Argumentation in der höchstrichterlichen Rechtsprechung verstärken sich, wenn die *Lehre vom Betriebsrisiko* näher betrachtet wird, die sich kraft des Beharrungsvermögens und der 1933 erfolgten Liquidation des »linken« Flügels der deutschen Arbeitsrechtswissenschaft⁸ nunmehr auch in der Lehre durchgesetzt hat⁹. Sie besagt bekanntlich: Wenn infolge betrieblichen Teilstreiks oder eines Streiks in einem Zulieferbetrieb es objektiv unmöglich ist, die nichtstreikenden Arbeitnehmer zu beschäftigen, so steht diesen kein Lohnanspruch zu, weil die Leistungsstörung in die Arbeitnehmersphäre fällt. Damit wird ein faktisches Kriterium, nämlich der Begriff der Arbeitnehmersphäre, für die rechtliche Entscheidung benutzt. Aber was bedeutet dieser Begriff nun konkret? In der höchstrichterlichen Rechtsprechung lassen sich hierzu Aussagen finden, die allerdings bei näherem Hinzusehen erstaunlich vorsichtig und vage sind. So bemerkt etwa das BAG über einen wilden betrieblichen Teilstreik: Unter den Belegschaftsmitgliedern beständen »im allgemeinen Beziehungen, die die Möglichkeit geben, in gewissem Umfang die Streikenden zu beeinflussen«¹⁰. Oder es nimmt entsprechende Einwirkungsmöglichkeiten für die

⁵ Wie die Entstehungsgeschichte der Gewerkschaften zeigt, ist der »wilde Streik« der maßgebende Faktor der Gewerkschaftsbildung gewesen. Wer den wilden Streik unterdrückt, gibt daher den bestehenden Gewerkschaften ein Monopol, das der freiheitlichen Gesellschaftsordnung und dem durch Art. 9 III GG garantierten Grundsatz freier Koalitionsbildung widerspricht (vgl. hierzu auch BVerfG, 18. 11. 1954, BVerfGE 4, 96, 106). Hiergegen kann nicht eingewandt werden, die Zeit solcher Gründungen sei abgelaufen. Dieser Einwand stellt eine durch nichts gesicherte soziologische Zukunftsprognose dar, die von der rechtlichen Zulässigkeit eines Tuns scharf zu scheiden ist.

⁶ Vgl. a. a. O. ArbuR 64, 361, und Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Beitrag zu einer Verfassungslehre 1965, S. 187 ff.

⁷ Dieser Punkt hat eine bedeutsame Rolle bei der Diskussion um das Urteil des BAG zum schleswig-holsteinischen Metallarbeiterstreik gebildet, vgl. hierzu *meine* Schrift »Kampfmaßnahme und Friedenspflicht im deutschen Recht. Ein Rechtsgutachten« 1962, S. 44 u. S. 147.

⁸ Vgl. hierzu *meinen* Vortrag »Nationalsozialismus und Arbeitsrecht«, Kritische Justiz 1963, 108 (114).

⁹ Vgl. hierzu Staudinger-Nipperdey-Mohnen, 11. Aufl. RdNr. 99 ff. zu § 611 BGB; Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I S. 347 ff.; Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Bd. 1 S. 605 ff. sowie Jaerisch, Zum Problem des Betriebsrisikos, JR 1968, 287 ff.; Löwisch, Zur Frage des Anspruchs auf Arbeitsentgelt bei Betriebsstörungen infolge von Arbeitskämpfen, Betr. 1963, 899 ff.

¹⁰ 25. 7. 1957, AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko Bl. 3 R.

Gewerkschaften untereinander an, »da sie im allgemeinen einem zentralen Verband angehören oder doch durch die Solidarität der Interessen verbunden sind«¹¹. Oder es spricht ganz allgemein von »der überbetrieblichen Solidarität der Arbeitnehmer«¹². Bei allen diesen Ausführungen handelt es sich, wie ein auch nur oberflächlicher Blick auf die Rechtswirklichkeit zeigt, offensichtlich weitgehend um Scheinbegründungen. Weder die Konkurrenz von Gewerkschaften untereinander¹³, noch das Spannungsverhältnis zwischen Organisierten und Nichtorganisierten, das das BAG sonst unter dem Stichwort der »negativen Koalitionsfreiheit«¹⁴ berücksichtigt, werden einbezogen. Und der Begriff der Solidarität wird – entgegen seinem Inhalt – objektiviert und sein Kern, das Bewußtsein der Solidarität, schlicht ignoriert. Der Solidarität wird die *Freiwilligkeit* genommen, sie wird zur *Zwangssolidarität*.

Auch hier handelt es sich um eine, diesmal sogar nicht mehr durch Interpretationskunst zu verbergende scheinsoziologische Argumentation. Hinter dieser Kryptosozilogie, wie sie Ernst Fuchs genannt hat¹⁵, steckt eine neue rechtliche Wertung. Bei ihr interessiert in diesem Zusammenhang nicht, ob sie bejaht oder abgelehnt werden sollte. Es kommt nur darauf an festzustellen, daß nicht eine soziologische Erkenntnis ins Recht umgesetzt wurde.

Eine wirkliche Ermittlung der tatsächlichen Verhältnissen hätte nämlich sehr viel weitergreifen müssen¹⁶. Dies soll nun im folgenden wenigstens stichwortartig geschehen, um von ihnen ein einigermaßen plastisches Bild zu geben.

Es wäre zunächst notwendig gewesen, sich mit der Streikstatistik zu befassen und die Prozentsätze der »gezwungen Feiernden« zu ermitteln. Im Durchschnitt – auf Streiks und Aussperrungen bezogen – handelt es sich dabei für die Jahre 1922 bis 1931 um 3,9%. Interessanterweise liegen nun aber die Verhältnisse bei Streiks und Aussperrungen nicht gleich. In dem schon erwähnten Zeitraum beträgt der Durchschnittsprozentsatz für Streiks 6,1%, der für die Aussperrung aber nur 0,58%. Die Diskrepanz ist auffällig: Der Prozentsatz der »gezwungen Feiernden« bei Streiks ist um mehr als das Zehnfache höher als bei der Aussperrung.

Es liegt nahe, diese Diskrepanz, entsprechend der Lehre vom Betriebsrisiko, mit der Auswirkung der Arbeitskämpfe auf Zulieferbetriebe und der Streiks in Betriebsabteilungen auf den Gesamtbetrieb zu erklären. Aber diese Erklärung trifft nicht zu, denn – wie Stichproben zeigen – innerhalb der einzelnen Gewerbezweige schwankt selbst der Prozentsatz der »gezwungen Feiernden« ganz außerordentlich. Und dieses Schwanken erklären auch andere Deutungsversuche nicht. Sicherlich kann, zumal sich auch die Statistik auf einen längeren Zeitraum erstreckt, die Arbeitsteilung im Betrieb oder der Wirtschaft als Ursache ausscheiden. Dasselbe gilt für eine bessere Koordination der Arbeitgeber untereinander bei der Aussperrung (die schon angesichts ihrer fortdauernden Konkurrenz als Unternehmer fragwürdig ist), die Berücksichtigung des großen Prozentsatzes nichtorganisierter Arbeitnehmer oder eine besser gewordene Streikdisziplin der

¹¹ 8. 2. 1957, BAGE 3, 346 (349)

¹² a. a. O. – dabei beruft sich das BAG auf die Existenz der Gewerkschaften.

¹³ Vgl. hierzu BGH, 6. 10. 1965, BGHZ 42, 210 sowie BAG, 11. 11. 1968 (I AZR 16/68), bislang unveröffentlicht.

¹⁴ Vgl. hierzu vor allem den Beschluß des Großen Senats des BAG vom 29. 11. 1967, AP Nr. 23 zu Art. 9 GG Bl. 18 ff.

¹⁵ Was will die Freirechtsschule? 1929, S. 14, wiederabgedruckt in: Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zu der Freirechtslehre, hrsg. von Foulkes und Arthur Kaufmann 1965, S. 26.

¹⁶ Vgl. zum folgenden meine Abhandlung »Arbeitgeber und Arbeitskampf« Abendroth-Festschrift 1968, S. 275 (S. 289), mit eingehenden Nachweisen.

Gewerkschaften, die den Einsatz nur einer begrenzten Zahl von Schlüsselkräften ermöglicht – wobei den letzteren beiden Fällen mit der Gesamtaussperrung begegnet würde. Stets handelt es sich hierbei um konstant bleibende Faktoren, mit denen jene extremen Schwankungen unvereinbar sind.

Danach bleibt also als einzige Erklärung, daß das Ermessen des Arbeitgebers irgendeine Rolle spielen muß, ob »gezwungen gefeiert« oder ausgesperrt wird.

Zunächst steht fest, daß der *Arbeitgeber* frei entscheiden kann, ob er bei objektiver Unmöglichkeit nur die Lohnzahlung verweigern oder die Aussperrung wählen will. Und dies kann gerade im Hinblick auf die öffentliche Meinung von großer Bedeutung sein: Denn einmal begibt sich der Arbeitgeber in eine gleichsam neutrale Rolle. Er kann nicht den Lohn zahlen, obschon er will. Im anderen Falle demonstriert er seine Macht. Aber diese Möglichkeit, bei demselben Sachverhalt sich zweier verschiedener rechtlicher Mittel zu bedienen, hat nur der Arbeitgeber. Die Arbeitnehmer können demgegenüber nur über ihre Arbeitskraft verfügen. Sie sind allein auf den Streik angewiesen.

Bereits dies sollte hinreichen, den heute üblich gewordenen, häufig gedankenlosen Paritätsschematismus¹⁷ in Frage zu stellen und die Berechtigung der Lehre vom Betriebsrisiko anzuzweifeln. Doch sollte weiterhin auch untersucht werden, wer überhaupt zu beurteilen vermag, ob die Arbeit objektiv unmöglich ist. Wer anders als der Unternehmer kann sagen, ob ein anderer Zulieferbetrieb als Lieferant gewonnen, der Betrieb umorganisiert oder ob andere Arbeit geleistet werden kann¹⁸. Der Richter vermag es jedenfalls nicht. Hierzu fehlt ihm die Qualifikation als Unternehmer – und ebenso wenig ist ein branchenfremder Arbeitgeberbeisitzer oder gar ein Arbeitnehmerbeisitzer zu einem solchen Urteil befähigt. Hier besteht eine unübersteigbare Grenze zwischen der *Individualentscheidung* des Arbeitgebers – Unternehmers und dem Durchschnittsurteil, ob die Arbeit objektiv unmöglich sei, bei dem heute nicht mehr der strenge naturwissenschaftliche Maßstab angelegt, sondern nach der wirtschaftlichen Zumutbarkeit gefragt wird¹⁹. Der Richter kann zwar ebenso wie der Arbeitnehmer feststellen, daß noch genügend Material vorhanden sei oder daß das Elektrizitätswerk ausgefallen ist. Doch von solchen einfachen Fällen abgesehen ist er auf die *Behauptungen* des Arbeitgebers angewiesen. Der Richter ist überfordert, wenn er die Doppelstellung Arbeitgeber–Unternehmer beurteilen soll, die die Basis des kapitalistischen Arbeitsrechts bildet.

Um dies zu vertiefen und noch einen Schritt weiterzugehen: Kann überhaupt von einer objektiven Unmöglichkeit dann gesprochen werden, wenn der Arbeitgeber sich einseitig von einem Zulieferbetrieb abhängig gemacht hat? Ist nicht dann vielmehr das Fehlen der Arbeitsmöglichkeit – genauso wie bei einer Zerstörung des Zulieferwerks durch Brand – Folge seiner unternehmerischen Entscheidung? Die Lehre vom Betriebsrisiko scheint danach die unternehmerische Entscheidung schützen und einer arbeitsrechtlichen Würdigung entziehen zu wollen. Doch

¹⁷ Vgl. zur Einführung in diese Problematik *meine* Arbeiten »Die Parteien des Tarifvertrags. Kritik und Neubegründung der Lehre vom Tarifvertrag« 1961, »Die Rechtsnatur des Tarifvertrags«, JZ 1962, S. 78; »Koalitionsbegriff und Tariffähigkeit« JuS 1966, 223, und »Der Koalitionsbegriff«, RdA 1968, 412, sowie die gegenteiligen Auffassungen von Zöllner, Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht 1966, und Mayer-Maly, Zum Verständnis der Kampfparität, RdA 68, 432.

¹⁸ Vgl. hierzu auch als Parallelproblematik die Ausführungen des Großen Senats des BAG zur Wiedereinstellung der streikenden Arbeitnehmer, 18. 1. 1965 BAGE 1, 291 (317).

¹⁹ Dabei spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, ob der Begriff wirtschaftliche Unmöglichkeit beibehalten oder mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage gearbeitet wird, vgl. hierzu etwa Esser, Schuldrecht, 3. Aufl. Bd. 1, 1968, S. 43 und Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, 8. Aufl. 1967, S. 246.

ist eine solche scharfe Grenzziehung nicht aufrechtzuerhalten: Bereits mit der Gründung der Arbeitgeberverbände, die als Antistreikverbände im Arbeitskampf die Konkurrenz der Arbeitgeber ausschließen sollten, ist auch für die Arbeitgeberseite wie schon vordem für die Arbeitnehmer durch Gründung der Gewerkschaften der Rubikon überschritten worden.

Die Lehre vom Betriebsrisiko ist ein Fremdkörper im deutschen Arbeitsrecht. Sie gehört nicht zum Individualarbeitsrecht und ist als kollektive Verweigerung der Lohnzahlung ebenso eine Kampfhandlung des Arbeitgebers wie die passive Resistenz der Arbeitnehmer. Es ist nicht Aufgabe der Juristen, diesen objektiven Tatbestand – der übrigens noch nichts über die rechtliche Würdigung desselben aussagt – zu verschleiern. Und hier wäre es an der Zeit, die Entstehungsgeschichte der Lehre vom Betriebsrisiko selbst zu untersuchen und zu fragen, ob sie nicht auch ein Kapitel in der düsteren Geschichte der Justiz in der Weimarer Republik bildet und zu den Versuchen gehört, Gegengewichte gegen die Sozialgesetzgebung dieser Zeit zu schaffen²⁰. Jedenfalls gibt es zum Nachdenken Anlaß, daß diese Lehre entwickelt wurde, als die bisherigen Mittel zur Streikbekämpfung, der § 152 I GewO und die Strafrechtstatbestände der Erpressung und Nötigung, wegfielen oder sich als untauglich erwiesen und die öffentliche Meinung noch aussperrungsfeindlich eingestellt war.

II. Die Arbeitsrechtsprechung muß Gegenstand der soziologischen Analyse werden

Es ist die Relevanz der Laienbeteiligung zu untersuchen²¹. Bekanntlich ist die Arbeitsgerichtsbarkeit aus der Konzeption der staatlich eingerichteten Schiedsgerichtsbarkeit erwachsen – so wie sie früher die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte realisiert hatten. Wieweit, so wäre zu fragen, ist diese Konzeption jetzt nur noch bloße Ideologie, nachdem doch seit der Weimarer Republik eine sehr weitgehende »Verrechtlichung« eingesetzt hat, die der Schiedsgerichtsbarkeit den Boden entzogen hat. Sicherlich ist den Arbeitsrichtern eine gewisse *allgemeine* Sachkunde nicht abzusprechen – womit nunmehr die Laienbeteiligung gerechtfertigt wird. Doch sollte dies nicht überschätzt werden. Was kann der Angestellte des öffentlichen Dienstes als Beisitzer zu Akkordproblemen der Metallindustrie an Sachkunde beitragen? Doch wohl nur genauso viel oder wenig wie der Berufsrichter. Und was bedeutet das Übergewicht der Laienbeisitzer in den Unterinstanzen real, wenn ihre gelegentliche Heranziehung der permanenten Tätigkeit des Berufsrichters gegenübergestellt wird? Was besagt sie wirklich, wenn die Berufsrichter in den Senaten des BAG die Mehrheit bilden und durch Vorberatungen ganz zwangsläufig bei der Urteilsfindung ein stärkeres Gewicht haben und wenn das BAG endlich die Untergerichte gerade bei der Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe, gesetzlicher Generalklauseln und typischer Vertragsbestimmungen immer stärker kontrolliert? Ganz zwangsläufig werden doch die Bundesarbeitsrichter als nur am Einzelfall beteiligte Richter, die schon aus organisatorischen Gründen an den Vorberatungen nicht beteiligt werden

²⁰ Vgl. hierzu die Hinweise von Ernst Fraenkel, 10 Jahre Betriebsrätegesetz, Die Gesellschaft, Jg. 7 (1930), S. 117, und von Neumann, Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung 1929, beide wiederabgedruckt in Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1918 bis 1933, 1966, S. 97 (S. 101 ff.) und S. 113 (S. 118).

²¹ Vgl. zum folgenden *meinen* Beitrag in Aaron (Hrsg.) Labor Courts and Grievance Settlement in Four Western European Countries, France and West Germany, Italy and Sweden, 1970, University of California Press.

können, in die von den Berufsrichtern geprägten und um Kontinuität und Profilierung notwendig bemühten Senate integriert. So hat, soziologisch gesehen, die Laienbeteiligung heute einen recht geringen realen Wert und befriedigt mehr das Prestigebedürfnis der sozialen Gegner. Durch deren scheinbare Teilhabe an der rechtsprechenden Gewalt beugt sie sozialen Konflikten vor und gewöhnt sie auf diese Weise an die Unterwerfung unter die Staatsgewalt. Um diese Domestizierungsfunktion an einem Beispiel scharf und unmißverständlich herauszustellen: Die Arbeitskampfrechtsprechung des BAG hätte ohne Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an der Arbeitsgerichtsbarkeit, ohne die tradierte Ideologie der Schiedsgerichtsbarkeit wohl kaum eine Chance gehabt, von den Arbeitnehmern toleriert zu werden.

Die Arbeitsgerichtsbarkeit ist eine wahre Fundgrube für soziologische Analysen: Wie muß ein Gericht vorgehen, wenn es Rechtspolitik betreibt – muß es dann nicht beiden sozialen Gegenspielern etwas bieten²²? Welche Querverbindungen bestehen zwischen Gerichten und Wissenschaft²³ oder zwischen verschiedenen Gerichten untereinander²⁴ oder zwischen Richtern und Regierung²⁵ oder zwischen Richtern und den sozialen Gegenspielern²⁶?

III. Ist das Arbeitsrecht als Sonderdisziplin oder in seinem bisherigen Verständnis als Schutzrecht des sozial schwächeren Arbeitnehmers noch existenzberechtigt?

Den Hintergrund des Arbeitsrechts bildete bislang die Arbeitslosigkeit. Nunmehr jedoch existiert Vollbeschäftigung – wobei an dieser Stelle die Frage ausgeklammert werden soll, ob die Bundesrepublik als Sozialstaat zur Vollbeschäftigung verpflichtet ist²⁷ und ob die Vollbeschäftigung faktisch gesichert ist²⁸. Ganz anders ist es mit der Frage bestellt, ob die Vollbeschäftigung gesichert werden sollte, die zu dem Problem führt, ob und gegebenenfalls wie die faktische Beseitigung der Arbeitslosigkeit das Arbeitsrecht verändert. Sicherlich bleiben die Normen dieselben, doch ebenso sicher verwandelt sich die Machtsituation im Einzelarbeitsverhältnis. Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers von seinem einzelnen

²² Unter diesem Aspekt sollte die Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 18. 1. 1955 BAGE 1, 289 gewürdigt werden: Sie kam den Arbeitnehmern mit der Anerkennung der kollektivrechtlichen Streiktheorie entgegen, schränkte dann aber das soeben anerkannte Streikrecht über die Vorschriften über unerlaubte Handlungen wieder ein und berücksichtigte damit die Arbeitgeberinteressen.

²³ So können etwa Wissenschaftler zu Richtern unter Beibehaltung ihres Lehramts berufen werden oder umgekehrt Richter Lehrstühle oder Honorarprofessuren erhalten. Weiterhin ist auch an die gemeinsame Veranstaltung von Seminaren oder an die Beteiligung von Wissenschaftlern an Veranstaltungen der Arbeitsgerichtsverbände (was bisher die Bildung einer Vereinigung von Arbeitsrechtswissenschaftlern verhindert hat) zu denken.

²⁴ Zu denken ist etwa an turnusmäßige oder gelegentliche Besprechungen der LAG-Präsidenten oder der Senate des BAG untereinander oder mit anderen Senaten höchster Gerichte über streitige Rechtsfragen.

²⁵ Hierunter fielen die Heranziehung von Richtern zur Gesetzgebungsarbeit, aber auch Besprechungen mit Arbeitsministern oder anderen Arbeitsbehörden.

²⁶ Hierunter fallen die Gutachtertätigkeit von Richtern (sei es als solche oder in ihrer Eigenschaft als Wissenschaftler) und die Vertragstätigkeit.

²⁷ Eine zwischenstaatliche Verpflichtung besteht nach Art. 1 I der Europäischen Sozialcharta, doch begründet sie gerade keine Pflicht des Staates gegenüber dem Bürger. Ein »Recht auf Arbeit« könnte nur als Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips aufgefaßt werden.

²⁸ Sie kann nach der Rezession des Jahres 1967 nicht mehr ohne weiteres bejaht werden. Zwar haben die Erfahrungen gezeigt, daß die Angst vor den politischen Konsequenzen einer Massenarbeitslosigkeit in der Bundesrepublik noch außerordentlich groß ist. Doch kann sie verblasen, sobald die Generation ausstirbt oder politisch ohne Einfluß ist, die noch den Nationalsozialismus erlebt hat. Dann könnte eine gegenläufige Entwicklung eintreten, die eine begrenzte Arbeitslosigkeit als Instrument zur Hebung der Arbeitsmoral als nützlich ansähe.

Arbeitgeber nimmt ab, wenn die Arbeitslosigkeit nicht mehr als Schreckgespenst im Hintergrund erscheint, wobei übrigens schon Arbeitslosenunterstützung und -fürsorge diesen Schrecken erheblich gemildert hatten. Nunmehr ist *die Chance 'des Herrenwechsels'* für eine Vielzahl von Arbeitnehmern gegeben, und *sie schwächt naturgemäß das Herrschaftsverhältnis ab*. Beseitigt sie es aber ganz, wird nun der dem sozialen Recht zugehörige Arbeitsvertrag zum liberalen Austauschvertrag, ist damit die wirkliche Gleichheit der Vertragsparteien hergestellt und das kollektive Arbeitsrecht als Schutzrecht der sozial Schwächeren überflüssig geworden? Die Antwort auf diese Frage läßt sich wiederum nicht aus den Gesetzen ablesen, sondern nur rechtstatsächlich ermitteln. Ein erstes in diesem Zusammenhang interessierendes Faktum ist, daß nur etwa 40% der Betriebe, die nach den Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes einen Betriebsrat haben müßten, tatsächlich einen Betriebsrat haben²⁹. Die Arbeitnehmer halten ihn für überflüssig – aber weshalb? Weil der Arbeitgeber noch eine patriarchalische Herrschaft ausübt, mit der die Arbeitnehmer zufrieden sind? Oder weil die Arbeitnehmer aus Furcht vor dem Arbeitgeber den Betriebsrat nicht zu bilden wagen? Oder weil sie diesen nicht für hinreichend effektiv ansehen und daher an ihm desinteressiert sind?

In allen diesen möglichen Erklärungen spielt jedenfalls die Machtstellung des Arbeitgebers eine bedeutsame Rolle. Auf sie weist aber auch noch ein zweites Faktum hin: Etwa 80% der gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer prozessieren erst nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses gegen den Arbeitgeber. Bei den restlichen 20% handelt es sich überwiegend um Angehörige des öffentlichen Dienstes und zum geringeren Teil um Arbeitnehmer aus Großbetrieben³⁰. Die Arbeitnehmer fürchten also, durch die Wahrnehmung ihrer Interessen im bestehenden Arbeitsverhältnis Nachteile zu erleiden – und dies heißt, daß nach wie vor ein Herrschaftsverhältnis besteht. Sicherlich hat sich dieses gegenüber den früheren Zeiten verändert. Es ist nicht mehr so brutal wie im Frühkapitalismus, sondern verfeinert. Nicht mehr die Kündigung, sondern die Gefährdung der Karriere im Betrieb bildet den Hauptgegenstand der Furcht der Arbeitnehmer. Aber auch die erstere kann seinen sozialen Status erheblich beeinträchtigen, ohne daß eine Ausgleichschance durch den Wechsel des Arbeitsplatzes besteht – und dies gilt nicht nur für besonders hochbezahlte berufliche Tätigkeiten, wie etwa der des Bergmannes, oder bei einer Unterbindung oder zumindest Kontrolle der beruflichen Freizügigkeit durch Abreden der Arbeitgeber, sondern generell, wenn durch tarifliche oder betriebliche Lohnzulagen oder Zusatzurlaubstage entsprechend der Dauer der Betriebszugehörigkeit der Fluktuation der Arbeitnehmer entgegengewirkt wird. Mit der Festigung der Dauer des Arbeitsvertrags wird auch das Herrschaftsverhältnis erhalten und verstärkt.

In diesem Zusammenhang ist auch die Beschäftigung ausländischer Gastarbeiter zu erwähnen. Diese sind aufgrund ihrer faktischen Lage, schon wegen ihrer häufig fehlenden Sprachkenntnisse, stärker abhängig. An ihnen können daher mittels des außerordentlichen Kündigungsrechts sehr viel leichter »Exempel statuiert« werden – womit psychologisch auch auf die deutschen Arbeitnehmer eingewirkt zu werden vermag. Auch dieser Fragenkomplex verdiente eine nähere rechtstatsächliche Untersuchung.

Als Ergebnis dieser Überlegungen läßt sich jedenfalls feststellen, daß die *Vollbeschäftigung nicht das Arbeitsrecht als besondere Disziplin in Frage stellt*. Sehr

²⁹ Diese Information verdanke ich einer mündlichen Auskunft von Herrn Landesarbeitsgerichtspräsidenten Dr. Joachim, Frankfurt.

³⁰ Vgl. Anm. 21.

viel ernster ist indessen die von ihm ausgehende Gefährdung des kollektiven Arbeitsrechts – wie schon ein Blick auf die Geschichte zeigt: Kommunismus und Nationalsozialismus haben zusammen mit der Arbeitslosigkeit auch das selbständige kollektive Arbeitsrecht beseitigt. Und die arbeitgeberfreundliche und freiheitsfeindliche Arbeitskampfrechtsprechung des BAG³¹ könnte sehr wohl, gerade wenn die fehlende Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus berücksichtigt wird³², auch in diesen geistesgeschichtlichen und politischen Zusammenhang eingeordnet werden. Doch sollte sie ebenfalls auf ihre soziologische Relevanz untersucht werden, ob nicht die Parteinahme des BAG rechtstatsächlich gerechtfertigt zu werden vermag.

Die Vollbeschäftigung scheint, auf den ersten Blick gesehen, die Machtverteilung unter den sozialen Gegenspielern zu beeinflussen. Dem Arbeitgeber fehlt die frühere Möglichkeit, auf die »Reservearmee der Arbeitslosen« zurückzugreifen und durch sie die Streikenden zu ersetzen. Seine Position wird dadurch zwangsläufig schwächer. Zwar könnte er von anderen Betrieben, vor allem aus anderen Industriezweigen, Arbeitskräfte abwerben. Doch stehen dem die länger gewordenen Kündigungsfristen und die Gefährdung des spezifischen Arbeitgeberinteresses entgegen. Doch ändert sicherlich nicht nur die Vollbeschäftigung das bisherige Kräfteverhältnis. Sehr viel bedeutsamer erscheint die fortschreitende Spezialisierung der Arbeitnehmer. Sie erschwert ihre Austauschbarkeit und deshalb wird der Arbeitskampf strukturell, und zwar zugunsten der Arbeitnehmer verändert. Doch ist in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen, daß der Konzentrationsprozeß in der Wirtschaft eine sehr erhebliche Verstärkung der Arbeitgebermacht bedeutet.

Die Vollbeschäftigung wirkt aber auch noch in anderer Weise auf den Streik ein. Sie führt dazu, daß sich der Arbeitnehmer in seiner Lebensführung nicht am Existenzminimum orientiert, wie es ihm Arbeitslosengeld oder Sozialhilfe gewähren. Sein Lebensstandard ist vielmehr auf den Normalzustand der Beschäftigung zugeschnitten und geht sogar durch die Verleitung, Abzahlungsgeschäfte abzuschließen, über ihn hinaus. Der Arbeitnehmer verstrickt sich in neue Abhängigkeiten, indem er Fernseher, Kühlschrank, Auto, Wohnungseinrichtung usw. auf Raten kauft. Und dies wirkt sich auch auf den Streik aus. Denn wenn er auch nur zeitweilig seinen Arbeitslohn einbüßt – und für ihn erhält er durch die gewerkschaftliche Streikunterstützung, die nur einen Teil desselben beträgt, kein Äquivalent –, so gefährdet er seinen Lebensstandard und kann sogar, wenn er seine Raten nicht zu zahlen vermag, sehr erheblichen Schaden erleiden. Hier besteht ganz zweifellos eine nicht zu unterschätzende reale – zumeist durch die Frauen der Arbeitnehmer psychisch verstärkte – Gegenwirkung gegen den Streik³³.

³¹ Vgl. hierzu *meinen* Bericht über die Rechtsprechung des BAG JZ 1964, 494, 546, 582 (555 ff.) und (Schlußwort) JZ 1966, 214; sowie die rechtstheoretische Deutung dieser Entwicklung in: Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Beitrag zu einer Verfassungslehre 1965, S. 36 ff.

³² Vgl. Anm. 8.

³³ Eine vollständige Untersuchung der für den Arbeitskampf bedeutsamen soziologischen Fakten kann und soll in diesem Rahmen nicht gegeben werden. Doch ist zumindest auf zwei wesentliche Faktoren noch hinzuweisen: Wird im Zuge der Vollbeschäftigung die Frau in stärkerem Maße als bisher in den Arbeitsprozeß eingegliedert, dann wirkt sich dies streikpräventiv aus, wenn die Frauenarbeit als Zusatzarbeit neben der Hausfrauentätigkeit geleistet wird und daher nicht die Frau in dem Maße wie der Mann auf den Arbeitslohn angewiesen ist. Von großer Bedeutung ist weiterhin die Absicherung des Arbeitgebers als Unternehmer gegen die Auswirkungen des Streiks auf die Lieferverträge durch sogenannte Streikklauseln. Danach kommt er durch einen Streik oder eine Aussperrung nicht in Verzug, und damit wird die Druckausübung durch den Streik beseitigt oder zumindest erheblich verringert.

Die Vollbeschäftigung erklärt noch ein anderes wichtiges Phänomen des modernen Arbeitsrechts – den übertariflichen Lohn. Der effektiv gezahlte Arbeitslohn lag vor der Rezession und liegt auch heute beträchtlich über dem tariflich vereinbarten Lohn. Der Arbeitnehmer ist daher auf die Gewerkschaft nicht in dem Maße angewiesen, wie es früher der Fall war. Er überlegt es sich, ob er Mitglied werden soll, und entscheidet sich häufig dagegen. Der Organisationsgrad der Arbeitnehmer ist bekanntlich derzeit auf 30 % von 40 % in den fünfziger Jahren gesunken. Zwar haben die Gewerkschaften mit den verschiedensten rechtlichen Mitteln, mit Solidaritätsbeiträgen, Effektivklauseln oder tariflichen Differenzierungsklauseln entgegenzuwirken gesucht. Doch ist dies an der höchsttrichterlichen Rechtsprechung gescheitert³⁴.

Der übertarifliche Lohn verstärkt wiederum die Macht des Arbeitgebers. Das Arbeitsrecht hat wohl bei betriebsüblichen Leistungen, beispielsweise der Gratifikation, mit Hilfe des Gleichbehandlungsgrundsatzes und einer Bindungswirkung nach Ablauf einer bestimmten Zeit einen gewissen Schutz vor Willkür durchzusetzen vermocht³⁵. Beim übertariflichen Lohn besteht auch die rechtliche Möglichkeit, die Kündigung zum Zweck seiner Herabsetzung, die sogenannte Änderungskündigung, dem Kündigungsschutzgesetz zu unterwerfen. Doch wiederum ist die schon früher angeschnittene Frage zu stellen, ob die Arbeitsgerichte wirklich in der Lage sind, unternehmerische Entscheidungen im wirtschaftlichen Bereich nachzukontrollieren. Wie soll der Richter die Behauptung des Arbeitgebers nachprüfen, der übertarifliche Lohn an einen Arbeitnehmer sei aus einer Sondersituation entsprungen und inzwischen hätten sich die Verhältnisse geändert. Es wäre hochinteressant zu wissen, wie die Richter hierauf reagieren – wiederum fehlt eine dementsprechende rechtstatsächliche Untersuchung, die Analyse der ergangenen Entscheidungen.

Die Untersuchung der Auswirkungen der Vollbeschäftigung hat tief in das Arbeitsrecht eingeführt und drängt zur Frage –, was eigentlich der Arbeitsrechtler vom wirklichen, vom gelebten Arbeitsrecht weiß. Er diskutiert Probleme des Arbeitskampfrechts und verliert sich in Diskussionen über Generalklauseln, deren wissenschaftlicher Erkenntniswert gleich Null ist – wenn nicht die Erkenntnis, daß angeblich unpolitische Gerichte sehr handfeste Politik betreiben, als Gewinn angesehen werden soll. Begriffe wie Kampfparität oder Waffengleichheit³⁶ versperren sogar den Weg, die reale Situation zu erfassen. Denn ungeachtet jener scheinbar an der Realität orientierten Begriffe sind Streik und Aussperrung nun einmal nicht dasselbe. Während ein einzelner Arbeitnehmer nicht streiken kann, vermag der einzelne Arbeitgeber auszusperrern. Und es besteht ein qualitativer Unterschied zwischen dem Handeln einer Vielzahl und dem eines einzelnen oder einer geringen Zahl. Wie nahe läge es dann doch zu prüfen, ob sich nicht die unterschiedliche soziale Machtstellung von einzelnen Arbeitgebern und einzelnen Arbeitnehmern auch im kollektiven Bereich auswirkt, ob die Koalitionen beider Seiten gleichwertig wären.

...

Was wissen wir vom kollektiven Arbeitsrecht? Die Regelungen der Tarifverträge und der Betriebsvereinbarungen sind dem Arbeitsrechtler unbekannt. Nicht ein-

³⁴ Vgl. hierzu zuletzt den Beschluß des Großen Senats vom 29. 11. 1967, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG.

³⁵ Vgl. hierzu nunmehr die Untersuchung von Schmalfuß, Betriebsübliche Leistung, Gießener Jur. Diss. 1967.

³⁶ Signifikant ist in diesem Falle die Orientierung der wissenschaftlichen Begriffsbildung an Bildern, vgl. hierzu für den Streik eingehend Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, S. 1 ff.

mal die Bestimmungen der Manteltarifverträge sind systematisch aufgearbeitet worden. Nur zufällig, aus höchst richterlichen Entscheidungen, in denen sie interpretiert werden, erfährt der Wissenschaftler von ihnen. Wo sind auch nur einige tatsächliche Angaben über den Betrieb zu finden? Denn es ist höchst aufschlußreich, daß 39,11 % der Beschäftigten in der Industrie auf Betriebe mit 1000 und mehr Beschäftigten fallen³⁷, oder daß die Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien in Industrie, Handel und Verkehr 17,32 % der Beschäftigten mit einer Durchschnittsbeschäftigtenzahl von 1349 pro Betrieb umfassen³⁸. Das Arbeitsrecht wäre ein Stück transparenter und verständlicher, wenn die verschiedenartigen Situationen von Industrie, Handwerk, Handel und Landwirtschaft³⁹ berücksichtigt würden. Sicherlich würde dies die längst fällige Befreiung von der mittelständischen Ideologie⁴⁰ beschleunigen, die der Nationalsozialismus neu belebte, und die noch immer auf der rechtstheoretischen Auseinandersetzung über das Arbeitsverhältnis lastet.

³⁷ Betriebe und Beschäftigte im September 1964 nach Betriebsgrößenklassen

Industriebetriebe	Zahl der Betriebe	in %	Zahl der Beschäftigten	in %
Unternehmen mit 1-9 Beschäftigten	44 758	43,53	168 746	1,97
mit 10-49 Beschäftigten	33 384	32,47	803 186	9,39
mit 50-99 Beschäftigten	10 371	10,09	727 270	8,51
mit 100-199 Beschäftigten	6 748	6,56	942 486	11,03
mit 200-499 Beschäftigten	4 760	4,64	1 459 532	17,08
mit 500-999 Beschäftigten	1 600	1,55	1 103 818	12,91
mit 1000 und mehr Beschäftigten	1 200	1,16	3 342 475	39,11
insgesamt	102 821	100,00	8 547 513	100,00

³⁸ Unternehmen und Beschäftigte im Juni 1961 nach Rechtsformen

Beschäftigte je Betrieb im Durchschnitt	Industrie-, Handels- und Verkehrsbetriebe	Zahl der Betriebe	in %	Zahl der Beschäftigten	in %
4,114	Eine oder mehrere Personen als Inhaber	2 035 934	92,92	8 376 514	40,45
43,158	OHG/KG	98 600	4,50	4 255 372	20,55
109,126	GmbH	26 251	1,20	2 864 680	13,74
1 349,076	AG/KGaA	2 643	0,12	3 565 585	17,32
13,059	eingetragene Genossenschaften	18 775	0,85	245 191	1,18
49,454	sonstige private Rechtsform a)	3 952	0,18	194 444	0,94
240,309	Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts b)	5 013	0,23	1 204 672	5,82
9,449	insgesamt	2 191 168	100,00	20 706 458	100,00

Aus dem Statistischen Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland, 1966, Hrsg. Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Stuttgart und Mainz, 1966, S. 232/233 u. S. 202 bis S. 205 und Ergebnis der Arbeitsstättenzählung 1961.

a) zum Beispiel: eingetragener Verein, nichteingetragener Verein, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, bergrechtliche Gesellschaft usw.

b) wirtschaftliche Unternehmen von Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter einer privaten Rechtsform betrieben werden.

³⁹ Vgl. hierzu Siebert, Das Arbeitsrecht in der Landwirtschaft m. Diskussionsbeiträgen v. Fr. W. von Loewenstein und W. Lojewski (Schriftenreihe f. Ländliche Sozialfragen Heft 21) 1957.

⁴⁰ Die Untersuchung, wieweit das bisherige Privatrecht auf Mittelstandspolitik und -ideologie beruht, gehört ebenfalls zu den Desiderata der wissenschaftlichen Auseinandersetzung.