

Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1979

Von Professor Dr. jur. Ingo Koller, Passau

- I. Koalitionen
 - 1. Gewerkschaftsbegriff
 - 2. Koalitionsautonomie
- II. Tarifrecht
 - 1. Tariffähigkeit
 - 2. Grenzen der Tarifautonomie
 - a) Allgemeines
 - b) Kirchen
 - 3. Nachwirkung
- III. Arbeitskampfrecht
 - 1. Grundsatzfragen
 - 2. Mittel des Arbeitskampfes
 - a) Aussperrung
 - b) Warnstreik
 - c) Massenkündigung
 - d) Boykott
 - 3. Arbeitskampf gegen die Kirchen
 - 4. Einzelfragen
- IV. Unternehmensmitbestimmung
 - 1. Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts
 - 2. Grundsatzfragen
 - 3. Zum mitbestimmten Aufsichtsrat
 - 4. Anstellung der gesetzlichen Vertretungsorgane
 - 5. Arbeitsdirektor
 - 6. Wahl
 - 7. Einzelfragen
- V. Betriebsverfassungsrecht
 - 1. Grundsatzfragen
 - 2. Gewerkschaften und Betrieb
 - 3. Leitende Angestellte
 - 4. Wahl und Stellung des Betriebsrates und seiner Mitglieder
 - 5. Betriebsversammlung
 - 6. Mitbestimmung
 - a) Allgemeine Fragen
 - b) Soziale Angelegenheiten
 - c) Gestaltung des Arbeitsplatzes und Arbeitsablaufes
 - d) Personelle Angelegenheiten
 - e) Wirtschaftliche Angelegenheiten
- 7. Datenschutz im Betrieb
- 8. Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften
- VI. Individualarbeitsrecht
 - 1. Grundsatzfragen
 - 2. Begriff des Arbeitnehmers
 - 3. Begründung und Inhalt von Arbeitsverhältnissen
 - a) Rechtsstellung des Bewerbers
 - b) Befristete und bedingte Arbeitsverhältnisse
 - 4. Nebenpflichten im Arbeitsverhältnis
 - a) Fürsorge- und Treuepflichten
 - b) Gleichbehandlungsgebot
 - c) Einzelfragen
 - 5. Leistungsstörungen
 - a) Allgemeines
 - b) Betriebsrisikolehre
 - c) Lohnfortzahlung
 - 6. Betriebsübergang
 - 7. Betriebliche Altersversorgung
 - 8. Arbeitsschutz
 - a) Allgemeines
 - b) Mutterschaftsurlaub
 - 9. Kündigung und Kündigungsschutz
 - a) Allgemeines Kündigungsrecht
 - b) Kündigungsschutz
 - c) Weiterbeschäftigung
 - d) Einzelfragen
 - 10. Besondere Arbeitsverhältnisse
- VII. Arbeitsgerichtliches Verfahren
- VIII. Internationales Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung
- IX. Beiträge mit Schwerpunkten auf anderen Rechtsgebieten
- X. Literaturhinweise

Der Bericht setzt die 1969 begonnene Reihe fort. Er soll wie seine Vorläufer¹ einen Überblick über die im Jahr 1979 in Zeitschriften und Sammelwerken veröffentlichten Abhandlungen geben, die sich auf das Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland beziehen. Angesichts der Fülle des Materials wurde weitgehend auf eine eigene Stellungnahme verzichtet. Ebenso unterblieb die Wiedergabe von Beiträgen mit primär arbeitswissenschaftlichem, soziologischem oder arbeitspolitischem Charakter.

Die Schwerpunkte der Diskussion im Jahre 1979 lagen bei dem Streit um die Zulässigkeit der Aussperrung, der Verteilung des Betriebsrisikos in von Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, der Stellung der Kirchen im Arbeitsrecht sowie beim Weiterbeschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers.

1. Koalitionen

1. Gewerkschaftsbegriff

Herbert Buchner² befaßt sich kritisch mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Gewerkschaftsbegriff. Er hält dem Bundesarbeitsgericht vor, daß es ohne Not von einem einheitlichen Gewerkschaftsbegriff ausgegangen sei und dadurch den Koalitionspluralismus übermäßig beschränkt habe. Im Hinblick auf den Abschluß von Tarifverträgen und auf Arbeitskämpfe möge eine restriktive Interpretation des Gewerkschaftsbegriffes durch das Ordnungsprinzip letztlich gerechtfertigt sein. Es gehe jedoch nicht an, neu sich bildenden Gewerkschaften von vornherein die Aussicht zu verbauen, so mächtig zu werden, daß ihnen Tariffähigkeit und das Recht, Arbeitskämpfe zu führen, zuerkannt werden könne. Daraus folgert Buchner³, daß im Vorfeld der Tariffähigkeit der Gewerkschaftsbegriff vergleichsweise weiter auszulegen sei, so daß auch weniger mächtige Koalitionen die Möglichkeit erhalten, ihre Mitglieder im Rahmen der Betriebsverfassung und der Arbeitsgerichtsbarkeit wirksam zu vertreten. Gestehe man den weniger mächtigen Koalitionen darüber hinaus dieselben Informations- und Werbungsrechte wie mächtigen Gewerkschaften zu, so erhalten jene eine reale Chance, in das Stadium der Tariffähigkeit hineinzuwachsen. In der Tendenz ist Buchner voll zuzustimmen. Allerdings hätte m. E. die Kritik eine Stufe tiefer ansetzen müssen. Sicherlich genügt, wie auch Theo Mayer-Maly⁴ hervorhebt, die Formel von der Fähigkeit zur hinreichenden Druckausübung nicht, um den Gewerkschaftsbegriff eng auszulegen; denn es ist den gesetzlichen Wertungen zufolge nicht Sache der Rechtsordnung, Arbeitnehmer vor Koalitionen zu schützen, die für sie geringere Erfolge erzielen als konkurrierende Koalitionen. Der Schlüssel zur Lö-

1 Vgl. ZfA 1979, S. 357 ff.; 1978, S. 285 f. mit Nachweis bei Fn. 1.

2 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 55 ff.

3 A.a.O., S. 68 ff.

4 RdA 1979, S. 356 ff.

sung des Problems scheint vielmehr beim Ordnungsprinzip zu liegen, das freilich als noch nicht hinreichend konkretisiert und wertungsmäßig abgesichert erscheint. Es müßte z. B. eingehender geprüft werden, ob das Ordnungsprinzip mit *Albrecht Zeuner*⁵ nicht in dem Sinne ausgefüllt werden sollte, daß die Beteiligten nicht von vornherein auf richterrechtlich konzipierte Ordnungsmodelle festgelegt werden, ihnen statt dessen primär Raum für eigene Vorstellung gelassen und erst dort ordnend eingegriffen wird, wo eine konkrete Gefahr von Fehlentwicklungen sichtbar wird.

2. Koalitionsautonomie

Mit der Reichweite der Koalitionsautonomie beschäftigt sich *Alfred Söllner*⁶. Art. 9 Abs. 3 GG umreißt den gegenständlichen Bereich der Koalitionsautonomie mit den Begriffen »Wahrung und Förderung« sowie »Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen«. Eine historische Analyse der Begriffsbildung zeigt nach Ansicht *Söllners*, daß der Verfassungsgesetzgeber weit über den Bereich der »Lohn- und Arbeitsbedingungen« hinausgegangen sei. Die Worte »Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« sollen vielmehr die gesamten Konditionen umschreiben, unter denen in Wirtschaft und Verwaltung abhängige Arbeit geleistet werde. Die Wirtschaftsbedingungen seien mithin nicht ausschließlich die Arbeitsbedingungen aus der Sicht der Arbeitgeberseite. Zum gleichen Ergebnis gelangt *Gerhard Müller*⁷ in einer Analyse des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum Mitbestimmungsgesetz. Daraus zieht er den Schluß, daß die Gewerkschaften angesichts der Weite des ihnen eröffneten Tätigkeitsbereichs mehr ihre öffentlichen Aufgaben in den Vordergrund rücken sollten, ohne daß dies einen Verzicht auf ihre Funktion als Interessenvertretung mit sich bringen müßte. *Erhard Blankenburg* und *Uta Krautkrämer*⁸ plädieren für einen stärkeren Einfluß der Gewerkschaften auf die Arbeitsverwaltung. *J. J. M. van der Ven*⁹ geht den ethischen und sozialen Grundlagen der Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer nach, die er auf die Möglichkeit der Selbstbestimmung und Selbstentfaltung in der Arbeit zurückführt.

Die personelle Reichweite der Koalitionsautonomie ist im Zusammenhang mit dem Konflikt zwischen den Kirchen und Gewerkschaften über den Abschluß von Tarifverträgen behandelt worden. Für eine unumschränkte Koalitionsfreiheit der kirchlichen Arbeitnehmer treten mit unterschiedlichen Argumenten *Rolf Birk*¹⁰, *Johann Frank*¹¹ und *Peter-Hubert Naendrup*¹² ein. Während *Birk*¹³ das

5 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 727 ff.

6 Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 16, 1978 (79), S. 19 ff.

7 RdA 1979, S. 361 (369); DB 1979, Beilage Nr. 5/79, S. 1 (8).

8 WSI-Mitteilungen 1979, S. 79 ff.

9 EuGRZ 1979, S. 26 ff.

10 AuR 1979, Sonderheft »Kirche und Arbeitsrecht«, S. 9 ff.

11 RdA 1979, S. 86 ff.

12 AuR 1979, Sonderheft »Kirche und Arbeitsrecht«, S. 37 ff.

13 A.a.O., S. 10 ff.

Schwergewicht darauf legt, daß die Kirchen mit der Begründung von Arbeitsverhältnissen nicht lediglich ihre Interna regeln, sondern den außerhalb ihrer Organisation angesiedelten Arbeitsmarkt in Anspruch nehmen, postuliert *Naendrup*¹⁴, daß die Garantie der Koalitionsfreiheit höher zu bewerten sei als das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, da Art. 9 Abs. 3 GG sogar mit einem Drittwirkungsschutz ausgestattet sei. Außerdem habe man zu berücksichtigen, daß die Koalitionsfreiheit zu keinem unmittelbaren Eingriff in die Organisation der Kirche führe, sondern lediglich die Basis für ein Kommunikationssystem schaffe. Damit wird allerdings die mit der Koalierung entstehende Macht ausgeblendet. Einleuchtender erscheint schon der Hinweis, daß sich der Großteil der im Rahmen kirchlicher Einrichtungen tätigen Arbeitnehmer in der gleichen Situation befinden wie andere Arbeitnehmer in Wirtschaft und Verwaltung. Hier setzt auch *Gerhard Müller*¹⁵ an, der die Koalitionsfreiheit all den Arbeitnehmern der Kirchen eröffnet, die in den Kirchen letztlich zur Sicherung ihrer materiellen Existenz tätig werden, da typischerweise in deren Verhältnis zur Kirche ein materieller Interessenkonflikt nicht ausgeschlossen sei. Allerdings müßten die Koalitionen den besonderen kirchlichen Auftrag respektieren. Im Unterschied zum normalen Arbeitnehmer könnten hingegen Personen, deren Leben primär von der Religion bestimmt werde, wie Pfarrer oder Ordensangehörige, die Koalitionsfreiheit nicht für sich in Anspruch nehmen. Eine ähnliche Differenzierung nimmt *Reinhard Richardi*¹⁶ vor. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit könne trotz der ihm immanenten Drittwirkung nicht zu einer totalen Verdrängung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechtes führen, da nach den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit die verfassungsrechtliche Gewährleistung der kirchlichen Selbstbestimmung in ihrem Kern erhalten bleiben müsse. Daraus zieht *Richardi*¹⁷ die Konsequenz, daß die Koalitionsfreiheit zurückzutreten habe, soweit sie mit dem Selbstverständnis der Kirche unvereinbar sei. In diesem Sinne sei das Priestertum mit der Koalitionsfreiheit nicht in Einklang zu bringen. Soweit freilich Kirchen Mitarbeiter aufgrund eines Arbeitsverhältnisses beschäftigen und sich damit auch nach ihrem Selbstverständnis dem Arbeitsrecht unterwerfen, müßten sie die Ausübung der Koalitionsfreiheit durch ihre Mitarbeiter akzeptieren, die hierbei allerdings in weitem Umfang auf die spezifischen Belange des kirchlichen Dienstes Rücksicht zu nehmen hätten. Gegen die Ausformung verschiedener Kategorien kirchlicher Beschäftigter wendet sich *Theo Mayer-Maly*¹⁸ mit dem Argument, es sei mit Art. 137 Abs. 3 WRV unvereinbar, daß sich staatliche Instanzen anmaßen, zwischen den im Kirchendienst stehenden Personen zu unterscheiden.

14 A.a.O., S. 41 ff.

15 RdA 1979, S. 71 ff.

16 Festschrift für Günther Beitzke (1979), S. 873 ff.

17 A.a.O., S. 887 ff.; 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 429 (437 ff.).

18 BB 1979, Beilage 4/79, S. 1 (7).

Als hinreichenden Ersatz der Koalitionsfreiheit qualifiziert *Johann Frank*¹⁹ das Mitarbeitervertretungsrecht der Kirche, während *Hartmut Dietz*²⁰ zum entgegengesetzten Ergebnis gelangt.

II. Tarifrecht

1. Tariffähigkeit

*Herbert Buchner*²¹ untersucht – worauf bereits hingewiesen worden ist²² – kritisch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Tariffähigkeit. Während er im Hinblick auf die Tariffähigkeit die restriktive Interpretation des Gewerkschaftsbegriffs durch die Einführung des Merkmals »Fähigkeit zur Druckausübung« mit Rücksicht auf das Ordnungsprinzip zu akzeptieren bereit ist, hält *Theo Mayer-Maly*²³ das Kriterium von Druck und Gegendruck für gänzlich ungeeignet, tariffähige Gewerkschaften von sonstigen Koalitionen zu unterscheiden. Man dürfe mögliche Ordnungskräfte nicht unter Verstoß gegen Art. 11 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention von Ordnungsversuchen fernhalten. Im übrigen stoße man dort, wo konkret nachgeprüft werden soll, ob eine hinreichende Fähigkeit zur Machtausübung bestehe, auf fragwürdige Merkmale, wie letztlich z. B. auf das Kriterium, ob die Arbeitgeberseite dem Verband so gewogen sei, daß sie mit ihm einen Tarifvertrag abschliesse.

Die Tariffähigkeit der Kirchen beleuchten *Rolf Birk*²⁴ und *Peter-Hubert Naendrup*²⁵. Sie stellen fest, daß die Maßstäbe, die normalerweise an Arbeitgeberverbände angelegt werden, nicht ohne weiteres für Kirchen und deren Einrichtungen passen. Problematisch sei insbesondere, daß die Kirchen nicht zum Arbeitskampf bereit seien. Hier wollen *Birk*²⁶, *Naendrup*²⁷ und *Hartmut Dietz*²⁸ entgegen *Johann Frank*²⁹ auf das Erfordernis der Bereitschaft zum Arbeitskampf verzichten, da man sich als Arbeitgeber nicht durch einen Verzicht auf den Arbeitskampf der Tariffähigkeit entziehen könne und im übrigen ohnehin vielfach aus funktionstechnischen Gründen ein Arbeitskampfverbot bestehe. Soweit für die Arbeitnehmer der Kirchen die Koalitionsfreiheit bejaht wird, werden auch keine grundlegenden Einwände gegen die Tariffähigkeit der Arbeitnehmerkoali-

19 RdA 1979, S. 86 ff.

20 RdA 1979, S. 79 ff.

21 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 55 ff.

22 Siehe oben bei Fn. 2.

23 RdA 1979, S. 356 ff.

24 AuR 1979, Sonderheft »Kirche und Arbeitsrecht«, S. 9 (13 ff.).

25 BLStSozArbR 1979, S. 353 ff.

26 A.a.O., S. 17 f.

27 A.a.O., S. 353 ff.

28 RdA 1979, S. 79.

29 RdA 1979, S. 86 ff.

tionen erhoben. Rolf Birk³⁰ gibt allerdings zu erwägen, daß den Verbänden, in denen zur Zeit die Mehrheit der kirchlichen Mitarbeiter organisiert sei, die Gegnerfreiheit fehlen könne.

2. Grenzen der Tarifaufonomie

a) Allgemeines

Alfred Söllner³¹ hebt hervor, daß die Tarifaufonomie auf die Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen beschränkt sei. Im Unterschied zu Gerhard Müller³², der den Bereich der Koalitionsbetätigung auf den Gesamtbereich des Wirtschaftslebens ausdehnt, die Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien aber von einem näher konkretisierten gesetzlichen Rahmen abhängig macht, faßt Söllner³³ den Bereich der Wirtschaftsbedingungen enger. Zu den Wirtschaftsbedingungen gehören seiner Ansicht nach z. B. weder das Unternehmensverfassungs- noch das Wettbewerbsrecht. Schwierig sei es, im einzelnen die Grenze gegenüber der Wettbewerbsordnung zu bestimmen. Ob beispielsweise tarifvertragliche Bestimmungsregeln wegen ihres Einflusses auf Investitionsentscheidungen der Unternehmen noch innerhalb der Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien lägen, könne letztlich nur richterrechtlich geklärt werden.

Lothar Vollmer³⁴ trägt Überlegungen zur Aufgaben- und Zuständigkeitsverteilung zwischen mitbestimmungsrechtlicher und tarifvertraglicher Interessenvertretung vor. Aus dem allgemeinen Ordnungskonzept des sich entwickelnden Mitbestimmungsrechts und den damit verfolgten Ordnungszielen ergebe sich, daß eine tarifvertragliche Konfliktregelung grundsätzlich dort ausgeschlossen sei, wo es um die Lösung ganz konkreter betriebsbedingter Konflikte gehe, die sich immer wieder neu aus der konkreten wirtschaftlichen Situation des einzelnen Unternehmens ergäben. Tarifaufonome Lösungen seien hier unangebracht, da die Flexibilität der Unternehmen übermäßig beeinträchtigt werde und häufig mangels Kampfparität die Tarifregeln zu stark zu Lasten der Arbeitgeber gehen könnten. Zulässig sind nach Ansicht Vollmers³⁵ jedoch grundsätzlich arbeitsplatzbezogene Regelungen, es sei denn, daß sie die wettbewerbliche Anpassungsfähigkeit des einzelnen Unternehmens in einer mit mitbestimmungsrechtlich konkretisierten Wertungen überhaupt nicht mehr zu vereinbarenden Weise mindern. In eine tendenziell entgegengesetzte Richtung argumentiert Herbert Wiedemann³⁶. Er nimmt in einer grundlegenden Abhandlung die Frage unter die Lupe, inwieweit das Leistungsprinzip der Tarifaufonomie Grenzen setzt. Er stellt zutreffend fest, daß die

30 A.a.O., S. 18.

31 Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 16, 1978 (79), S. 19 ff.

32 DB 1979, Beilage Nr. 5/79, S. 8.

33 A.a.O., S. 27 ff.

34 DB 1979, S. 308 ff., 355 ff.

35 A.a.O., S. 310.

36 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 635 ff.

arbeitsrechtlichen Wertungen dem dem Leistungsprinzip entgegengesetzten Bedarfsprinzip einen hohen Stellenwert einräumen. Für die Tarifautonomie ergebe sich daraus, daß das staatliche Arbeitsrecht von unterschiedlichen Zuteilungskriterien beherrscht werde. Daher seien auch die Tarifvertragsparteien nicht gehindert, das Bedarfsprinzip zu betonen. Als Grenze einer Tarifpolitik, die das Schergewicht auf den Maßstab des Bedarfs lege, komme der Gleichheitsgrundsatz in Betracht. Im Sinne des Gleichheitsgrundsatzes sei die Verteilung nach Bedarf sachgerecht, nicht aber Maßnahmen, die dieses Ziel nicht zu erreichen geeignet sind oder zu diesem Ziel außer Verhältnis stehen. *Wiedemann*³⁷ hebt schließlich hervor, daß das Leistungsprinzip für die Arbeitsplatzverteilung aus der Sicht der Außen-seiter irrelevant sei.

Im Zusammenhang mit tarifvertraglich vereinbarten Lohnabtretungsverboten leitet *Johannes Dendé*³⁸ Grenzen der Tarifautonomie daraus ab, daß schutzwürdige Interessen der Gläubiger wesentlich tangiert werden und Lohnabtretungsverbote als volkswirtschaftlich unerwünscht zu bezeichnen seien. Dies allein kann indessen noch nicht genügen, um der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien Schranken zu ziehen. Jeder Tarifvertrag wird irgendwie Interessen Dritter tangieren. Die Tarifautonomie endet aber erst dort, wo diese Interessen rechtlich stärker als die Tarifautonomie geschützt sind. Im Hinblick auf das Gläubigerinteresse könnte dies bei Lohnabtretungsverboten nur bejaht werden, falls ein Abtretungsverbot sittenwidrig wäre.

Auf die Begrenzung der Tarifautonomie durch das Gemeinwohl gehen *Gerhard Müller*³⁹ und *Reinhard Richardi*⁴⁰ im Zusammenhang mit Fragen der Mitbestimmung ein. Dem Gemeinwohlerfordernis im Spannungsfeld mit der kollektiven Interessenwahrung spürt *Peter Badura*⁴¹ nach. Er postuliert, daß der Sinn der Tarifautonomie in der Herstellung einer sinnvollen Ordnung liege. Daraus ergebe sich, daß die Tarifautonomie dem Gemeinwohlerfordernis unterworfen sei. Allerdings müsse das Gemeinwohlerfordernis, um als Schranke wirksam werden zu können, gesetzlich konkretisiert sein. In außergewöhnlichen Fällen könne der Richter auch unmittelbar aus der Verfassung eine Verletzung des Gemeinwohlerfordernisses ableiten. Als Beispiel zieht *Badura* eine Verletzung des Grundrechts der Pressefreiheit heran, das freilich nicht schon dann tangiert sei, wenn lediglich vorübergehend keine Zeitungen erscheinen könnten.

Harald Heß und *Karl-Udo Kammann*⁴² beschäftigen sich mit der Frage, welche Grenzen den Tarifvertragsparteien durch das im Weg der Rechtsfortbildung geschaffene gesetzvertretende Richterrecht gezogen werden. Im Hinblick auf

37 A.a.O., S. 652.

38 AuR 1979, S. 109 ff.

39 RdA 1979, S. 361 ff.

40 AG 1979, S. 29 ff.

41 AöR 104 (1979), S. 246 ff.

42 Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 16, 1978 (79), S. 45 ff.

die Arbeitskampfregeln kommen sie zum Ergebnis, daß die in Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips entwickelten Normen nicht zur Disposition der Parteien stünden.

*Karl-Jürgen Bieback*⁴³ hält die Gesetze, die in einigen Bundesländern die Entlohnung von Beschäftigten der Kommunen an die Tariflöhne für Landesbedienstete binden, für verfassungswidrig, da gegen Bundesrecht verstoßen werde. Außerdem werde das Verbot tariflicher Höchstnormen übergangen. *Bieback* wirft dem Landesgesetzgeber ferner einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 12 Abs. 1 GG vor, da fremdes Tarifvertragsrecht für absolut verbindlich erklärt werde.

b) Kirchen

Aus Anlaß der Auseinandersetzungen um die Reichweite der Tarifautonomie im kirchlichen Bereich richten *Reinhard Richardi*⁴⁴, *Gerhard Grethlein*^{44a} und *Johann Frank*⁴⁵ die Schranken der Tarifautonomie primär an dem Selbstverständnis der Kirchen aus. *Frank* zufolge ist das Tarifvertragsgesetz kein für alle geltendes Gesetz im Sinne der Art. 140 GG, 137 Abs. 3 WRV. Auch *Richardi* ist der Auffassung, daß der umfassende, geistig-religiöse Auftrag der Kirchen es nicht zulasse, die Kirchen in ihrem Bereich an ein prinzipiell marktwirtschaftlich organisiertes Arbeitsrecht zu binden. Die Kirchen könnten daher jederzeit dem Ansinnen, einen Tarifvertrag einzugehen, entgegenhalten, daß der Tarifvertrag mit ihrem Selbstverständnis nicht im Einklang stehe. Demgegenüber vertritt *Rolf Birk*⁴⁶ den Standpunkt, daß der Tarifvertrag zwar nicht zu einer Fremdbeeinflussung der Kirchen in ihrem ureigensten Bereich führen dürfe. Die Einflußnahme auf die Arbeitsbedingungen kirchlicher Arbeitnehmer könne jedoch nicht in toto als Verletzung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts stigmatisiert werden. Einen ähnlichen Ansatz verfolgt *Wilhelm Dütz*⁴⁷, der fordert, daß man in einer Interessen- und Güterabwägung, in der der Wechselwirkung zwischen Selbstbestimmungsgarantie und einschränkendem Gesetz gebührend Rechnung getragen werde, dem zwingenden staatlichen Arbeitsrecht grundsätzlich den Vorrang zuerkenne. Auch *Peter-Hubert Naendrup*⁴⁸ interpretiert den Konflikt zwischen der Kirchenautonomie und Art. 9 Abs. 3 GG als grundrechtliche Kollisionsfrage, die zugunsten der Koalitionsautonomie aufzulösen sei. Er argumentiert dabei vornehmlich mit der Entstehungsgeschichte des Art. 140 GG, dem schranken-systematisch ablesbaren Vorrang der Koalitionsfreiheit sowie damit, daß man nicht einerseits die Geltung

43 ZfA 1979, S. 453 ff.

44 Festschrift für Günther Beitzke (1979), S. 873 ff.

44a Zeitschrift f. evang. Kirchenrecht, Bd. 24 (1979), S. 270 (282 ff.).

45 RdA 1979, S. 86 ff.

46 AuR 1979, Sonderheft »Kirche und Arbeitsrecht«, S. 9 (10 ff.).

47 AuR 1979, Sonderheft »Kirche und Arbeitsrecht«, S. 2 ff.

48 BLStSozArbR 1979, S. 353 ff.

des Individualarbeitsrechts anerkennen und andererseits die des Kollektivarbeitsrechts verneinen könne.

3. Nachwirkung

*Gerhard Knorr*⁴⁹ geht der Frage nach, inwieweit ein Tarifvertrag im Nachwirkungsstadium in der Lage ist, eine Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeiten zu ermöglichen. Er geht zutreffend davon aus, daß die Tarifvertragsparteien im Rahmen des § 7 AZO keine hoheitlichen Befugnisse ausüben. Eine Nachwirkung arbeitszeitverlängernder Normen hält *Knorr* für denkbar, weil trotz Ablaufs des Tarifvertrages keine Gefahr für die Richtigkeit der Tarifregelungen bestünde. Die Parteien hätten es nämlich jederzeit in der Hand, einen neuen Tarifvertrag zu vereinbaren. Dabei übersieht *Knorr* den Unterschied zwischen generell dispositiven und tarifdispositiven Vorschriften. Im Bereich tarifdispositiver Vorschriften muß grundsätzlich die volle Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages fortbestehen. Sie existiert entgegen *Knorr* indessen nur in dem Zeitraum, für den der Tarifvertrag volle Geltung besitzt.

III. Arbeitskampfrecht

1. Grundsatzfragen

*Albrecht Zeuner*⁵⁰ entwickelt anhand der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Tariffähigkeit und zum Arbeitskampfrecht den Gedanken, daß das Richterrecht dem gesellschaftlichen Spiel der Kräfte größeren Raum lassen und erst dann eingreifen sollte, wenn sich empirisch nachweisbar die konkrete Gefahr einer Fehlentwicklung abzeichne. Man solle die Beteiligten nicht vorschnell festlegen. Wenn dies nötig sei, so müsse dies im Einklang mit den gesetzlichen Wertungen geschehen. Von diesen Wertungen dürfe man sich auch nicht unter Berufung auf die Rechtssicherheit lösen; denn es sei in erster Linie Sache des Gesetzgebers, im Konflikt zwischen Rechtssicherheit und den Risiken, die mit der freien Entfaltung der Kräfte notwendig verbunden seien, die notwendigen Akzente zu setzen.

In einer anderen Abhandlung weist *Zeuner*⁵¹ auf die weitreichende Bedeutung der Fluglotsenentscheidungen des Bundesgerichtshofs für das allgemeine Arbeitskampfrecht hin. Er warnt davor, den Gedanken, daß bei der Ausformung des Arbeitskampfrechts auf die Interessen Dritter und der Allgemeinheit Rücksicht zu nehmen ist, auf breiter Front in individuelle Ansprüche Dritter umzumünzen. Eine Schadensersatzsanktion zugunsten unmittelbar am Arbeitskampf unbeteilig-

49 RdA 1979, S. 201 ff.

50 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 727 ff.

51 JZ 1979, S. 6 ff.

ter Dritter sei freilich dort am Platz, wo schwere Drittbeeinträchtigungen gezielt als Mittel eingesetzt werden, den Gegner niederzuringen.

Henner Wolter⁵² greift in einem breit angelegten Aufsatz den zum zentralen Prinzip des Arbeitskampfrechts avancierten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit an. Er kritisiert die dogmatische Fundierung dieses Prinzips damit, daß es keine Schranke der Freiheitsausübung darstelle. Außerdem werde das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu einseitig nur in der Phase des Arbeitskampfes ins Spiel gebracht. Wenn man das Verhältnismäßigkeitsprinzip schon benutze, um die Durchsetzungsmöglichkeiten im Arbeitskampf zu beschneiden, so müßte es auch in Phasen des Arbeitsfriedens zur Kontrolle einseitiger Maßnahmen der Arbeitgeber genutzt werden, durch die Arbeitsplätze vernichtet werden. Im übrigen habe das Verhältnismäßigkeitsprinzip den Arbeitskampf der Ungewißheit über die Kampfgrenzen und der drohenden Schadensersatzpflichten wegen gänzlich unkalkulierbar gemacht. Der Angriff gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip geht in dieser Form fehl. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz reguliert auch in Zeiten des Arbeitsfriedens das Verhalten des Arbeitgebers, nur ist er im Unterschied zum Arbeitskampfrecht in formellen Gesetzen, z. B. dem Kündigungsschutzgesetz und Betriebsverfassungsgesetz konkretisiert. Im Bereich des Arbeitskampfes fehlen allerdings derartige gesetzliche Wertungen. Sie so zu konkretisieren, daß ihnen sichere Handlungsanleitungen entnommen werden können, ist sicherlich eine Aufgabe von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, die noch nicht vollkommen gelöst ist. Trotz der mit dem Einsatz des offenen Prinzips der Verhältnismäßigkeit verbundenen Rechtsunsicherheit werden die Koalitionen jedoch keineswegs vor schnell genötigt, auf Kampfmaßnahmen in Grenzbereichen zu verzichten, da das Bundesarbeitsgericht große Zurückhaltung bei der Auferlegung von Schadensersatzpflichten zeigt.

2. Mittel des Arbeitskampfes

a) Aussperrung

Im Zusammenhang mit den inzwischen ergangenen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts^{52a} zur Zulässigkeit der Aussperrung haben sich im Berichtszeitraum Fragen der Aussperrung in den Vordergrund geschoben, ohne daß gänzlich neue Argumente ins Spiel gebracht worden wären. Der Streit um die Zulässigkeit der Aussperrung kreist im wesentlichen um drei Punkte: die verfassungsgeschichtliche Situation, die Kampfparität und die dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit entspringenden Kampfschranken.

Roderich Wachsner⁵³ behandelt die Geschichte der Koalitionsfreiheit und der Aussperrung von 1885 bis zur Weimarer Verfassung. Seiner Ansicht nach müsse Art. 9 Abs. 3 GG unter Beachtung der gesamten geschichtlichen Entwicklung der

52 Streikfreiheit und Aussperrungsverbot (1979), S. 224 ff.

52a BB 1980, Beilage Nr. 4/80, S. 2 ff.

53 Streikfreiheit und Aussperrungsverbot (1979), S. 144 ff.

Koalitionsfreiheit ausgelegt werden. Verlasse man auf diese Weise die engen Positionen einer historischen Interpretation von Normen, so sei der Schluß zwingend, daß die historisch gewachsene und verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition der Arbeiterklasse das Verbot der Aussperrung umfasse. *Otto Ernst Kempen*⁵⁴ will aus den verfassungs- und arbeitsrechtlichen Positionen, die sich in den Jahren 1948/49 in den späteren Bundesländern herauskristallisiert hatten, ableiten, daß keinerlei verfassungsrechtliche Verbürgung der Aussperrung erfolgt sei. Ferner begründet er mit in erster Linie geschichtlichen Argumenten, daß das hessische Aussperrungsverbot immer noch gültig sei. Das Kündigungsschutzgesetz habe es nicht aufgehoben, da sich das Kündigungsschutzgesetz ausschließlich auf die Regelung von Fragen des Kündigungsschutzes beschränkt habe, mithin die Frage, ob Kündigungen als solche unwirksam seien, unbeachtet gelassen habe. Angesichts der im heutigen § 25 KSchG niedergelegten Entscheidung für ein freies Spiel der Kräfte im Arbeitskampf erscheint diese Deutung des Kündigungsschutzgesetzes, wie *Hugo Seiter*⁵⁵ darlegt, jedenfalls bei objektiver Auslegung der Norm, als wenig überzeugend. Diese Auffassung vertritt auch *Ulrich Krichel*⁵⁶. Zum gleichen Ergebnis wie *Kempen* gelangt *Henner Wolter*⁵⁷ mit dem Argument, es habe keine Legitimation zur Entwicklung der Aussperrung contra legem gegeben. Die Arbeitgeber seien daher nach wie vor auf das Instrument der Massenkündigung angewiesen. Den Schlüssel zur Entscheidung über die Zulässigkeit der Aussperrung liefern m. E. die Grundsätze der Parität und der Verhältnismäßigkeit. Um die Ausfüllung dieser Begriffe kreisen die meisten der Überlegungen.

Freilich wird von manchen Autoren der Ansatz, daß auch im Arbeitskampf die Interessen beider Parteien gleichrangig und gleichgewichtig zur Geltung kommen müssen, von vornherein verworfen. *Karl-Jürgen Bieback*⁵⁸ stützt sich hierbei auf Art. 9 Abs. 3 GG, den er ausschließlich als Arbeitnehmerschutzrecht qualifiziert. Somit seien keine bestimmten Kräfteverhältnisse zwischen Kapital und Arbeit festgeschrieben. Es werde ja in Art. 15 GG sogar die Existenz der privatkapitalistischen Arbeitgeber zur Disposition gestellt. *Karl Doehring*⁵⁹ hingegen sucht die Verfassungsfestigkeit der Aussperrung dadurch zu beweisen, daß die Staatsgewalt, die den Arbeitskampf erlaube und die sich im Arbeitskampf neutral verhalte, das Recht zu aktiven Kampfhandlungen nicht nur einer der Kampfparteien zugehen dürfe. Außerdem habe man zu berücksichtigen, daß die Tarifvertragsparteien mittelbar das Gemeinwohl zu wahren hätten. Könne die Arbeitgeberseite dem Streik nicht durch Aussperrung entgegenzutreten, so wäre die Staatsgewalt ge-

54 AuR 1979, S. 74 ff., 289 ff.; Streikfreiheit und Aussperrungsverbot (1979), S. 184 ff.

55 JA 1979, S. 338 ff.

56 der arbeitgeber 1979, S. 957 ff.

57 AuR 1979, S. 333 ff.

58 Streikfreiheit und Aussperrungsverbot (1979), S. 252 ff.

59 Rechtsfragen der Aussperrung (1979), S. 13 ff.

zwungen, jeden Streik von vornherein unter genauester Kontrolle zu halten. Ferner weist *Doehring* darauf hin, daß die Aussperrung auch dann als verfassungsrechtlich geschützt anzusehen sei, wenn man das Streikrecht als Sozialbindung des Eigentums verstehe. Da der Staat nicht über das Ausmaß der Eigentumsbeschränkung durch einen Streik wache, müßten die Betroffenen selbst dafür sorgen können, daß ihre Eigentumsposition nur angemessen eingeschränkt werde. *Doehring* sieht sogar die Angriffsaussperrung als geschützt an. Für diese Garantie der Aussperrung spreche schließlich das europäische und internationale Recht. *Wilhelm Dütz*⁶⁰ qualifiziert die Angriffsaussperrung hingegen als unverhältnismäßig.

Die Konkretisierung des Paritätsprinzips wirft große Schwierigkeiten auf. Deutlich zeigen dies die Versuche von *Horst Föhr*⁶¹, *Otto Ernst Kempen*⁶², *Bernhard Pahlmann*⁶³ sowie *Hans Hermann Wohlgemuth*⁶⁴, die Imparität der bisherigen Kampfsituation nachzuweisen.

Gestützt auf den Grundsatz der materiellen Kampfparität wird gefordert, daß zur Beurteilung der Frage, ob die Aussperrung zur Aufrechterhaltung der Parität nötig sei, nicht nur auf die Parität der Verhandlungschancen, sondern auf die Parität zwischen Kapital und Arbeit schlechthin abzuheben sei. Hier zeige die Geschichte der Streiks und Aussperrungen seit 1899, daß seit jeher ein Übergewicht der Arbeitgeber bestanden habe⁶⁵. Als wesentliches Indiz für die Unterlegenheit der Arbeitnehmerseite wird der Umstand ins Feld geführt, daß die Arbeitnehmer immer Forderungen stellen müßten, während sich die Arbeitgeber auf die Abwehr der Forderungen beschränken könnten. Dieses Argument stimmt freilich schon in Deflationsphasen nicht, würde aber in seiner Konsequenz insbesondere dazu führen, daß Industrieunternehmen im Verhältnis zum Verbraucher immer als die Schwächeren erschienen. Ferner wird hervorgehoben, daß die Arbeitgeber den Streikerfolg durch Rationalisierungen und Anpassung der Preispolitik neutralisieren könnten. Außerdem sei zu berücksichtigen, daß die Kampfunds der Gewerkschaften begrenzt seien und die veröffentlichte Meinung den Gewerkschaften, die Arbeitskämpfe führen, nicht besonders günstig gesonnen sei. Gegen alle diese Argumente hat *Hugo Seiter*⁶⁶ plausible Einwände vorgebracht.

M. E. ist es bislang noch nicht geglückt, den Grundsatz der materiellen Parität im Sinne materiell gleichgewichtiger Verhandlungschancen zu umreißen. Solange keine allgemein anerkannten Meßgrößen für die positive Bestimmung der Parität entwickelt sind, kann der Begriff der Parität nur als Grenzbegriff im Sinne der Gerade-noch-Parität angewandt und muß zugleich durch das Prinzip der for-

60 DB 1979, Beilage Nr. 14/79, S. 1 (2 ff.).

61 DB 1979, S. 1698 ff.

62 AuR 1979, S. 74 ff.

63 BStSozArbR 1979, S. 132 ff.

64 Streikfreiheit und Aussperrungsverbot (1979), S. 200 ff.; BB 1979, S. 111 ff., 635.

65 Ebenso *Volkmann*, GewMH 1979, S. 347 ff.

66 JA 1979, S. 338 ff.

mellen Parität ergänzt werden. In diesem Sinne setzt *Theo Mayer-Maly*⁶⁷ bei der formellen Parität an. Die gesamte Arbeitskampfordnung müßte lediglich formell ausgewogen sein. So sei es vertretbar, die Aussperrung auszuschalten, wenn man auch den Schwerpunkt- und Sympathiestreik verbiete. Zusätzlich sind allerdings seiner Ansicht zufolge – im Einklang mit *Hans Eisemann*⁶⁸ – die konkreten Kampfmaßnahmen anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu überprüfen. Daraus folgt letztlich, daß die Kampfbedingungen im materiellen Sinne nicht offensichtlich unparitätisch sein dürfen.

Vor allem mit Hilfe des Instruments des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes überprüft *Wilhelm Dütz*⁶⁹ die Zulässigkeit und die Grenzen der Aussperrung. Er will ebenso wie *Hans Eisemann*⁷⁰ die Angriffsausperrung gänzlich untersagt wissen, da die Arbeitgeber ihren Interessen durch das Kündigungsrecht hinreichend, ja besser Rechnung tragen könnten. Der Abwehrausperrung nimmt er die lösende Wirkung, da die Interessen der Arbeitgeber auch mit Hilfe einer bloß suspendierenden Aussperrung, die gegebenenfalls mit einem Recht zur außerordentlichen Kündigung gekoppelt sei, erreicht werden könnten. Die Aussperrung zur Abwehr rechtswidriger Streiks sei ausschließlich unter dem Aspekt der Notwehr gegenüber den rechtswidrig streikenden Arbeitnehmern erlaubt. Verboten sei sie im Hinblick auf Arbeitnehmer, die sich nicht dem Streik angeschlossen haben, da diese Aussperrung nicht auf den Abschluß eines Tarifvertrages ziele und das Kampfziel praktikabel unter Einschaltung der Gerichte erreicht werden könne. *Eisemann* erklärt eine unbegrenzte Abwehrausperrung für unverhältnismäßig, da die Arbeitgeberseite auch bei Schwerpunkstreiks nicht auf eine Vorwärts-Verteidigung angewiesen sei. Die Abwehrausperrung sei nur dann verhältnismäßig, wenn sie sich in den Schranken halte, in denen die Betriebsrisikolehre von der Lohnzahlungspflicht befreie. Diese Grenzen umreißt *Eisemann*, der in der Betriebsrisikolehre einen Ausfluß des Arbeitnehmerschutzprinzips sieht, anhand des Kriteriums der Tarifbetroffenheit; denn nur der tarifbetroffene Arbeitnehmer sei im Lichte des § 233 BGB nicht schutzbedürftig. Die Kontrolle des Arbeitskampfes anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips fordert auch *Otto Ernst Kempen*⁷¹. Von der Prämisse ausgehend, daß die Aussperrung eine Ausnahme von der im Grundgesetz geschützten Streikfreiheit darstelle, folgert er, daß die Arbeitgeberkoalition die Darlegungs- und Beweislast dafür trage, daß im konkreten Fall die Aussperrung verhältnismäßig war.

*Wilhelm Dütz*⁷² erklärt die Sympathieaussperrung für unzulässig; denn als zulässiges Kampfziel komme immer nur eine eigene tarifliche Regelung in Betracht.

67 Rechtsfragen der Aussperrung (1979), S. 53 ff.; DB 1979, S. 95 ff.

68 BB 1979, S. 218 ff.

69 DB 1979, Beilage Nr. 14/79, S. 1 ff.

70 BB 1979, S. 218 ff.

71 AuR 1979, S. 74 ff.

72 DB 1979, Beilage Nr. 14/79, S. 1 (5 ff.).

Mittelbare Betroffenheit genüge ebenso wenig wie die Berufung auf eine allgemeine Solidarität. Die Ablösung der Kampfberechtigung vom Erfordernis des eigenen Tarifzieles könne nämlich zu leicht zur Umgehung der Friedenspflicht eingesetzt werden. Auch die Kampfparität bedinge keine Erlaubnis von Sympathieaussperrungen, da die Koalitionen die Möglichkeiten hätten, den Kampfrahmen durch Organisationsänderungen zu verbreitern.

Warnaussperrungen hält *Wilhelm Dütz*⁷³ anders als *Hugo Seiter*⁷⁴ in Phasen einer expandierenden Wirtschaft für unverhältnismäßig und rechtswidrig, weil die Arbeitgeber ihre Kampfbereitschaft durch die Ablehnung von Zugeständnissen ausdrücken könnten.

*Wilhelm Dütz*⁷⁵, *Horst Konzen*⁷⁶ und *Hugo Seiter*⁷⁷ gehen von dem anerkannten Grundsatz aus, daß auch Außenseiter ausgesperrt werden dürfen, ohne daß dadurch die negative Koalitionsfreiheit verletzt werde. Umstritten ist aber die Beantwortung der Frage, ob Außenseiter zusammen mit den Gewerkschaftsmitgliedern ausgesperrt werden müssen. *Konzen* bejaht diese Frage, weil das Interesse der Gewerkschaften an ihrem Bestand nachhaltig betroffen sei. Selektive Aussperrungen schaffen nämlich nach Ansicht *Konzens* einen erheblichen Anreiz zum Austritt aus der Gewerkschaft. Diese Wirkung der selektiven Aussperrung stellt *Dütz* überall dort in Abrede, wo die selektive Aussperrung von Gewerkschaftsmitgliedern lediglich eine taktisch bedingte Kampfvariante darstellt, da dann kein Gewerkschaftsmitglied darauf vertrauen könne, daß die Aussperrung auch in Zukunft nur Gewerkschaftsmitglieder betreffe. Von einer Verletzung des Art. 9 Abs. 3 GG könne deshalb nur die Rede sein, wenn die Außenseiter nach verbindlichen Arbeitskampfgrundsätzen des Arbeitgeberverbandes generell von der Aussperrung ausgenommen werden sollen. Auch *Seiter* hält die selektive Aussperrung für rechtmäßig. Sie stelle eine nach dem Prinzip der freien Kampfmittelwahl mögliche Begrenzung der Suspensivwirkung der Aussperrung dar. Sie sei voll mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar, da sie im Vergleich zur Vollaussperrung ein »Minus« darstelle und gleichwohl geeignet sei, das Kampfziel zu erreichen. Desgleichen sei weder eine Verletzung der individuellen noch der kollektiven Koalitionsfreiheit zu besorgen. Schon aus der Perspektive der Motivation der selektiven Aussperrung bestehen nach der Auffassung *Seiters* Zweifel an der Rechtswidrigkeit der selektiven Aussperrung. Im übrigen sei die Benachteiligung der Gewerkschaftsmitglieder minimal, da die von den Außenseitern angeblich ersparten Mitgliedsbeiträge nur zu verschwindend geringen Bruchteilen als Streikgelder an die Mitglieder zurückfließen. Der Bestand der Koalition werde nicht tangiert; denn kein Außenseiter habe die Sicherheit, in einem zukünftigen

⁷³ A.a.O., S. 4 f.

⁷⁴ 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 583 (601 ff.).

⁷⁵ A.a.O., S. 8 ff.

⁷⁶ 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 273 ff.

⁷⁷ JZ 1979, S. 657 ff.

Arbeitskampf keinen Verlust seines Lohnanspruches hinnehmen zu müssen. Im übrigen würde ein Gebot zur totalen Aussperrung die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter beeinträchtigen.

Unterstützungszahlungen des Arbeitgebers an Außenseiter als mindere Form einer selektiven Aussperrung hält *Horst Konzen*⁷⁸ allerdings für zulässig, wenn sie die gewerkschaftliche Kampfunterstützung nicht überschreiten. Derartige beschränkte Unterstützungszahlungen würden nämlich allenfalls den momentanen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt beseitigen. Eine Totalaussperrung möge zwar im Augenblick den Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt erhöhen, doch erfasse Art. 9 Abs. 3 GG das Interesse der Gewerkschaften an der Förderung ihres Mitgliederbestandes nur als Annex und müsse deshalb gegenüber der Rechtsposition der Arbeitgeber, ihr Kampfziel nach den Grundsätzen der Erforderlichkeit verfolgen zu können, zurücktreten. *Hugo Seiter*⁷⁹ geht noch einen Schritt weiter. Er hält *Konzen* vor, daß seine Abgrenzungsformel unpraktikabel sei und außerdem von ihren Prämissen her dazu führen müsse, daß jede Unterstützungszahlung rechtswidrig sei. Da *Seiter* die selektive Aussperrung von Gewerkschaftsmitgliedern für zulässig erklärt, entfallen aus seiner Sicht auch Bedenken gegen Unterstützungszahlungen an Außenseiter.

b) Warnstreik

Mit dem Warnstreik beschäftigen sich *Hugo Seiter*⁸⁰ und *Wolfgang Rebel*⁸¹. Beide gehen davon aus, daß der Warnstreik den Zweck der Schadensverhütung erfüllen könne, weil ihm insbesondere die Funktion zukomme, die Kampfbereitschaft eindrucksvoll zu demonstrieren. Um den Warnstreik mit dem Prinzip der ultima ratio in Einklang zu bringen, genüge die bloße Möglichkeit, einen intensiveren Erzwingungsstreik abzuwenden. Aus der geschilderten Funktion des Warnstreiks wird abgeleitet, daß der Warnstreik nur ganz kurze Zeit dauern dürfe. Während *Seiter* normalerweise einen Zeitraum von 15–30 Minuten für ausreichend hält, um den Kampfwillen zu demonstrieren, hebt *Rebel* vor allem hervor, daß der durch den Warnstreik entstehende Schaden nicht den Schaden erreichen dürfe, der durch einen eintägigen Erzwingungsstreik entstünde, und daß auch aus sonstigen Gründen kein hoher Schaden befürchtet werden dürfe.

c) Massenkündigung

In einem umfassend angelegten Beitrag gehen *Hans Brox* und *Karl Dudenbostel*⁸² der Zulässigkeit der Massenkündigung als Mittel des Arbeitskampfes nach. Sie vertreten die Auffassung, daß eine von Arbeitnehmern ohne Mitwir-

78 A.a.O., S. 273 (295 ff.).

79 A.a.O., S. 663 ff.

80 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 583 ff.

81 RdA 1979, S. 207 ff.

82 DB 1979, S. 1841 ff., 1893 ff.

kung von Gewerkschaften organisierte Massenkündigung rechtmäßig sei, da es die richterrechtliche Privilegierung von Streik und Aussperrung durch Befreiung von Kündigungsfristen nicht rechtfertige, andere Kampfformen zu erschweren. Die Bindung von Streik und Aussperrung u. a. an den Tarifvertrag und die Friedenspflicht dürfte nicht auf die Massenkündigung übertragen werden. Nach Ansicht der Verfasser könnten durch Massenkündigung alle im Einklang mit der Rechtsordnung stehenden Ziele, auch politische Ziele, verfolgt werden. *Brox* und *Dudenbostel* berücksichtigen m. E. bei der Loslösung der Massenkündigung von den für Streik und Aussperrung entwickelten Schranken zu wenig, daß es einen wesentlichen Unterschied darstellt, ob Kündigungen aufgrund von Individualplänen oder aufgrund abgestimmten Verhaltens eingesetzt werden. Durch abgestimmtes Verhalten wird auch auf dem Gebiet des Arbeitsmarktes ebenso wie auf anderen Märkten Macht gebildet, die die Interessen Dritter sowie der Allgemeinheit nachteilig berühren kann und daher von der Rechtsordnung kontrolliert werden muß.

d) Boykott

In einer Besprechung der Schriften von *Birk* und *Seiter* zur Rechtmäßigkeit von Boykottmaßnahmen bezieht *Gerhard Binkert*⁸³ den Standpunkt, daß überall dort, wo angesichts der besonderen Kampfsituation eine wirksame Koalitionszweckverfolgung nur im Wege drittbezogener Arbeitskampfmaßnahmen möglich sei, der Boykott notwendigerweise den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit genüge.

3. Arbeitskampf gegen die Kirchen

Ein Recht der Gewerkschaften, zur Erzwingung eines Tarifvertrages einen Arbeitskampf gegen die Kirchen zu führen, wird von *Hartmut Dietz*⁸⁴, *Johann Frank*⁸⁵, *Gerhard Müller*⁸⁶ und *Reinhard Richardt*⁸⁷ verneint. Zur Begründung wird auf die Aufgaben der Kirchen hingewiesen, deren Erfüllung durch einen Arbeitskampf härter tangiert seien als der Betrieb eines sonstigen Arbeitgebers. Ein Arbeitskampf würde außerdem die Glaubwürdigkeit der Kirche gefährden. Die Kirchen hätten auf der Grundlage ihres Selbstverständnisses das Recht, ihre Angelegenheiten einschließlich der Beziehungen zu ihren Arbeitnehmern jenseits marktwirtschaftlich gefärbter Tarifverträge und des ihnen zugeordneten Arbeitskampfes zu regeln. *Rolf Birk*⁸⁸ bezweifelt die Geltung eines umfassenden Arbeitskampfverbotes, das von *Peter-Hubert Naendrup*⁸⁹ gänzlich in Abrede ge-

83 AuR 1979, S. 234 ff.

84 RdA 1979, S. 79 (83).

85 RdA 1979, S. 86 (91 f.).

86 RdA 1979, S. 71 ff.

87 Festschrift Günther Beitzke (1979), S. 873 (888).

88 AuR 1979, Sonderheft »Kirche und Arbeitsrecht«, S. 9 (10 f.).

89 BlStSozArbR 1979, S. 353 (367 f.).

stellt wird, weil die Tarifautonomie nur in Verbindung mit dem Instrument des Arbeitskampfes wirksam werden könne.

4. Einzelfragen

Die Auswirkungen des Arbeitskampfes nach dessen Beendigung auf das Arbeitsverhältnis stellen *Manfred Löwisch* und *Ernst Friedrich Krauß*⁹⁰ dar.

*Wilhelm Herschel*⁹¹ kritisiert die Einschaltung politischer Schlichter insbesondere deshalb, weil die Gefahr einer Verfilzung von Tarifwesen und Staat heraufbeschworen werde.

IV. Unternehmensmitbestimmung

1. Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes hat breites Echo gefunden. Von den verschiedensten Standpunkten aus wird es referiert und analysiert. *Peter Ulmer*⁹² hebt hervor, daß das Bundesverfassungsgericht der unternehmensbezogenen Mitbestimmung nicht das Konfliktmodell, sondern das Integrationsmodell zugrunde gelegt habe. *Eckhard Rehbinder*⁹³ stimmt dem zu, bezweifelt aber, ob diese Frage eine wesentliche praktische Rolle spiele. Aus verfassungsrechtlicher Sicht kritisiert *Karl Matthias Meessen*⁹⁴, daß das Bundesverfassungsgericht den Gedanken der Kooperation und Integration, dem es einen hohen Wertgehalt bescheinige, verfassungsrechtlich nicht näher verankert habe. *Franz Jürgen Säcker*⁹⁵ hält die Aussage des Bundesverfassungsgerichts für falsch, daß für größere Kapitalgesellschaften das Grundrecht des Art. 9 Abs. 1 GG nicht gelten solle. Eine eingehende Analyse des »Mitbestimmungs«-Urteils stammt von *Gerhard Müller*⁹⁶. Er kommt zu dem Ergebnis, daß das Urteil in den wichtigsten Partien voll zu überzeugen vermöge. Bedenken seien vor allem daran anzumelden, daß das Bundesverfassungsgericht die Chance eines großen Anteilseigners, bestimmenden Einfluß auf die Unternehmenspolitik auszuüben, nicht als vom Eigentumsgrundsatz gedeckt ansehe. Für die weitere Rechtsentwicklung sei unter anderem von erheblicher Bedeutung, daß die Funktionsfähigkeit des Unternehmens ein maßgebliches Entscheidungskriterium gewesen sei. Das Rentabilitätsprinzip könne zwar nicht die allein ausschlaggebende Richtschnur liefern, da auch soziale Komponenten beachtet werden müßten. Es sei aber auch zu berücksichtigen, daß Unternehmen die Aufgabe

90 AR-Blattei, Arbeitskampf V.

91 BB 1979, S. 485.

92 BB 1979, S. 398 ff.

93 ZGR 1979, S. 471 ff.

94 NJW 1979, S. 833 ff.

95 RdA 1979, S. 380 ff.

96 DB 1979, Beilage Nr. 5/79.

haben, wirtschaftlich effektiv, d. h. zumindest langfristig rentabel zu arbeiten. Ohne den Begriff »optimal« näher zu umschreiben, führt *Gerhard Müller*⁹⁷ aus, die Unternehmenseffektivität und die soziale Dimension des Unternehmens erforderten, daß Unternehmen »optimal« arbeiten können. *Reinhard Richardi*⁹⁸ hält es für außerordentlich problematisch, daß das Bundesverfassungsgericht unter Ausklammerung der Realstruktur der vom Mitbestimmungsgesetz erfaßten Gesellschaften ein Übergewicht der Anteilseignerseite im Aufsichtsrat bejaht habe. Ebenso wie *Richardi* meint auch *Peter Hanau*⁹⁹, daß die Abgrenzung zwischen den Notwendigkeiten der Koalitionsfreiheit und den Möglichkeiten der Mitbestimmung nicht voll gelungen sei.

Über das »Mitbestimmungs«-Urteil des Bundesverfassungsgerichts berichten ferner – zum Teil sehr kritisch – *Manfred Aschke*¹⁰⁰, *Burghard Freudenfels*¹⁰¹, *Günther Herzog*¹⁰², *Rainer Keßler*¹⁰³, *Udo Kollenberg*¹⁰⁴, *Steffen Matthias*¹⁰⁵, *Ulrich Mückenberger*¹⁰⁶, *Hans-Jürgen Papier*¹⁰⁷, *Horst-Udo Niedenhoff*¹⁰⁸, *Norbert Reich*¹⁰⁹, *Uwe Berlit*, *Horst Dreier* und *Heinz Uthmann*¹¹⁰, *Gerd Siebert*¹¹¹, *Michael Kittner*¹¹², *Rolf H. Weber*¹¹³, *Hans Werner Winter*¹¹⁴, *Karl-Heinz Röder*¹¹⁵, *Rüdiger Robert*¹¹⁶ sowie *Rolf Thüsing*¹¹⁷. *Hans Würding*¹¹⁸ ordnet die Frage der Mitbestimmung in das Spannungsverhältnis zwischen Kapital und Arbeit ein.

2. Grundsatzfragen

*Wolfgang Zöllner*¹¹⁹ nimmt die Frage unter die Lupe, ob Arbeitnehmer als Mitglieder des Unternehmens angesehen werden können. Er verneint dies mit dem

97 A.a.O., S. 11 f.

98 AöR 104 (1979), S. 546 ff.

99 ZGR 1979, S. 524 ff.

100 Demokratie und Recht 1979, S. 166 ff.

101 Gewerkschaftsreport 1979, S. 2 f.

102 Gesellschaftspolitische Kommentare 1979, S. 1 ff.

103 Vorgänge 1979, S. 11 ff.

104 Gewerkschaftsreport 1979, S. 24 ff.

105 Wertpapier 1979, S. 245 ff.

106 Verfassungsgericht und Politik 1979, S. 49 ff.

107 ZGR 1979, S. 444 ff.

108 Gewerkschaftsreport 1979, S. 41 ff.

109 Verfassungsgericht und Politik 1979, S. 70 ff.

110 Kritische Justiz 1979, S. 173 ff.

111 Marxistische Blätter 1979, S. 1 ff.

112 GewMH 1979, S. 321 ff.

113 AöR 104 (1979), S. 521 ff.

114 Genossenschafts-Forum 1979, S. 13 ff.

115 Neue Justiz 1979, S. 264 ff.

116 Aus Politik und Zeitgeschichte 1979, S. 22 ff.

117 der arbeitgeber 1979, S. 248 f.

118 DB 1979, S. 405 ff.

119 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 745 (758 ff.).

Argument, daß der vermögensrechtliche Unterbau fehle und den Arbeitnehmern auch nur zum Teil Herrschaftsrechte eingeräumt werden. Allenfalls lasse sich von einer Gemeinschaft zwischen den Gesellschaftern der Kapitalgesellschaft und der Belegschaft insofern sprechen, als beide in den Aufsichtsorganen zusammenwirken und hierbei an das Wohl des Unternehmens gebunden sind. Gleichwohl seien die einzelnen Arbeitnehmer nicht Mitglieder des Unternehmens, sondern nur Wahl- und Stimmbürger. Zöllner lehnt zu Recht die Verabsolutierung organisationssoziologischer Ansätze ab, weil insbesondere Probleme wie volkswirtschaftliche Effizienz und Güterverteilung ausgeblendet werden würden. Es müsse auch die vermögensrechtliche Stellung der Arbeitnehmer in die Betrachtung einbezogen werden. Die Veränderung in der Herrschaft über das Unternehmen, die die Positionen der Arbeitnehmer näher zur Mitgliedschaftsstellung rückt, dürften nämlich im vermögensrechtlichen Bereich nicht ohne Auswirkungen bleiben. Zöllner diskutiert in diesem Zusammenhang Fragen der Haftung, des Gegenleistungsrisikos sowie des Sozialplans im Konkurs.

Thomas Raiser¹²⁰ entwickelt vor dem Hintergrund des Mitbestimmungsurteils des Bundesverfassungsgerichts seine Theorie, derzufolge die Verfassung die Aufgabe stelle, eine angemessene Binnenorganisation des Unternehmens zu entwickeln, in der die Freiheitsrechte beider im Unternehmen tätigen Gruppen unter Berücksichtigung des Gemeinwohls gegeneinander abzuwägen und abzugrenzen seien. Dabei sei davon auszugehen, daß Anteilseigner und Arbeitnehmer prinzipiell gleichrangige und gleichberechtigte Grundrechtsträger seien. Dem stimmt im Ansatz Peter Hanau¹²¹ zu. Fritz Rittner¹²² nimmt hingegen zur Konzeption Raisers kritisch Stellung. Er weist darauf hin, daß das Unternehmen nicht nur seinen Arbeitnehmern, sondern auch seinen Kunden und Lieferanten sowie Geldgebern mehr oder weniger eng verbunden sei. Er hält Raiser außerdem vor, daß es unzulässig sei, aus tatsächlichen Strukturen eine tiefgreifende Änderung der rechtlichen Organisation des Unternehmens abzuleiten. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht beschäftigt sich Wilfried Krüger¹²³ eingehend mit Stand und Entwicklung der Lehre von der Unternehmensverfassung. Er hebt hervor, daß man zu unterschiedlichen Lösungen komme, je nachdem, ob man eine institutionelle oder instrumentelle Betrachtungsweise wähle. Er hält es für angebracht, die externen Interessen, insbesondere das öffentliche Interesse, im Hinblick auf die Auswirkung auf die Unternehmensverfassung differenzierter zu analysieren, als dies bislang geschehen sei.

Reinhard Richardi¹²⁴ nimmt in einer Abhandlung unter anderem zum Verhältnis Gesellschaftsrecht – Mitbestimmungsrecht Stellung und weist darauf hin,

120 JZ 1979, S. 489 ff.

121 ZGR 1979, S. 542 ff.

122 JZ 1979, S. 743 (746).

123 Die Betriebswirtschaft 1979, S. 327 ff.

124 AG 1979, S. 29 ff.

daß der Konflikt zwischen beiden Regelungsmaterien im wesentlichen durch richterliche Rechtsfortbildung gelöst werden müsse.

Mit dem für das Mitbestimmungsrecht zentralen Begriff des Unternehmensinteresses befassen sich *Peter Hanau*¹²⁵, *Gerhard Müller*¹²⁶ und *Stephan Laske*¹²⁷. Nach Ansicht *Müllers* ist die Mitbestimmung dem Unternehmenswohl verpflichtet. Das Unternehmenswohl umschreibt er anhand der Faktoren Effektivität im Sinne jedenfalls langfristiger Rentabilität und Wahrung der sozialen Dimension des Unternehmens. *Hanau* hebt hervor, daß die Arbeitnehmervertreter kein allgemeines sozialpolitisches Mandat besäßen. In einer breit angelegten Abhandlung kritisiert *Laske* mit beachtlichen Gründen die bisherigen Konkretisierungsversuche zum Begriff »Unternehmensinteresse«. Seiner Ansicht nach sei davon auszugehen, daß die verschiedenartigen Motivationen der Beteiligten dagegen sprächen, den unterschiedlichen Interessengruppen ein homogenisiertes Unternehmensinteresse als generelle Verhaltensmaxime vorzugeben. Auszugehen sei vielmehr von dem Recht aller beteiligten Interessengruppen, ihre spezifischen Interessen gleichermaßen einzubringen. Daraus resultiere natürlich ein Konflikt, der zwar nicht zu umgehen sei, der aber in geordnete Bahnen gelenkt werden könne. Demnach sei das Unternehmensinteresse nicht von außen her zu definieren, sondern das Unternehmensinteresse sei fortlaufend in einem unternehmenseigenen Zielsuch- und Entscheidungsverfahren zu ermitteln.

In einer Rezensionsabhandlung bescheinigt *Wolfgang Gast*¹²⁸ dem von *Fabricius* den Mitbestimmungsregeln zugrunde gelegten Gedanken, daß die Arbeitnehmer durch ihre Tätigkeit gemäß § 950 BGB Miteigentum erlangen, erhebliche Legitimation für die Mitbestimmung, da von diesem Ansatz her das Unternehmenseigentum a priori auf die Position gleichberechtigter Mitbestimmung zurückgeschnitten werde. Gegen eine Deutung des § 950 BGB, die die Arbeitnehmer zu auch gegen individualvertragliche Abreden geschützten Eigentümern macht, sprechen indessen schon die Wertungen, die sich aus dem Gesetz über Arbeitnehmererfindungen ergeben.

3. Zum mitbestimmten Aufsichtsrat

Der Streit, ob sich die Mitbestimmung am Konflikts- oder am Kooperations- bzw. Integrationsmodell zu orientieren habe, setzt sich bei der Lösung der Frage fort, welche Informationen die Aufsichtsratsmitglieder an die Belegschaft und Dritte weitergeben dürfen. *Franz Jürgen Säcker*¹²⁹ betont, daß der Aufsichtsrat als unternehmensinternes Organ keinerlei Kompetenz besitze, eigenständig Öffentlichkeitsarbeit zu betreiben. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied sei zwar hierzu

125 ZGR 1979, S. 543.

126 RdA 1979, S. 361 ff.; DB 1979, Beilage Nr. 5/79, S. 1 (10 ff.).

127 ZGR 1979, S. 173 ff.

128 BStSozArbR 1979, S. 129 ff.

129 BB 1979, S. 281 ff.

grundsätzlich befugt, doch sei es unabhängig davon, ob es die Anteilseigner oder die Arbeitnehmer repräsentiere, an die Verschwiegenheitspflicht gebunden, die ein unverzichtbares Funktionselement der marktwirtschaftlichen Ordnung darstelle. Die Pflicht, vertrauliche Mitteilungen nicht weiterzugeben, werde auch nicht durch Art. 9 Abs. 3 GG eingeschränkt; denn die Wahrnehmung des Aufsichtsratsamtes sei keine Tätigkeit für die Koalition. Soweit Unternehmensgeheimnisse und die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht nicht tangiert seien, habe das Unternehmen sogar die Kosten einer Information der Belegschaft auf sich zu nehmen. Die gleiche Position nimmt *Gerick v. Hoyningen-Huene*¹³⁰ ein. Demgegenüber wollen *Roland Köstler* und *Thomas Schmidt*¹³¹ die Rechte der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, Informationen nach außen zu tragen, möglichst weit ausdehnen. Aus Art. 5, 9 Abs. 3, 20 Abs. 1 GG leiten sie her, daß Verschwiegenheitspflichten eine Ausnahme darstellen. Vordergründig dem Integrationsmodell verpflichtet, behaupten sie, daß das Unternehmensinteresse durch die Preisgabe bestimmter Informationen nicht verletzt werde, wenn die Information der Belegschaft zwar den Interessen der Anteilseigner zuwiderlaufe, die Interessen der Arbeitnehmer und auch der Allgemeinheit aber eindeutig überwiegen. Eine zweite Argumentationslinie wird auf der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht aufgebaut, die es den Aufsichtsratsmitgliedern ermöglichen soll, dort selbst zu informieren, wo an sich der Arbeitgeber informieren müßte. Eine unbeschränkte Berechtigung zur Weitergabe von Informationen bestehe gegenüber allen Sachverständigen, die die Aufsichtsratsmitglieder zu ihrer Unterstützung heranziehen. Fragen der Informationsbefugnis aus der Sicht der Gewerkschaften erörtert ferner *Thomas Schmidt* in Zusammenarbeit mit *Ulrich Zachert*¹³².

*Harald Fuchs*¹³³ geht der Frage nach, inwieweit Interessenkonflikte die Ausübung des Aufsichtsratsmandats verhindern können. Er vertritt die Auffassung, daß Interessenkonflikte nur dort der Wahrnehmung des Amtes im Wege stehen, wo das Aufsichtsratsmitglied als Individuum direkt und persönlich betroffen sei. Kein Interessenkonflikt in diesem Sinne liege hingegen dann vor, wenn Kollektivinteressen auf dem Spiel stehen.

Mit Problemen der Bestellung eines zusätzlichen Stellvertreters des Aufsichtsratsvorsitzenden in mitbestimmten Gesellschaften befaßt sich *Harm Peter Westermann*¹³⁴. Er kommt zu dem Ergebnis, daß es zulässig sei, weitere Stellvertreter zu wählen, wenn der weitere Stellvertreter jeweils der entgegengesetzten »Bank« der Aufsichtsratsmitglieder angehöre, der der erste Stellvertreter zuzurechnen sei. Dem weiteren Stellvertreter, der zur Anteilseignerbank gehöre, dürfe das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden zur freien Verfügung überlassen wer-

130 DB 1979, S. 2422.

131 Das Mitbestimmungsgespräch 1979, S. 239 ff.

132 WSI-Mitteilungen 1979, S. 449 ff.

133 Mitbestimmungsgespräch 1979, S. 258 ff.

134 Festschrift für Robert Fischer (1979), S. 835 ff.

den. Auf diese Weise könne dazu beigetragen werden, daß sich das Verhandlungsklima verbessere, weil Stimmbotschaften überflüssig würden.

*Franz Jürgen Säcker*¹³⁵ erörtert die Einsetzung und Besetzung von Ausschüssen des Aufsichtsrats. In seinen Lösungsvorschlägen sucht er die im Mitbestimmungsgesetz enthaltenen Wertungen teleologisch zu entfalten. Er plädiert für eine Trennung zwischen der Einsetzung und der Besetzung von Ausschüssen. Die Einsetzung erfolge analog den §§ 28, 29 MitbestG. Beschlüsse über die Besetzung der Ausschüsse dürften hingegen nicht unter dem Deckmantel des Eignungsprinzips den gegebenen Machtverhältnissen anheimgegeben werden. Auch sei sicherzustellen, daß beide Bänke im Ausschuß vertreten seien. Deshalb könne unter Verallgemeinerung der in § 27 MitbestG getroffenen Entscheidung die Besetzung des Ausschusses im ersten Wahlgang nichtparitätisch nur mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit erfolgen. Dabei dürfe freilich der Ausschuß nicht ganz ohne die Vertreter der beiden Bänke gebildet werden. Für den zweiten Wahlgang gelte § 27 Abs. 2 MitbestG in dem Sinne, daß Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter ihre Ausschußmitglieder wählen. Der Ausschußvorsitzende sei ebenfalls analog § 27 MitbestG zu wählen. *Wolfgang Hönig*¹³⁶ hält der von *Säcker* entwickelten Konzeption vor, sie sei zu kompliziert und nicht hinreichend praktikabel. Er meint, die Gesetzeslage ergebe zweifelsfrei, daß die Besetzung der Ausschüsse durch einfache Mehrheitsbeschlüsse unter Einsatz des Zweitstimmrechts getroffen werden könne. *Franz Jürgen Säcker*¹³⁷ weist den Vorwurf der Praxisfremdheit zurück und wendet ein, eine die Logik des Zwei-Bänke-Systems vernachlässigende Lösung erzeuge nur unnötige Konflikte.

*Fritz Rittner*¹³⁸ erörtert Probleme, die durch Vakanzen in demjenigen Aufsichtsratsausschuß aufgeworfen werden, der in mitbestimmten Unternehmen gemäß § 31 Abs. 3 MitbestG Vorschläge zur Bestellung der gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft zu unterbreiten hat. Derartige Vakanzen sollen der Bestellung der gesetzlichen Vertretungsorgane nicht im Wege stehen. Allerdings bedürfe es zur Bestellung einer Zweidrittelmehrheit, da der Ausschuß, der nicht vollständig besetzt sei, handlungsunfähig sei.

Dem Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertretern in mitbestimmten Aufsichtsräten hat sich *Peter-Hubert Naendrup*¹³⁹ in einer breit angelegten Untersuchung zugewandt. Er geht davon aus, daß sich aus der Entstehungsgeschichte des Mitbestimmungsgesetzes keinerlei Anhaltspunkte ergeben, die zeigen, daß der Gesetzgeber einen im Vergleich zu Betriebsratsmitgliedern weniger intensiveren Kündigungsschutz gewollt habe. Es sei deshalb für den Bereich des Mitbestimmungsgesetzes das Abberufungsverfahren des Betriebsverfassungsgesetzes mit der

135 DB 1979, S. 61 ff.

136 DB 1979, S. 744 ff.

137 DB 1979, S. 1131.

138 Festschrift für Robert Fischer (1979), S. 627 ff.

139 AuR 1979, S. 161 ff., 204 ff.

Modifikation zu übernehmen, daß an die Stelle des Betriebsrates analog § 32 MitbestG die Arbeitnehmerbank des Aufsichtsrates tritt. Ob die Ausgangsbasis für die historische Interpretation des § 26 MitbestG richtig gewählt ist, erscheint freilich als zweifelhaft.

4. Anstellung der gesetzlichen Vertretungsorgane

*Fritz Rittner*¹⁴⁰ und *Winfried Werner*¹⁴¹ erörtern eingehend die Zuständigkeiten zum Abschluß und zur Kündigung der Anstellungsverträge von GmbH-Geschäftsführern. *Rittner* geht ebenso wie *Werner* davon aus, daß der Gesetzgeber in den §§ 30 ff. MitbestG ausschließlich die Bestellung der Organe, nicht aber deren Anstellung geregelt habe. Die dadurch entstandene Lücke sei in der Weise zu schließen, daß die Anstellung von GmbH-Geschäftsführern weiterhin bei den Gesellschaftern verbleibe. *Rittner* begründet diese Lösung damit, daß das Mitbestimmungsgesetz das Gesellschaftsrecht nur partiell umgestaltet habe. Außerdem würde die Übertragung der Anstellungsaufgaben auf den Aufsichtsrat in unverhältnismäßiger Weise die Rechtsposition der GmbH-Gesellschafter schmälern, da die Gesellschafter einen sehr engen persönlichen Kontakt zu den Geschäftsführern besitzen, der in dieser Form erhalten bleiben müsse. *Werner* weist zusätzlich darauf hin, daß es keine gesellschaftsrechtlich notwendige Parallelität von Anstellung und Bestellung gebe. Außerdem seien die Gesellschafter ohnehin berechtigt, durch Satzung oder Geschäftsordnung den Anstellungsverträgen enge Rahmenbedingungen vorzugeben. Die Gefahr einer Obstruktion schätzen m. E. allerdings sowohl *Rittner* als auch *Werner* als zu gering ein, da sie Fallkonstellationen außer acht lassen, in denen eine Minorität der Anteilseignervertreter mit den Arbeitnehmervertretern stimmt.

5. Arbeitsdirektor

Die Diskussion um die Position des Arbeitsdirektors und des Werkpersonalleiters hat sich im Berichtszeitraum erheblich verstärkt. Zu den damit verbundenen Fragen nehmen *Günther Geisseler*¹⁴², *Franz Ludwig*¹⁴³, *Bernd Ruhberg*¹⁴⁴, *Franz Jürgen Säcker*¹⁴⁵, *Ulrich Spie* und *Wolfgang Bahlmann*¹⁴⁶ sowie *Willi Thiele*¹⁴⁷ Stellung. *Säcker* geht davon aus, daß der Arbeitsdirektor dafür verantwortlich sei, daß das gesamte Personal- und Sozialwesen nach einheitlichen Grundsätzen geführt werde. Es müsse daher ein dem Arbeitsdirektor zugeordneter Unterbau geschaffen werden. Der Entstehungsgeschichte des Mitbestimmungs-

140 DB 1979, S. 973 ff.

141 Festschrift für Robert Fischer (1979), S. 821 ff.

142 Neomarxismus und pluralistische Wirtschaftsordnung 1979, S. 233 ff.

143 Montanmitbestimmung 1979, S. 65 ff.

144 AuR 1979, S. 129 ff.

145 DB 1979, S. 1925 ff.

146 Das Mitbestimmungsgespräch 1979, S. 37 ff.

147 Die Personalvertretung 1979, S. 188 ff.

gesetzes will *Ruhberg* entnehmen, daß der Arbeitsdirektor, der nach dem Mitbestimmungsgesetz zu bestellen ist, das besondere Vertrauen der Arbeitnehmer benötige. In die gleiche Richtung weise die Verwendung des Wortes »Arbeitsdirektor«, durch das Elemente der sozialen Wirklichkeit, die die Montan-Mitbestimmung geschaffen habe, in den Gehalt des Begriffes eingegangen seien. *Thiele* betont, daß der Arbeitsdirektor kaum in der Lage sei, die Gegnerunabhängigkeit der Arbeitgeberkoalition in Frage zu stellen.

6. Wahl

*Bernd Rütters*¹⁴⁸ untersucht, ob die Wertungen des Mitbestimmungsgesetzes dazu führen müssen, den Kreis der leitenden Angestellten bedeutend weiter zu ziehen, als dies bislang das Bundesarbeitsgericht getan habe. Er geht davon aus, daß die Gerichte bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe auch die Wertentscheidungen zu berücksichtigen hätten, die sich in späteren Gesetzen niederschlagen haben. Da der Begriff des leitenden Angestellten im Betriebsverfassungsgesetz und Mitbestimmungsgesetz einheitlich zu interpretieren sei, müsse die Begriffsbestimmung den Zwecken beider Gesetze gerecht werden. Es sei daher zu berücksichtigen, daß das Mitbestimmungsgesetz der Selbsteinschätzung der leitenden Angestellten erhebliche Bedeutung beigemessen habe und daß der leitende Angestellte im Aufsichtsrat seine Funktion nur dann erfüllen könne, wenn er Repräsentant einer hinreichend starken und eigenständigen Arbeitnehmergruppe sei.

7. Einzelfragen

*Wolfgang Strassburg*¹⁴⁹ behandelt die Frage, ob eine konzernabhängige Gesellschaft, für die gemäß §§ 76 ff. BetrVG 1952 ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden ist, auch eine GmbH sein kann. Er wendet sich dagegen, daß der Begriff des Beherrschungsvertrages in § 77 a BetrVG 1952 eine wesentlich weitere Ausdehnung als im Bereich des Aktiengesetzes erfahre. Dies laufe der Rechtssicherheit zuwider. *Wolfgang Hölters*¹⁵⁰ plädiert zur Lösung der Konzernproblematik im Mitbestimmungsrecht für einen funktionalen Konzernbegriff, der sich aus einem sich deckenden Kernbereich und entsprechend den unterschiedlichen Anforderungen der jeweiligen Materien changierenden Randbereich zusammensetzt. Eine Skizze der Anfänge der Arbeitnehmermitbestimmung seit der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts liefert *Franz Gamillscheg*¹⁵¹.

148 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 455 ff.

149 BB 1979, S. 1070.

150 RdA 1979, S. 335 ff.

151 Liber amicorum Adolf F. Schnitzer (1979), S. 101 ff.

V. Betriebsverfassungsrecht

1. Grundsatzfragen

Wolfgang Blomeyer¹⁵² geht dem Übermaßverbot im Betriebsverfassungsrecht nach. Seiner Auffassung zufolge durchziehe das Übermaßverbot, das überall dort wirksam werde, wo Privatpersonen durch Gesetz ermächtigt werden, in rechtlich geschützte Interessen Dritter einzugreifen, das gesamte Betriebsverfassungsrecht. Das Übermaßverbot fließe unmittelbar über eine verfassungskonforme Auslegung in das Betriebsverfassungsgesetz ein. Als Beispiel nennt Blomeyer die Regelung der Torkontrollen, der Gestaltung der arbeitsfreien Zeit sowie das Ausmaß der Informationsrechte in Hinblick auf einzustellende Bewerber. Dogmatisch ungeklärt erscheint die Frage, wie das Übermaßverbot auf rechtlich geschützte Positionen, wie das Persönlichkeitsrecht, bezogen wird, die sich ihrerseits noch nicht verfestigt haben, sondern erst von Fall zu Fall in einer Güter- und Interessenabwägung konkretisiert werden müssen.

Alfred Söllner¹⁵³ arbeitet zwei Formen der Mitbestimmung heraus. Die Mitgestaltung, die dort Platz greife, wo dem Arbeitgeber ein Ermessensspielraum offenstehe, und die Mitbeurteilung durch den Betriebsrat, die in Fällen zum Tragen komme, in denen Rechtsnormen oder zwingende arbeitstechnische Gestaltungen dem Arbeitgeber keinerlei Gestaltungsfreiheit lassen. Im Einklang mit der h. M. umreißt Rudolf Schimana^{153a} die Begriffe »Hauptbetrieb«, »Nebenbetrieb«, »Betriebsteile«.

2. Gewerkschaften und Betrieb

Mit der Stellung der Gewerkschaften im Betrieb befassen sich Otto Kunze¹⁵⁴, Heide Pfarr¹⁵⁵, Wilfried Pieroth¹⁵⁶, Franz Jürgen Säcker¹⁵⁷, Ulrich Zachert¹⁵⁸. Zachert¹⁵⁹ kritisiert im Zusammenhang mit der »Schutzhelm«-Entscheidung, daß das Bundesarbeitsgericht das »Kernbereichs«-Kriterium dazu benutze, gewerkschaftliche Positionen im Betrieb einzuschränken. Bei Konflikten mit dem Eigentumsrecht des Arbeitgebers könne eine sachgerechte Lösung nur auf dem Wege einer Grundrechtsabwägung zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 14 GG gefunden werden. Im Rahmen dieser Abwägung vernachlässigt Zachert unterverfassungsrechtliche Wertungen gänzlich und legt das Schwergewicht auf das im

152 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 17 ff.

153 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 605 ff.

153a BB 1979, S. 295 ff.

154 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 315 ff.

155 AuR 1979, S. 242 ff.

156 JuS 1979, S. 578 ff.

157 AuR 1979, S. 39 ff.

158 GewMH 1979, S. 342 ff.

159 A.a.O., S. 342 ff.

Drittwirkungsbereich unbrauchbare Argument, daß Art. 9 Abs. 3 GG im Unterschied zu Art. 14 GG keinen Schrankenvorbehalt aufweise. Verfehlt ist es daher auch, wenn er aus dem Umstand, daß betrieblich geschütztes Eigentum nicht der unmittelbaren Sicherung der persönlichen Freiheit des Arbeitgebers diene, ableiten will, daß der Arbeitgeber weitgehende Einwirkungen der Gewerkschaften auf sein Eigentum dulden müsse. *Pfarr*¹⁶⁰ wendet gegen das Urteil zur Wahl der Vertrauensleute der Gewerkschaften ein, daß die in den Gewerkschaften ablaufenden Organisations- und Willensbildungsprozesse in einem lebendigen Wechselverhältnis zu den ihnen in mannigfacher Weise verbundenen Außenseitern stehen, das nicht durch eine Trennung zwischen Werbungsaktionen und »innergewerkschaftlichen« Aktionen zerstört werden dürfe. Eine ähnliche Position nimmt *Kunze*¹⁶¹ im Hinblick auf die Verteilung von Gewerkschaftszeitungen im Betrieb ein. Die Verteilung von Gewerkschaftszeitungen an Gewerkschaftsmitglieder sei durch die umfassend gewährleistete innere Verbandsautonomie gedeckt, da die Kommunikation unter den Mitgliedern gesichert sein müsse und Interessen des Arbeitgebers nicht tangiert seien. Der Werbezweck legitimiere die Verteilung von Gewerkschaftszeitungen an Nicht-Mitglieder. Davon ausgenommen seien nur Gewerkschaftszeitungen mit parteipolitischem oder allgemeinpolitischem Inhalt.

Mit dem Zutrittsrecht betriebsfremder Gewerkschaftsfunktionäre beschäftigen sich *Franz Jürgen Säcker*¹⁶² und *Theo Mayer-Maly*¹⁶³. Die Entstehungsgeschichte des § 2 Abs. 3 BetrVG deutet *Säcker* dahin, daß man im Betriebsverfassungsgesetz von einer umfassenden Regelung des Zutrittsrechts Abstand genommen habe, so daß der Weg frei sei, das Zutrittsrecht in Ausformung des Art. 9 Abs. 3 GG richterrechtlich zu ergänzen. Zum entgegengesetzten Schluß gelangt *Theo Mayer-Maly*. Der Gesetzgeber habe in § 2 Abs. 2 BetrVG ein limitiertes, in seinen Grenzen genau umrissenes gewerkschaftliches Zutrittsrecht statuiert. Diese Entscheidung dürfe nicht durch Schaffung eines koalitionsrechtlichen Zugangsrechtes ausgehöhlt werden, zumal Art. 9 Abs. 3 GG das sehr spezielle Problem des Zutrittsrechts nicht deutlich genug anspreche. *Mayer-Maly* vertritt weiter die Ansicht, daß durch ein koalitionsrechtliches Zutrittsrecht die Institution »Betriebsrat« in Frage gestellt werde. Dem hält *Säcker* entgegen, daß es im Gegenteil eine Verletzung des Art. 9 Abs. 3 GG und des Art. 5 des Übereinkommens Nr. 135 der Internationalen Arbeitsorganisation darstelle, wenn durch die Existenz des Betriebsrates das Wirken der Gewerkschaften behindert oder untergraben werde. Die positive Beurteilung eines starken gewerkschaftlichen Einflusses auf die Organe der Betriebsverfassung läßt allerdings den Schutz der Außenseiter vermissen, die sich zwangsweise vom Betriebsrat repräsentieren lassen müssen.

160 AuR 1979, S. 242 ff.

161 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 315 ff.

162 AuR 1979, S. 39 ff.

163 BB 1979, Beilage Nr. 4/79, S. 1 (2 ff.).

3. Leitende Angestellte

Die Figur des leitenden Angestellten, die durch das Mitbestimmungsgesetz erhebliche Relevanz gewonnen hat, wurde weiterhin intensiv diskutiert. Aus rechtsmethodischer Sicht wendet sich *Gerhard Schirdewahn*¹⁶⁴ zutreffend dagegen, von einem Begriff des leitenden Angestellten zu sprechen. Bei näherer Betrachtung der Rechtsprechung zeige sich, daß auch sie von einem Typus des leitenden Angestellten ausgehe. Der Kreis der leitenden Angestellten muß nach Ansicht *Bernd Rütters*¹⁶⁵ unter dem Einfluß des Mitbestimmungsgesetzes bedeutend weiter gezogen werden. Obwohl das Mitbestimmungsgesetz pauschal auf § 5 Abs. 3 BetrVG verweise, sei davon auszugehen, daß die Wertungen des Mitbestimmungsgesetzes bei der Interpretation des § 5 Abs. 3 BetrVO zu beachten sind. Zu diesen Wertungen des Mitbestimmungsgesetzes gehöre der Gedanke, daß der Repräsentant der leitenden Angestellten im Aufsichtsrat seine Funktion nur dann sinnvoll zu erfüllen imstande sei, wenn er eine hinreichend starke Arbeitnehmergruppe veretrete. Ebenso wie *Rütters* betont auch *Hans-Peter Müller*¹⁶⁶, daß die Gruppe der leitenden Angestellten im Betriebsverfassungsrecht nach den gleichen Kriterien zu ermitteln sei wie im unternehmensbezogenen Mitbestimmungsrecht. Als maßgebliches Kriterium hebt *Müller* die unternehmerische Tätigkeit des leitenden Angestellten hervor. Die Interessenpolarität zwischen den leitenden Angestellten und sonstigen Arbeitnehmern sei im Vergleich dazu kein zusätzliches Tatbestandsmerkmal, sondern nur eine Konkretisierung des Elements »unternehmerischer Tätigkeit«. Ob mit der Einführung dieses Elements freilich viel gewonnen ist, erscheint angesichts dessen Blässe doch als sehr zweifelhaft. Aus Anlaß zweier Vorlagebeschlüsse des LAG Düsseldorf/Köln bescheinigen *Wolfdieter Küttner*, *Hans-Joachim Zietsch* und *Wulf Gravenhorst*¹⁶⁷ dem Begriff des »leitenden Angestellten« Injustitiabilität und damit Verfassungswidrigkeit. Diese Kritik vermischen sie mit dem Argument, daß das Bundesarbeitsgericht insbesondere im Hinblick auf die Wertungen des Mitbestimmungsgesetzes seine Wertungen an die Stelle des Willens des Gesetzgebers gesetzt habe. *R. Becker-Schaffner*¹⁶⁸ berichtet über die Rechtsprechung zur Figur des leitenden Angestellten. Er gelangt zu dem Ergebnis, daß es kein Berufsbild eines leitenden Angestellten gebe.

*Franz Jürgen Säcker*¹⁶⁹ geht der Frage nach, in welchen Formen eine Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber, Betriebsrat und Sprecherausschuß der leitenden Angestellten möglich ist. Das Recht, Sprecherausschüsse zu bestellen, entspringe Art. 9 Abs. 1 GG. Es sei durch das Betriebsverfassungsgesetz nicht eingeschränkt worden. Zwar bestehe kein Rechtsanspruch auf Zusammenarbeit mit dem Arbeit-

164 ZfA 1979, S. 183 ff.

165 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 455 ff.

166 DB 1979, S. 1746 ff.

167 DB 1979, S. 546 ff.

168 BStSozArbR 1979, S. 113 ff.

169 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 471 ff.

geber und keine normative Wirksamkeit gemeinsamer Beschlüsse, doch könnten gemeinsamen Problemlösungen rechtsgeschäftlich Verbindlichkeit verliehen werden. In die Zusammenarbeit Sprecherausschuß – Arbeitgeber dürfe der Betriebsrat im Rahmen eines gemeinsamen Ausschusses, der keine unmittelbare Entscheidungsgewalt habe, eingebunden werden. Insoweit habe das Betriebsverfassungsgesetz auf alle förmlichen Erfordernisse verzichtet. Ein solcher Ausschuß verstoße keineswegs gegen den Geist des Betriebsverfassungsgesetzes, selbst wenn die Sprecherausschüsse auch nichtleitende Angestellte vertreten, da die Stellung desjenigen Betriebsrates nicht geschwächt werde, der von seinem Abwehrrecht gegen konkurrierende Vereinigungen freiwillig keinen Gebrauch mache. Nicht hinreichend geklärt erscheint jedoch die Frage, ob angesichts der Bedeutung der vom Betriebsrat zu vertretenden Interessen das egalitäre Betriebsverbandsprinzip faktisch zur Disposition des Betriebsrates gestellt werden kann, so daß Sonderinteressen größeren Einfluß erlangen können. *Peter Hanau*¹⁷⁰ erörtert die Frage, ob der Betriebsrat befugt sei, die leitenden Angestellten beim Abschluß von Sozialplänen faktisch zu repräsentieren. Er hält dies für bedenklich, weil eine Ausdehnung der Repräsentationsbefugnis des Betriebsrates auf die leitenden Angestellten einen Einfluß auf diese Personengruppe begründen würde, den das Gesetz gerade habe vermeiden wollen. Bei Sozialplänen sei diese Gefahr freilich nicht vorhanden, da die betroffenen leitenden Angestellten ohnehin aus dem Betrieb ausscheiden würden und diese Personengruppe es überdies in der Hand hätte, die auf sie bezogenen Abreden zu genehmigen oder nicht. *Hanau* geht hierbei davon aus, daß der Betriebsrat im Hinblick auf die leitenden Angestellten als rechtsgeschäftlicher Vertreter ohne Vertretungsmacht handle.

*Uwe Scholz*¹⁷¹ zufolge besitzt der Betriebsarzt keinen unternehmerisch wesentlichen Entscheidungsspielraum und sei daher kein leitender Angestellter.

4. Wahl und Stellung des Betriebsrates und seiner Mitglieder

Der Wahl und Stellung des Betriebsrates wurde im Berichtszeitraum nur eine größere Untersuchung gewidmet.

*Gerhard Boldt*¹⁷² umreißt die rechtliche Stellung und Aufgaben des Betriebsrates. *Roderich Wahsner*¹⁷³ geht der Amtszeit und den Aufgaben des »geschäftsführenden Betriebsrates« gemäß § 22 BetrVG nach. *Werner Brill*¹⁷⁴ erörtert kommentarmäßig Zusammensetzung, Einberufung sowie Durchführung der Betriebsräteversammlung und legt dar, welche Einflußnahme der Arbeitgeber auf die Einhaltung von Sprechstunden durch den Betriebsrat habe. *Uwe Günther* und *Friedhelm Hase*¹⁷⁵ prüfen, ob der Gewerkschaftsausschuß eine unzulässige Wahl-

170 RdA 1979, S. 324 ff.

171 AuR 1979, S. 257 ff.

172 Neue-Wirtschafts-Briefe 1979, S. 255 ff., 315 ff.

173 AuR 1979, S. 208 ff.

174 AuR 1979, S. 138 ff.; BB 1979, S. 1247.

175 Demokratie und Recht 1979, S. 308 ff.

beeinflussung darstellt. Siegfried Frohner¹⁷⁶ behandelt Probleme der Arbeitsbefreiung von Betriebsratsmitgliedern. Entgegen der h. M. will er auf eine Erfüllung des Anspruches auf Arbeitsbefreiung durch eine gestaltende Zustimmungserklärung des Arbeitgebers nur dann verzichten, wenn dies notwendig sei, um bei plötzlicher Inanspruchnahme die Funktionsfähigkeit des Betriebsrates zu sichern. Michael Kittner¹⁷⁷ betont aus Anlaß einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, die er als Schritt zurück zur Rechtsprechung zum BetrVG 1952 charakterisiert, daß angesichts der Schwierigkeiten der Materie und des Potentials des Arbeitgebers jedes Betriebsratsmitglied über Grundkenntnisse des Arbeitsrechts verfügen müsse.

Der Befugnis des Betriebsrates, Dritte zu informieren, gehen Franz Jürgen Säcker¹⁷⁸ und Gerrick v. Hoyningen-Huene¹⁷⁹ nach. Säcker unterscheidet zwischen den Informationsrechten des Betriebsrates gegenüber der Öffentlichkeit und der Belegschaft. Zutreffend stellt er fest, daß der Betriebsrat lediglich ein betriebsinternes Organ sei, dessen Aufgabenbereich sich nicht auf die Öffentlichkeitsarbeit erstrecke. Er will aber den Betriebsrat gegenüber Außenstehenden nicht ganz zum Schweigen verdammt wissen. Deshalb schlägt er vor, dem Betriebsrat die Unterrichtung der Öffentlichkeit über Fragen, die unter seine Mitbestimmungskompetenz fallen, dann zu erlauben, wenn die innerbetriebliche Beratung abgeschlossen ist und die Unternehmensleitung ihrerseits die Öffentlichkeit informiert habe. Gegenüber der Belegschaft gesteht Säcker dem Betriebsrat weitergehende Informationsbefugnisse zu. Als Schranken nennt Säcker hier das Gebot zur vertrauensvollen Zusammenarbeit, das Verbot des Arbeitskampfes, der Parteipolitik und der Diskriminierung sowie die Respektierung der Organkompetenzen. Auch v. Hoyningen-Huene gibt dem Betriebsrat das Recht, die Belegschaft zu informieren, soweit keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse verletzt werden. Er behandelt darüber hinaus die angesichts möglicher Fraktionenbildung im Betriebsrat interessante Frage, ob auch einzelnen Betriebsratsmitgliedern das Recht zugestanden werden müsse, aus ihrer Sicht die Belegschaft zu unterrichten. Im Ergebnis lehnt er ein solches individuelles Informationsrecht ab, weil das Betriebsverfassungsgesetz von der Einheit des Betriebsrates ausgehe.

Das Recht zum Einblick in die Bruttolohnlisten gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG untersuchen Theo Mayer-Maly¹⁸⁰ und Joachim Kroll¹⁸¹. Mayer-Maly hebt hervor, daß in § 80 Abs. 2 BetrVG lediglich ein Einblicksrecht geregelt ist. Der Arbeitgeber sei also nicht verpflichtet, die Lohnlisten aus der Hand zu geben, da in der Beschränkung des Informationsrechtes auf Einblick in die Bruttolohnliste das Streben nach Schutz der Individualsphäre zum Ausdruck komme. Nach Ansicht Mayer-Malys hat der Betriebsrat seinen Wunsch nach einem Einblick in die

176 BStSozArbR 1979, S. 65 ff.

177 BStSozArbR 1979, S. 257 ff.

178 BB 1979, S. 281 ff.

179 DB 1979, S. 2422 ff.

180 DB 1979, S. 985 ff.

181 DB 1979, S. 1182 ff.

Bruttolohnlisten substantiiert zu begründen. Den Umfang der Darlegungspflicht leitet *Mayer-Maly* aus der Funktion des Einblicksrechtes, der Rechtskontrolle, ab. Schließlich betont er, daß die lohnpolitischen Aufgaben des Betriebsrates nichts mit dem Einblicksrecht zu tun hätten. Obwohl *Mayer-Maly* auf den ersten Blick die Schutzpositionen der Arbeitnehmer durch Erschwerung der dem Betriebsrat offenstehenden Überwachungsmöglichkeiten zu schwächen scheint, ist ihm zuzugeben, daß er letztlich dazu beiträgt, die Chance einzelner Arbeitnehmer zu verstärken, höhere Löhne zu vereinbaren. *Joachim Kroll* stellt fest, daß das Einblicksrecht des Betriebsrates in die Lohnlisten durch das Bundesdatenschutzgesetz nicht geschmälert worden sei, weil der Betriebsrat als Teil der speichernden Stelle anzusehen sei.

Im Zusammenhang mit einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts, in dem dem Betriebsrat das Recht zuerkannt wurde, Sozialpläne zugunsten leitender Angestellter mit obligatorischer Wirkung abzuschließen, untersucht *Peter Hanau*¹⁸² die Frage, ob der Betriebsrat als Organ oder als Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers angesehen werden könne. *Hanau* bejaht die Erfüllungsgehilfen-Rolle, da der Betriebsrat mit Wissen und Willen des Arbeitgebers bei der Erfüllung der Pflichten des Arbeitgebers aus Schuldverhältnissen tätig werde. Hingegen sei es verfehlt, im Hinblick auf die Haftung des Arbeitgebers im Außenverhältnis die §§ 30, 31 BGB anzuwenden, da diese Vorschriften nicht für Unternehmen schlechthin gelten und alle Unternehmen mit Betriebsräten gleichbehandelt werden müßten.

*Wolf Hunold*¹⁸³ informiert über das Recht der Sondervertretungen im Betriebsverfassungsrecht.

5. Betriebsversammlung

*Eberhard Lopau*¹⁸⁴ beschäftigt sich mit Problemen der Betriebsversammlung. Er gesteht der Betriebsversammlung die Qualität eines Organs zu. Kritisch wendet er sich gegen die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, derzufolge der Auftritt betriebsfremder Sachverständiger der Genehmigung des Arbeitgebers bedürfe, weil dies letztlich dazu führe, daß die Sachverständigen unter dem Deckmantel einer lediglich sachkundigen Person auftreten. Mit der Freiheit der Meinungsäußerung im Betriebsverfassungsrecht, insbesondere auf der Betriebsversammlung, befaßt sich *Günther Schaub*¹⁸⁵. Deren Grenze sieht *Schaub* nicht in dem Gebot zur Loyalität. Die Kritik an betrieblichen und personellen Verhältnissen dürfe bis an die Grenze des Ehrenschatzes gehen, sofern dadurch der Betriebsfrieden nicht gestört werde. Zur Teilnahme von Außendienstmitarbeitern an Betriebsversammlungen vertritt *Bodo Viets*¹⁸⁶ die Ansicht, daß das Teilnahmerecht unter Kostenerstattung grundsätzlich begrenzt ist. Er stützt sich hierbei insbesondere auf

182 RdA 1979, S. 324 ff.

183 AR-Blattei, Betriebsverfassung XIII, Sondervertretungen.

184 BlStSozArbR 1979, S. 230 ff.

185 RdA 1979, S. 137 ff.

186 RdA 1979, S. 272 ff.

den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit. Wenn schon die Betriebsratstätigkeit nicht besonders aufwendig sein dürfe, so gelte dies erst recht für die Betriebsversammlung.

6. Mitbestimmung

a) Allgemeine Fragen

In einer breit angelegten Untersuchung unternimmt es *Rolf-Achim Eich*¹⁸⁷, die Reichweite der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei arbeitskampfbedingten Maßnahmen des Arbeitgebers auszuloten. Anders als das Bundesarbeitsgericht will er die Einschränkung der Mitbestimmungsrechte nicht auf den Interessenkonflikt stützen, in den der Betriebsrat infolge des Arbeitskampfbezuges der arbeitgeberischen Maßnahmen gerate. § 2 Abs. 1 BetrVG gehe nämlich davon aus, daß die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern angelegten Interessenkonflikte partnerschaftlich zu lösen seien, ohne daß der Betriebsrat hierdurch überfordert werde. Die Suspendierung der Mitbestimmungsrechte im Arbeitskampf sei vielmehr aus dem Grundsatz der Kampfparität und der Neutralität des Staates abzuleiten. Die Kampfparität sei gefährdet, falls die Arbeitgeberseite die Fähigkeit verliere, rasch und unbeeinflusst von Dritten auf Forderungen und Aktionen des Gegenspielers reagieren zu können. Außerdem verstoße es gegen das Neutralitätsgebot, wenn der Staat den Betriebsrat an Entscheidungen beteiligt, die arbeitskampfbezogen seien. Dieser Ansatz vermag nicht voll einzuleuchten. Es stellt sich in der Tat die von *Henner Wolter*¹⁸⁸ erhobene Frage, ob die gegenwärtigen Kräfteverhältnisse bereits so fein austariert seien, daß sie durch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates im Arbeitskampf zu Lasten der Arbeitgeber verschoben werden würden. Der Hinweis auf das Neutralitätsgebot muß sich den Einwand gefallen lassen, daß nicht jedes Gesetz in Zeiten des Arbeitskampfes als unerlaubte Einmischung des Staates qualifiziert werden darf, nur weil es einer der Parteien Nachteile bringt. Andererseits geht es auch entgegen *Henner Wolter* nicht an, dem Bundesarbeitsgericht die Restriktion der dem Betriebsverfassungsgesetz entspringenden Mitbestimmungsrechte zu verbieten, nur weil die Mitbestimmungsrechte in einem förmlichen Gesetz niedergelegt sind, während das Arbeitskampfrecht lediglich richterrechtlich ausgeformt ist. Die Beseitigung von Wertungswidersprüchen und Systembrüchen orientiert sich nicht an der Dignität der Rechtsquellen. Die Restriktion der Mitbestimmungsrechte im Arbeitskampf wird m. E. durch die Gefahr gerechtfertigt, daß der Betriebsrat in Zeiten des Arbeitskampfes eine Obstruktionspolitik betreibt, in einer Zeit, in der die Kräfte der Arbeitgeberseite ohnehin auf das schärfste angespannt sind. Nur in Zeiten des Arbeitsfriedens erscheint friedliche Kooperation typischerweise gewährleistet.

Ausgehend von der These, daß die Mitbestimmung des Betriebsrates über arbeitskampfbezogene Maßnahmen die Parität und das Neutralitätsgebot verletze,

187 DB 1979, Beilage Nr. 9/79 S. 1 ff.

188 AuR 1979, S. 333 ff.

gelangt Eich¹⁸⁹ zu dem Ergebnis, daß in unmittelbar vom Arbeitskampf betroffenen Betrieben das Mitbestimmungsrecht im Hinblick auf Kampfkündigungen, Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen sowie Betriebsänderungen und Betriebsstillegungen ruhe. In den im umkämpften Tarifbereich gelegenen Betrieben sei der Betriebsrat nicht einmal vorweg zu informieren. In nur mittelbar vom Arbeitskampf betroffenen Betrieben sei in erster Linie das Widerspruchsrecht des Betriebsrates gegen arbeitskampfbedingte Kündigungen suspendiert, so daß den betroffenen Arbeitnehmern die Grundlage eines Weiterbeschäftigungsanspruchs entzogen sei. Hingegen bestehe in nur mittelbar betroffenen Betrieben das Recht fort, über Versetzungen und Umgruppierungen mitzubestimmen. Betriebsänderungen und Betriebsstillegungen erklärt Eich ebenfalls ohne Einschaltung des Betriebsrates für zulässig. Diese Grundsätze sollen auch für den Fall einer Abwehraussperrung, nicht aber im Rahmen einer Angriffsaussperrung gelten. Einen kurzen Abriß der Mitwirkungsrechte und -pflichten des Betriebsrates im Arbeitskampf liefert Werner Brill¹⁹⁰ auf der Grundlage der BAG-Rechtsprechung.

Auf die Frage, inwieweit Mitbestimmungsrechte bei der Einführung von Kurzarbeit zum Tragen kommen, wird im Rahmen der Mitbestimmung über soziale Angelegenheiten eingegangen.

Dieter Gaul¹⁹¹ nimmt kritisch zur Novellierung des § 98 Abs. 1 Satz 2 ArbGG Stellung, demzufolge Anträge auf Bestellung des Vorsitzenden der Einigungsstelle und Anträge, die die Entscheidung über die Zahl der Beisitzer betreffen, nur zurückgewiesen werden dürfen, wenn die Einigungsstelle offensichtlich unzuständig ist. Die Novellierung habe keine Beschleunigung des Verfahrens gebracht, da die rechtliche Klärung der Zuständigkeit der Einigungsstelle ohnehin nachgeholt werden müsse. Es bestehe vielmehr die Gefahr, daß ein Verfahren vor einer unzuständigen Einigungsstelle die Meinungsverschiedenheiten vertiefe. Um dies zu verhindern, müsse § 98 Abs. 1 Satz 2 ArbGG dahin gedeutet werden, daß das Verfahren über die Besetzung der Einigungsstelle bis zur rechtskräftigen Beendigung des Beschlußverfahrens über die Zuständigkeit der Einigungsstelle auszusetzen sei.

Franz Jürgen Säcker¹⁹² stellt umfassend das Recht der Betriebsvereinbarung dar.

Mit den aus den §§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 (Eingangssatz) BetrVG sich ergebenden Schranken befassen sich schwerpunktmäßig Franz Jürgen Säcker¹⁹³ und Günther Wiese¹⁹⁴. Am Beispiel der Mitbestimmung des Betriebsrates beim Arbeitsentgelt kritisiert Säcker die Rechtsprechung. Sie gestatte entgegen § 77

189 DB 1979, Beilage Nr. 9/79, S. 2 ff.

190 DB 1979, S. 403 ff.

191 ZfA 1979, S. 97 ff.

192 AR-Blattei »Betriebsvereinbarung I«.

193 BB 1979, S. 1201.

194 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 661 ff.

Abs. 3 BetrVG, der verhindern solle, daß der Betriebsrat zum Ersatz- oder Nottarifvertragspartner werde, die Vereinbarung von Lohnzulagen, die typischerweise das tariflich intendierte Lohnniveau verändern und die Ordnungskraft der tariflichen Regelung schmälern. Die bisher zur Abgrenzung der zulässigen von den unzulässigen Zulagen verwandten Kriterien seien unklar und wenig praktikabel. Entfalte man hingegen konsequent die Funktion des § 77 Abs. 3 BetrVG, so müßten die Betriebspartner dort an der Einführung von Zulagen gehindert werden, wo die Tarifvertragsparteien angesichts der Friedenspflicht gehindert wären, die Einführung von Zulagen zu verlangen. Die maßgeblichen Abgrenzungskriterien seien mithin in Parallele zur relativen Friedenspflicht zu entwickeln. Demnach müßten die Betriebsparteien im Hinblick auf Leistungszulagen in aller Regel untätig bleiben, da die Arbeitnehmer nach den Arbeitsverträgen ohnehin ihre gesamte Arbeitskraft schulden und diese Verpflichtung durch die Tariflöhne abgegolten werde. Anders sei die Situation in Konstellationen, in denen Mitarbeiter von vornherein nicht im Zeitlohn beschäftigt werden. *Hubert Bichler*¹⁹⁵ betont, daß die Sperre des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht durch sog. Negativregelungen ausgelöst werden könne.

b) Soziale Angelegenheiten

Im Unterschied zu § 77 Abs. 3 BetrVG dient § 87 Abs. 1 BetrVG nicht dem Schutz der Gewerkschaften, sondern, wie *Wiese*¹⁹⁶ unter Hinweis auf die Kombination von tariflichen und zwingenden gesetzlichen Regeln im Eingangssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG nachweist, dem Schutz der Arbeitnehmer. Dem Arbeitgeber soll es im Bereich des § 87 BetrVG verwehrt sein, aufgrund seines Direktionsrechts einseitig ohne Einschaltung des Betriebsrates Anweisungen zu geben oder mit den sozial schwächeren Arbeitnehmern einzelvertraglich Vereinbarungen zu treffen. Ein Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer entfalle dort, wo die Interessen der Arbeitnehmer ohnehin bereits durch gesetzliche oder tarifliche Vorschriften, von denen der Arbeitgeber nicht zu Lasten der Arbeitnehmer abweichen könne, angemessen gewahrt seien. Die so umrissene ratio legis konkretisiert *Wiese* dahin, daß § 87 Abs. 1 BetrVG im Eingangssatz nur Normen zur Schranke erhebe, die zugunsten der Arbeitnehmer zwingendes Recht enthalten. Dispositives Recht lasse mithin die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates fortbestehen. Dies gelte auch für dispositives Tarifrecht; denn § 87 Abs. 1 BetrVG statuiere keinen Vorbehalt zugunsten der Tarifvertragsparteien. Einseitig zwingendes Recht beseitigt nach Ansicht *Wieses* nur die Erzwingbarkeit von Betriebsvereinbarungen. Es begründe indessen von seinem Zweck her kein Hindernis für den Abschluß freiwilliger Betriebsvereinbarungen. Konsequent führt *Wiese* aus, daß die Erzwingbarkeit von Betriebsvereinbarungen nicht dadurch ausgeschaltet sei, daß nur der Arbeitgeber

¹⁹⁵ DB 1979, S. 1939 ff.

¹⁹⁶ 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 661 ff.

oder zusätzlich ein Arbeitnehmer tarifgebunden sei; denn der Schutz der nicht-tarifgebundenen Außenseiter dürfe nicht davon abhängen, daß sich der Arbeitgeber freiwillig zu schuldrechtlichen Gleichstellungsvereinbarungen bereitfinde. Außerdem müßten die zwingenden tariflichen oder gesetzlichen Regelungen die Sachfragen substantiell ordnen. Durch Tarifvertrag könne mithin die zwingende Mitbestimmung nicht generell beseitigt werden. Hier drängt sich aber gerade vom Standpunkt *Wieses* aus der Einwand auf, daß man den Verzicht auf Schutz in die Verfügungsmacht der Tarifvertragsparteien stellen sollte, wenn schon jede zwingende Tarifnorm die Erzwingbarkeit der Mitbestimmung aufhebt, mag der materielle Schutzgehalt der Tarifnorm auch noch so gering sein. Der Unterschied zwischen beiden Regelungsformen ist nämlich nur gradueller Natur. Diese Ansicht vertritt im Ergebnis auch *Hubert Bichler*¹⁹⁷.

Erhebliche Schwierigkeiten bereitet die Beantwortung der im Zusammenhang mit dem arbeitskampfbedingten Betriebsrisiko stehenden Frage, in welchem Umfang der Betriebsrat an der Entscheidung zu beteiligen ist, einen Betrieb wegen arbeitskampfbedingtem Rohstoff- oder Absatzmangel ganz oder teilweise einzustellen und die Arbeitnehmer auf das Kurzarbeitergeld zu verweisen. Als Quelle eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates kommt § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in Betracht, der zwischen zwei Regelungskomplexen unterscheidet. Zum einen kann sich die Mitbestimmung darauf beziehen, daß überhaupt Kurzarbeit angeordnet wird. Zum anderen geht es um die konkreten Zeiten, zu denen noch im Betrieb gearbeitet werden soll. Im Hinblick auf die Mitbestimmung über das »Ob« der Kurzarbeit haben *Rolf-Achim Eich*¹⁹⁸, *Friedrich Jülicher*¹⁹⁹, *Heinz-Jürgen Kalb*²⁰⁰, *Manfred Lieb*²⁰¹, *Theo Mayer-Maly*²⁰² und *Hugo Seiter*²⁰³ eine ablehnende Stellung genommen. Sie stützen sich zum Teil auf das Argument, daß der Lohnausfall wegen arbeitskampfbedingter Störungen nicht auf einer einseitigen Ermessensentscheidung des Arbeitgebers beruhe, sondern den Arbeitnehmer als Konsequenz der Leistungsstörung unmittelbar nach den Grundsätzen der Betriebsrisikolehre treffe. *Seiter* vertritt die Ansicht, aus der Entstehungsgeschichte ergebe sich, daß in § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nur solche Konstellationen angesprochen seien, in denen die Verkürzung der Arbeitszeit einer vertraglichen Grundlage bedürfe. Selbst wenn man die durch den Arbeitskampf ausgelöste Lohnverweigerung als Gestaltungsrecht qualifiziere, greife § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht ein. Die Arbeitnehmer würden dadurch auch nicht wesentlich in ihren schutzwürdigen Belangen tangiert, da sie Kurzarbeitergeld erhalten und das Prüfungsverfahren nach dem Arbeitsförderungsgesetz sowie die gerichtliche

197 DB 1979, S. 1939 ff.

198 DB 1979, Beilage Nr. 9/79, S. 4 ff.

199 RdA 1979, S. 340 ff.

200 BB 1979, S. 1829 ff.

201 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 327 ff.

202 BB 1979, S. 1305 ff.

203 RdA 1979, S. 393 ff.

Kontrolle verhindern, daß trotz hinreichender Arbeitsmöglichkeiten Kurzarbeit angeordnet werde. Entscheidend gegen ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates falle der Umstand ins Gewicht, daß ein Mitbestimmungsrecht die Kampfparität zerstören würde, da eine Obstruktionspolitik des Betriebsrates zu besorgen sei. Diesen Gesichtspunkt sieht auch *Mayer-Maly* als ausschlaggebend an. *Lieb*²⁰⁴ argumentiert auf zwei Ebenen. Sei die Unmöglichkeit oder Sinnlosigkeit weiterer Beschäftigung der Arbeitnehmer unstrittig, so entfalle ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, weil dem Betriebsrat dann keinerlei Ermessensspielraum mehr offenstehe. Allerdings müsse man berücksichtigen, daß nicht immer exakt die Feststellung getroffen werden könne, von welchem Zeitpunkt an es sinnlos werde, eine Produktion aufrechtzuerhalten. Hier existiere ein erheblicher Ermessensspielraum. Gleichwohl verneint *Lieb* auch in dieser Konstellation ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates, da im Rahmen der Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld vorliegen, ohnehin von der Arbeitsverwaltung untersucht werden müsse, ob der Arbeitsausfall unvermeidbar bevorstehe. Letztlich stellt also die Frage, ob eine Weiterarbeit zumutbar ist, doch eine Rechtsfrage dar, wenngleich die Konkretisierung des Begriffs der Unzumutbarkeit erhebliche Beurteilungsspielräume eröffnet. Dies ändert indessen nichts daran, daß es auch in der zuletzt genannten Konstellation nicht um Ermessens-, sondern um Rechtsprobleme geht, die jenseits der Mitbestimmung liegen.

*Wilhelm Dütz*²⁰⁵ hält die gegen ein Mitbestimmungsrecht ins Feld geführten Argumente dort für unzureichend, wo der Arbeitskampf Betriebe außerhalb des umkämpften Tarifbereichs stillege. In mittelbar betroffenen Tarifgebieten gehe es nämlich um die gleichen Probleme, die z. B. ein Rohstoffmangel wegen Importsperrre aufwerfe. Da *Dütz* die Ansicht vertritt, in mittelbar betroffenen Gebieten dürfe der Lohn nicht nach den Regeln der Betriebsrisikolehre vorenthalten werden, tangiert aus seiner Sicht konsequenterweise ein Mitbestimmungsrecht auch nicht die Kampfparität.

In größerem Umfang wird ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates in Hinblick auf die zeitliche Lage der Tage und Stunden bejaht, an denen weitergearbeitet werden soll. *Wilhelm Dütz* glaubt, daß die Ausübung des in dieser Weise begrenzten Mitbestimmungsrechts keine Auswirkungen auf den Verlauf des Arbeitskampfes haben werde, da es nur um sinnvolle Mangelverwaltung gehe. Volles Vertrauen setzt *Heinz-Jürgen Kalb*²⁰⁶ in die Effizienz des § 74 Abs. 2 BetrVG, wenn er darauf hinweist, daß der Betriebsrat die Mitwirkung bei der Anordnung von Kurzarbeit nicht aus kampf-taktischen Gründen verweigern dürfe. Im übrigen habe der Betriebsrat ein Interesse an der Erhaltung der Arbeitsplätze und am

204 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 327 ff.

205 DB 1979, Beilage Nr. 14/79, S. 1 (14).

206 BB 1979, S. 1829 ff.

Kurzarbeitergeld. Skeptischer äußert sich *Hugo Seiter*²⁰⁷, der ein Mitbestimmungsrecht auch im Hinblick auf die Durchführungsmodalitäten ablehnt, weil sich das Gestaltungsrecht des Arbeitgebers zugleich darauf beziehe, wann die Arbeit aufgrund von arbeitskampfbedingten Störungen ausfalle. Zum selben Ergebnis gelangt *Mayer-Maly*²⁰⁸, der in einer generalisierenden Lösung von der Vermutung der Kampfbetroffenheit arbeitgeberischer Maßnahmen ausgeht und daher im Interesse der Kampfparität und angesichts der betriebsverfassungsrechtlichen Friedenspflicht für die Zeit des Arbeitskampfes die Mitbestimmungsbefugnisse des Betriebsrates total ausschaltet.

Die Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen über die Arbeitsbedingungen, insbesondere die Entlohnung der außertariflichen Angestellten, nehmen *Hubert Bichler*²⁰⁹, *Walter Bitter*²¹⁰, *Werner Brill*²¹¹ und *Detlef Weiß*²¹² unter die Lupe. Sowohl *Bichler* als auch *Bitter* und *Weiß* gehen davon aus, daß im außertariflichen Bereich dem Wirken der Betriebspartner durch die §§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 (Eingangssatz) BetrVG keine Schranken gezogen seien. Wenn sich der Tarifvertrag nicht auf AT-Angestellte beziehe, so fielen diese aus dessen persönlichen Geltungsbereich heraus. Eine Sperre betrieblicher Aktivitäten werde deshalb nicht schon dadurch ausgelöst, daß die Vergütung von Angestellten schlechthin geregelt sei, wie zutreffend aus der ratio des § 77 Abs. 3 BetrVG abgeleitet wird. Die Meinungen gehen im Hinblick auf bewußte Nichtregelungen auseinander. Während *Bitter* und *Weiß* im Hinblick auf AT-Angestellte meinen, Regelung im Sinne des § 77 Abs. 3 BetrVG müsse etwas »Positives« sein, erkennt *Bichler* auch Regelungssperren an, die dem erkennbaren Willen der Tarifvertragsparteien entspringen, etwas nicht regeln zu wollen.

Im Hinblick auf den § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bejaht *Bitter*²¹³ die Möglichkeit, die Gehälter der AT-Angestellten an die Tariflöhne in der Form anzubinden, daß durch Betriebsvereinbarung die Einhaltung »angemessener« Abstände vorgeschrieben wird. Dies gelte auch dann, wenn im Regelfall die »Angemessenheit« durch Prozentsätze umschrieben werde.

Einen Schritt weiter geht *Weiß*²¹⁴. Da seiner Ansicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG lohnpolitische Komponenten jedenfalls insoweit der Mitbestimmung unterwerfe, als sie primär Lohngerechtigkeitsgesichtspunkte ansprechen, sei es unbeschränkt zulässig, die unterste AT-Gruppe durch Festlegung eines Mindestabstandes an die höchste Tarifgruppe anzubinden. Obwohl sowohl *Bitter* als auch *Bichler* ihren Lösungsvorschlag durch eine Parallele zur Mitbestimmung im Bereich

207 RdA 1979, S. 393 ff.

208 BB 1979, S. 1305 ff.

209 DB 1979, S. 1939 ff.

210 DB 1979, S. 695 ff.

211 DB 1979, S. 2132 ff.

212 BStSozArbR 1979, S. 97 ff.

213 DB 1979, S. 695 ff.

214 BStSozArbR 1979, S. 97 ff.

der freiwilligen Altersversorgung abzustützen suchen, kommt *Bichler*²¹⁵ zu einem abweichenden Ergebnis. Seiner Ansicht nach begründet § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht das Recht, prozentual oder absolut einen Abstand zu den höchsten Tariflöhnen festzulegen. Der Betriebsrat könne nur verlangen, daß die Arbeitsentgelte innerhalb des außertariflichen Bereichs im Rahmen einer Betriebsvereinbarung systematisiert oder außertarifliche Lohngruppen geschaffen werden.

*Reinhard Richardi*²¹⁶ qualifiziert die Mitbestimmung über die Lohngestaltung als genuine Mitbestimmung im unternehmerischen Bereich. Über diese Form der Mitbestimmung könne der Betriebsrat auf die Personalgewinnung maßgeblichen Einfluß nehmen. *Juliane Freifrau von Friesen*²¹⁷ stellt fest, daß die Beschränkung des Mitbestimmungsrechts über Fragen der Lohngestaltung auf die Entlohnung der Arbeiter in § 75 Abs. 3 Nr. 4 BPersVG sowohl dem Gesetzeszweck als auch der Gesetzessystematik widerspreche. Mit der Interpretation der Begriffe Entlohnungsgrundsätze und Entlohnungsmethoden in § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG befaßt sich auch *Gerhard Schirdewahn*²¹⁸. Unter Entlohnungsmethode versteht er, gestützt auf den allgemeinen Sprachgebrauch und die Vorläufer des BetrVG 1972, die Gesamtheit der bei der Entlohnung angewandten Regeln über die Art und Weise der Entlohnung.

Eine systematische Darstellung der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten auf der Basis der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts legt *Marlies Lappe*²¹⁹ vor. Über die allgemeine Stellung der außertariflichen Angestellten in der Betriebsverfassung informiert *Werner Brill*²²⁰.

c) Gestaltung des Arbeitsplatzes und Arbeitsablaufes

*Gerhard Hofe*²²¹ geht der Frage nach, inwieweit die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates über die Gestaltung von Arbeitsplätzen durch Arbeitsschutzvorschriften und arbeitswissenschaftliche Regelwerke über die menschengerechte Gestaltung der Arbeitsabläufe auf bloße Überwachungs- und Kontrollbefugnisse reduziert werden. *Hofe* hebt hervor, daß § 91 BetrVG und § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG eng miteinander verwandt seien, so daß die Sperre des § 87 Abs. 1 (Eingangssatz) BetrVG auf § 91 BetrVG anzuwenden sei. Diese Analogie werde auch dadurch gerechtfertigt, daß mit zwingenden Vorschriften die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer entfalle, auf die das Recht des Betriebsrates, mitzubestimmen, gegründet sei. Diese Prämisse hindert *Hofe* indessen nicht, ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates selbst dort zu bejahen, wo Arbeitsschutzgesetze und konkretisierende Regelwerke existieren. Die Arbeitsschutzgesetze

215 DB 1979, S. 1939 ff.

216 AG 1979, S. 29 ff.

217 RdA 1979, S. 225 ff.

218 BB 1979, S. 791 ff.

219 Arbeitsrecht der Gegenwart 1979, S. 55 ff.

220 DB 1979, S. 2132 f.

221 AuR 1979, S. 79 ff.

ließen dem Arbeitgeber nämlich einen weiten Ermessensspielraum, in den die Mitbestimmung hineinstoßen könne. Der Ermessensspielraum werde durch die Regelwerke nicht eingeschränkt, da diese keine Rechtsnormqualität besäßen. Dieser Interpretation des § 91 BetrVG liegt eine Verwechslung von Ermessens- und Beurteilungsspielraum zugrunde. Es ist richtig, daß in den Arbeitsschutzgesetzen eine Vielzahl sehr unbestimmter Rechtsbegriffe verwandt werden. Deren Anwendung auf den Einzelfall ist jedoch keine Frage der Mitbestimmung, sondern, in der Kategorie *Söllners*²²², eine Frage der Mitbeurteilung. Gleichwohl ist ihm im Ergebnis zuzustimmen. § 91 BetrVG ist so auszulegen, daß der Betriebsrat die Mitbestimmungsrechte in den Fällen, in denen die Arbeitnehmer offensichtlich entgegen gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen besonders belastet werden, auch dann ausüben vermag, wenn die Arbeitsschutzgesetze, so wie sie durch die zuständigen Stellen konkretisiert werden, einen niedrigeren Schutzstandard festschreiben. Wie auch *Hofe* selbst betont, beruht § 91 BetrVG auf dem Gedanken, daß die neuesten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse, die einen gewissen Plausibilitätsgrad erreicht haben, so schnell wie möglich in die betriebliche Praxis eingeführt werden sollen. Hiermit ist die Reduktion der Mitbestimmungsrechte auf Mitbeurteilungsbefugnisse unvereinbar.

d) Personelle Angelegenheiten

Mit Problemen der Mitwirkung des Betriebsrates bei Kündigungen befassen sich *Karl-Heinz Buus*²²³, *Franz Gamillscheg*²²⁴, *Dieter Gaul*²²⁵, *Götz Hueck*²²⁶ und *Peter Schwerdtner*²²⁷.

Unter dem Aspekt der Verklammerung von Kündigungsschutz und Betriebsverfassungsrecht läßt *Götz Hueck*²²⁸ in einer umfassend angelegten Untersuchung die Verbindung von Kündigungsschutz und Betriebsverfassungsrecht Revue passieren. Er bescheinigt der Rechtsprechung Augenmaß, verbunden mit bemerkenswerter richterlicher Gestaltungskraft insbesondere deshalb, weil sich das Bundesarbeitsgericht nicht vorschnell in die Rolle eines Ersatzgesetzgebers habe hineindrängen lassen. Vor allem zum Problem des Nachschiebens von Gründen im Anhörungsverfahren nimmt *Hueck* eingehend Stellung. Er zieht die Linien weiter, die in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts angelegt sind. Dabei vertritt er die Ansicht, daß grundsätzlich nur das Nachschieben solcher Gründe ausgeschlossen sei, die dem Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung bekannt waren.

Ein Verstoß gegen das Gebot, im Anhörungsverfahren alle bekannten Kündigungsgründe vorzutragen, führe im Interesse praktikabler Lösungen, die zusätz-

222 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 605 (611 ff.).

223 BB 1979, S. 1508.

224 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 117 ff.

225 RdA 1979, S. 267 ff.

226 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 243 ff.

227 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 555 ff.

228 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 243 ff.

liche Prozesse vermeiden helfen, nicht zur Nichtigkeit der Kündigung, sondern ausschließlich dazu, daß der Arbeitgeber diese Kündigungsgründe im Kündigungsprozess nicht vorbringen dürfe. Eine Ausnahme gelte für solche Gründe, auf die ein Widerspruch gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG gestützt werden könne. Zum im wesentlichen gleichen Ergebnis gelangt *Gamillscheg*²²⁹. Er betont, daß der Arbeitgeber vielerlei auch respektable Motive haben könne, einzelne von mehreren Kündigungsgründen zu verschweigen. Der Arbeitgeber dürfe daher nicht durch die Nichtigkeitsanktion gezwungen werden, alle Kündigungsgründe vorzubringen. Habe der Arbeitgeber allerdings einen Kündigungsgrund in der Absicht verschwiegen, dem Widerspruch des Betriebsrates zu entgehen, so sei eine Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers im Wege der einstweiligen Verfügung angebracht.

Spezifische Probleme der Änderungskündigung hat »*Schwerdtner*²³⁰ zum Untersuchungsgegenstand gewählt. Er prüft, ob dem Arbeitnehmer gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG ein Weiterbeschäftigungsanspruch zusteht, falls er das Änderungsangebot unter Vorbehalt angenommen hatte. Die Prüfung fällt zu Lasten des Arbeitnehmers aus, weil sich mit der Annahme unter Vorbehalt die Kündigung erledigt habe. Die Vertragsänderung als solche sei kein mitbestimmungspflichtiger Tatbestand. Durchschlagender erscheint mir das Argument zu sein, daß der Weiterbeschäftigungsanspruch, der den Arbeitgeber erheblich belasten kann, nur dort eingreifen soll, wo der Arbeitnehmer durch den totalen Verlust des Arbeitsplatzes besonders intensiv betroffen ist. *Schwerdtner* untersucht im Zusammenhang mit der Änderungskündigung ferner Tatbestände, in denen die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte aus den §§ 99, 102 BetrVG zusammentreffen. Er verwirft die Theorien, die beide Normen in ein Spezialitäts- bzw. ein Subsidiaritätsverhältnis setzen. Der Doppelcharakter bestimmter Änderungskündigungen bedinge vielmehr die Anwendung beider Vorschriften. Beide Verfahren seien freilich zu koppeln, so daß der Betriebsrat das Verfahren nicht nach § 99 BetrVG blockieren könne.

*Buus*²³¹ setzt sich mit der Frage auseinander, ob das Arbeitsgericht bei einer Kündigung von Betriebs- bzw. Personalratsmitgliedern auch dann einzuschalten ist, wenn der Betriebs- bzw. Personalrat erklärt habe, er wolle sich nicht äußern. Er bejaht dies unter Berufung auf § 108 PersVerG.

*Gaul*²³² geht den Möglichkeiten des Betriebsrates nach, seine Zustimmung zur Kündigung zu widerrufen. Eine analoge Anwendung der §§ 119 ff. BGB lehnt *Gaul* im Ergebnis zutreffend ab. Hiermit scheidet jedoch nicht jede Widerrufsmöglichkeit aus. *Gaul* schlägt vor, den Widerruf in Parallele zum Widerruf von Verwaltungsakten zuzulassen. Danach könne der Betriebsrat widerrufen, falls er sich bei der Erklärung geirrt habe, von unzutreffenden Tatsachen ausgegangen

229 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 117 (120 ff.).

230 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 555 ff.

231 BB 1979, S. 1508.

232 RdA 1979, S. 267 ff.

sei oder sich nachträglich die Beurteilungsgrundlagen verändert haben, es sei denn, daß der Arbeitgeber bereits gekündigt hatte oder die versehentliche Zustimmung dem Betriebsrat vorzuwerfen ist. Angesichts der Schutzfunktion des Betriebsrates ist es jedoch nicht sachgerecht, vorwerfbares Fehlverhalten des Betriebsrates letztlich zu Lasten des gekündigten Arbeitnehmers ausschlagen zu lassen. Andererseits ist zu berücksichtigen, daß der Arbeitgeber auch schon vor dem Ausspruch der Kündigung im Hinblick auf die Zustimmungserklärung Dispositionen getroffen haben kann.

*Dietrich Boewer*²³³ will den Begriff der Versetzung im Sinne des § 95 Abs. 3 BetrVG enger interpretiert wissen. Die Versetzung sei keineswegs an eine örtliche Verlegung des Arbeitsplatzes gekoppelt. Von einer Versetzung dürfe vielmehr lediglich dann gesprochen werden, wenn ein anderer Arbeitsbereich derart zugewiesen werde, daß der neue Arbeitsbereich keine Wesensübereinstimmung mit der bisherigen Tätigkeit aufweise oder wenn der Arbeitnehmer in eine andere relativ verselbständigte organisatorische Einheit des Betriebes eingegliedert werde. *Boewer* lehnt es ab, aus § 95 Abs. 3 Satz 2 BetrVG einen Umkehrschluß dahin zu ziehen, daß der Begriff »Arbeitsbereich« in Satz 1 mit den örtlichen Gegebenheiten des Arbeitsplatzes identisch sei. Aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergebe sich nämlich, daß Satz 2 des § 95 Abs. 3 BetrVG lediglich eine Fiktion zur Beseitigung von Auslegungsschwierigkeiten enthalte. Das maßgebliche Auslegungskriterium ergebe sich vielmehr aus § 81 Abs. 2 BetrVG, der ebenfalls den Begriff des Arbeitsbereiches verwende.

e) Wirtschaftliche Angelegenheiten

Die rechtliche Ausgestaltung und die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsausschusses in der Praxis behandelt *Maximilian Gege*²³⁴. Er stellt vor allem in vielen kleinen und mittleren Unternehmen eine erhebliche Diskrepanz zwischen den gesetzlich zugestandenen Beteiligungsrechten und der praktischen Umsetzung dieser Rechte fest. *Manfred Löwisch*²³⁵ behandelt ausführlich den Rahmen, innerhalb dessen gemäß § 108 Abs. 5 BetrVG der Jahresabschluß von Personenhandels-gesellschaften und Einzelkaufleuten zu erläutern ist. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der Jahresabschluß die Jahresbilanz sowie die Jahresgewinn- und Verlustrechnung umfasse. Aus besonderen Anlässen gefertigte Abschlußrechnungen bräuchten nicht offengelegt zu werden. Es sei auch nicht notwendig, dem Betriebsrat all das mitzuteilen, was für Banken oder Steuerbehörden wissenswert sei. *Aloys Vogt*²³⁶ erörtert, inwieweit der Arbeitgeber die Belegschaft, den Wirtschaftsausschuß und den Betriebsrat über die wirtschaftliche Lage des Betriebs und Unternehmens zu informieren habe. Er hebt hervor, daß Inhalt und Umfang

233 DB 1979, S. 1035 ff.

234 DB 1979, S. 647 ff.

235 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 353 ff.

236 BIStSozArbR 1979, S. 193 ff.

der Berichtspflichten weitgehend in das pflichtgemäße Ermessen des Arbeitgebers gestellt seien.

Gerd Engels²³⁷ widmet sich der Frage, ob die Gesellschaftsaufspaltung in eine Gesellschaft, die das Produktionsvermögen in der Hand hat, und in eine Betriebsgesellschaft, die die Arbeitnehmer beschäftigt, als eine die Beteiligungsrechte des Betriebsrats auslösende Betriebsänderung im Sinne der §§ 111 ff. BetrVG anzusehen sei. Er bejaht diese Frage, indem er einen materiellen Begriff der Betriebsänderung verwirft, demzufolge sich die Betriebsänderung auf den Betrieb als Arbeitsorganisation ausgewirkt haben muß, und einen formalen Begriff der Betriebsänderung einführt. Maßgeblich sei demnach allein die Änderung im bisherigen Erscheinungsbild des Betriebes, wie es sich den in den Betrieb eingegliederten Arbeitnehmern darbierte. Dieses Erscheinungsbild werde durch die Gesellschaftsaufspaltung wesentlich verschoben. Im Hintergrund dieser m. E. unhaltbaren Begriffsbildung steht die Überlegung, daß die finanzielle Austrocknung der die Arbeitnehmer beschäftigenden Gesellschaft verhindert werden müsse, da andernfalls die Arbeitnehmer im Falle einer echten Betriebseinstellung ihre Sozialplanansprüche mangels Masse nicht realisieren könnten. Diese Wertung vermag aber nicht ohne weiteres im Rahmen der Interpretation des Begriffs »Betriebsänderung« berücksichtigt werden, da dies zur Folge hätte, daß jede umfassende Sicherungsübereignung ebenso als Betriebsänderung qualifiziert werden müßte wie die Entnahme wesentlicher liquider Mittel. Die finanzielle Austrocknung der Betriebsgesellschaft ist nur mit den spezifisch gesellschaftsrechtlichen Instrumenten des Durchgriffs zu lösen.

Die Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts zum Sozialplan und Nachteilsausgleich im Konkurs haben Hans-Joachim Lux²³⁸ und insbesondere Reinhard Richardi²³⁹ analysiert. Richardi setzt sich nochmals eingehend mit dem Zweck des Sozialplans auseinander. Er sieht sich mit dem Bundesarbeitsgericht darin einig, daß die in Sozialplänen vereinbarte Abfindung den Verlust des Arbeitsplatzes entschädigen soll. Die Abfindung fuße letztlich auf der Anerkennung der Arbeit als Grundlage der Persönlichkeitsverwirklichung. Es sei daher zulässig, im Sozialplan Abfindungen auch für diejenigen Arbeitnehmer vorzusehen, die inzwischen einen wirtschaftlich gleichwertigen Arbeitsplatz wiedergefunden haben. Freilich scheint Richardi den Begriff der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit sehr eng zu fassen, indem er Chancen ausklammert, die der Arbeitnehmer am bisherigen Arbeitsplatz erworben hat. Konsequenter wäre es indessen vom Ansatz Richardis her, auch einen Ausgleich der aus dem Arbeitsplatzverlust resultierenden immateriellen Nachteile für angebracht anzusehen. Andererseits ist zu beachten, daß § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nur den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile als Inhalt des Sozialplans vorsieht.

237 DB 1979, S. 2227 ff.

238 BB 1979, S. 282 ff.

239 RdA 1979, S. 193 ff.

Eher läßt sich eine Brücke zum Persönlichkeitsschutz schlagen, falls man mit *Peter Schwerdtner*²⁴⁰ die Funktion der Abfindung in der Erschwerung der Betriebsänderung, in der Stabilisierung des Arbeitsverhältnisses sieht. Wenn man berücksichtigt, daß bei betriebsbedingten Kündigungen der Arbeitgeber normalerweise allein über die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der Kündigung entscheidet, so festigt die Pflicht, Sozialpläne zu erstellen, den Bestand des Arbeitsverhältnisses. Diese Sicht führt allerdings zu einer – wie auch *Schwerdtner* hervorhebt – nicht einsehbaren Differenzierung zwischen der Entlassung einzelner und vieler Arbeitnehmer. *Richardi*²⁴¹ erblickt zu Recht die eigentliche Sensation des Beschlusses in der konkursrechtlichen Einordnung der Sozialplanansprüche. Er konstatiert, daß das Bundesarbeitsgericht legitimerweise als Ersatzgesetzgeber tätig geworden sei, da sich rechtsdogmatisch keine konsensfähige Lösung habe begründen lassen. Die vom Bundesarbeitsgericht angesichts der Massearmut der Konkurse entwickelte Lösung dürfe indessen nicht das letzte Wort sein. Auch *Lux*²⁴² hält nach der Entscheidung des Großen Senats eine Reform der Konkursordnung für dringlicher als zuvor, selbst wenn dem Gesetzgeber Daten gesetzt worden seien, über die er nicht hinwegsehen könne. Einen Überblick über den Interessenausgleich und Sozialplan unter besonderer Betonung der bilanzrechtlichen Aspekte liefert *Manfred Zilius*²⁴³.

7. Datenschutz im Betrieb

*Peter Gola*²⁴⁴ geht der Frage nach, inwieweit der betriebliche Datenschutzbeauftragte bei der Auswahl von Mitarbeitern einzuschalten ist, die im Bereich der personenbezogenen Datenverarbeitung eingesetzt werden. Seiner Ansicht nach beschränkt sich das Mitwirkungsrecht auf ein Anhörungsrecht. *Klaus Hümmerich*²⁴⁵ sucht herauszuarbeiten, in welchem Umfang das Datenschutzgesetz dem Betriebsrat die Möglichkeit eröffnet, auf Art und Umfang der persönlichen Daten Einfluß zu nehmen, die in Einstellungsgesprächen oder psychologischen Tests ermittelt werden. *Hümmerich* geht davon aus, daß sich die Überwachungspflicht des Betriebsrates auch auf außerarbeitsrechtliche Gesetze erstrecke und nicht darauf beschränkt sei, daß mit dem zu schützenden Arbeitnehmer bereits ein Arbeitsverhältnis begründet sei. Der Betriebsrat könne mithin grundsätzlich dafür sorgen, daß die Daten der Bewerber nach Maßgabe des Datenschutzgesetzes behandelt werden.

240 DB 1979, Beilage Nr. 12/79, S. 1 (17 ff.).

241 RdA 1979, S. 193 (200).

242 BB 1979, S. 282 ff.

243 Die Wirtschaftsprüfung 1979, S. 573 ff.

244 BB 1979, S. 581 ff.

245 RdA 1979, S. 143 ff.

8. Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften

Harro Plander²⁴⁶ informiert im wesentlichen der herrschenden Meinung folgend eingehend über die Kompetenzverteilung in Presseunternehmen.

Einen der Schwerpunkte der Diskussion im Berichtszeitraum bildete die Diskussion um die Mitbestimmung im kirchlichen Bereich und die Befugnis der Gewerkschaften, in den betrieblichen Bereich der Kirchen hineinzuwirken.

Reinhard Richardi²⁴⁷, der die Reichweite der kirchlichen Regelungsautonomie in zwei Abhandlungen analysiert hat, vertritt den Standpunkt, daß die arbeitsrechtliche Regelungsautonomie der Kirchen nicht bloß in der Teilhabe an der Privatautonomie ihren Ausdruck finde, sondern daß sie zugleich auch einen Bestandteil des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts darstelle. Die Autonomie sei in den Schranken des für alle geltenden Gesetzes verfassungsrechtlich garantiert. Da unter die Kategorie der »für alle geltenden Gesetze« nur solche Normen fielen, die die Kirchen wie jedermann treffen und die Kirchen nicht in ihrem geistig-religiösen Auftrag beschränken, sei es verfassungsrechtlich geboten gewesen, die Kirchen vom Zugriff des Betriebsverfassungsgesetzes auszunehmen. Auch Mayer-Maly²⁴⁸ betont, daß § 118 Abs. 2 BetrVG mit Tendenzschutz nichts zu schaffen habe. In dieser Vorschrift werde vielmehr die arbeitsrechtliche Konsequenz aus den Art. 140 GG, 137 Abs. 3 WRV gezogen. Durch eine streng dualistische Betriebsverfassung werde die Kirche härter als sonstige Arbeitgeber getroffen, da kirchliche Mitarbeitervertretungen bedeutend »störanfälliger« seien als gewöhnliche Betriebsräte. Zum gleichen Ergebnis gelangt Gerhard Müller²⁴⁹, der die Ansicht vertritt, das Betriebsverfassungsgesetz würde die Religionsgemeinschaft im Kern ihres Selbstverständnisses treffen, weil die Tätigkeit in der Kirche und in kirchlichen Einrichtungen nicht auf den Arbeitgeber als solchen ausgerichtet sei. Dagegen könne auch nicht eingewendet werden, daß die Schlechterstellung der kirchlichen Arbeitnehmer im Vergleich zu sonstigen Arbeitnehmern gegen das Sozialstaatsgebot verstoße; denn die Autonomie der Kirchen stehe neben dem Staat. Allerdings könnten die Kirchen am *ordre public* des Gemeinwesens nicht ganz vorbeigehen. Dazu gehöre, daß den kirchlichen Arbeitnehmern der gleiche soziale Standard wie anderen Arbeitnehmern verschafft werden müsse, der dort, wo eine kirchliche Einrichtung durch die Zahl der dort beschäftigten Arbeitnehmer geprägt sei, durch eine Mitarbeitervertretung gewährleistet werden könne. Die Vertretung müsse jedoch keineswegs dualistisch strukturiert sein, sondern könne dem jeweiligen Selbstverständnis der Kirchen entsprechend ausgeformt werden. Eine kritische Haltung zur Privilegierung der Kirchen nimmt Peter Schwerdtner²⁵⁰ ein. Seiner Meinung zufolge seien die gegenwärti-

246 RdA 1979, S. 275 ff.

247 Festschrift für Günther Beitzke (1979), S. 873 ff.; 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 429 ff.

248 BB 1979, S. 632 ff.; BB 1979, Beilage Nr. 4/79, S. 1 (5 ff.).

249 RdA 1979, S. 71 ff.

250 AuR 1979, Sonderheft »Kirche und Arbeitsrecht«, S. 21 ff.

gen Bereichsausnahmen der §§ 118 BetrVG und 112 BPersVG nicht nur nicht von der Verfassung her geboten, sondern auch sachwidrig. Die vom BVerfG zur Bestimmung der für alle geltenden Gesetze verwandte »nicht härter als Jedermann«-Formel sei, wie *Schwerdtner* m. E. zu Recht hervorhebt, unklar, da sie nahezu jede Deutung ermögliche. Auch die Figur des *ordre public* sei gerade auf dem Gebiet des Arbeitsrechts äußerst problematisch. Außerdem sei es unzulässig, die Kirchen an den *ordre public* in dem Sinne zu binden, daß sie nicht an die für alle geltenden Gesetze, sondern nur an einzelne Grundwertungen dieser Gesetze gebunden werden. Wenn man die Auffassung vertrete, daß die Kirchen durch das kollektive Arbeitsrecht nicht in ihrem Selbstverständnis beeinträchtigt werden dürften, so müsse man sie z. B. auch von den aus dem Kündigungsschutzrecht fließenden Belastungen befreien. Diese Konsequenz scheint *Bernd-Otto Kuper*²⁵¹ durchaus hinnehmen zu wollen. Das Individualarbeitsrecht gelte ebenfalls nur im Rahmen des Selbstbestimmungsrechts der Kirchen. Die Kirchen dürften andererseits auch nicht gezwungen werden, die Begründung von Arbeitsverhältnissen aufzugeben. Die Vorstellung, das Lohnverhältnis kirchlicher Arbeitnehmer sei nichts anderes als ein Notbehelf, zeichne ein veraltetes Bild von der Kirche in Gesellschaft und Staat und laufe letzten Endes auf eine Reklerikalisierung hinaus.

*Bernd-Otto Kuper*²⁵² informiert über die betriebliche und überbetriebliche Mitwirkung der Arbeitnehmer im kirchlichen Dienst der katholischen Kirche. Einer Zusammenfassung der Geschichte der Mitarbeitervertretung folgt eine Darstellung derzeit gültiger Regeln.

Umstritten ist auch, wie weit der Kreis der kirchlichen Einrichtungen, die der kirchlichen Autonomie teilhaftig werden, gezogen werden darf. *Peter Schwerdtner*²⁵³ will solche Einrichtungen, die erzieherische oder karitative Aufgaben wahrnehmen, als Tendenzunternehmen im Sinne des § 118 Abs. 1 BetrVG behandelt wissen. *Manfred Löwisch*²⁵⁴ sieht hingegen das maßgebliche Unterscheidungskriterium nicht im Aufgabenbereich, sondern in der Art der Bindung der Einrichtung an die Kirche. Die Kirchenautonomie strahlt seiner Meinung nach dort auf kirchliche Einrichtungen aus, wo die Kirche in den Einrichtungen tatsächlich ordnend und verwaltend tätig wird. In Fällen, in denen auf kirchliche Einrichtungen keinerlei organisatorischer Einfluß genommen werde, kämen lediglich die Regeln über Tendenzbetriebe zur Anwendung.

Besonders intensiv haben sich mit der Frage, ob Beauftragten der Gewerkschaften der Zutritt zu den kirchlichen Einrichtungen zu gewähren ist, *Theo Mayer-Maly*²⁵⁵, *Peter-Hubert Naendrup*²⁵⁶ sowie *Reinhard Richardi*²⁵⁷ auseinander-

251 RdA 1979, S. 93 ff.

252 RdA 1979, S. 93 ff.

253 A.a.O. (Fn. 247).

254 AuR 1979, Sonderheft »Kirche und Arbeitsrecht«, S. 33 ff.

255 BB 1979, Beilage Nr. 4/79, S. 1 (5 ff.); BB 1979, S. 632 ff.

256 AuR 1979, Sonderheft »Kirche und Arbeitsrecht«, S. 37 ff.

257 Festschrift für Günther Beitzke (1979), S. 873 ff.

gesetzt. Da im kirchlichen Bereich ein aus § 2 Abs. 2 BetrVG abgeleitetes Zutrittsrecht durch § 118 Abs. 2 BetrVG ausgeschlossen ist, kommt nur ein koalitionsrechtliches Zutrittsrecht in Betracht. Dies will *Naendrup* in weitem Umfang anerkennen. Dabei geht er von der Prämisse aus, daß Art. 9 Abs. 3 GG für die Kirchen ebenso wie für sonstige Arbeitgeber gelte. In richterrechtlicher Konkretisierung des Art. 9 Abs. 3 GG sei deshalb das Zutrittsrecht näher auszuformen gewesen. Es dürfe auch von Gewerkschaftsbeauftragten ausgeübt werden, die nicht zu den Arbeitnehmern des Betriebes gehörten. Ausgeschlossen sei es dort, wo im konkreten Betrieb ausschließlich Personen tätig werden, die kirchenrechtlich einen eigenen Stand bilden oder kraft Sakramentes übertragene Ämter innehaben, wie z. B. Ordensangehörige. Demgegenüber vertreten *Mayer-Maly* und *Richardi* den Standpunkt, daß das Selbstverwaltungsrecht der Kirchen dem Koalitionsrecht vorgehe, soweit dies durch das Selbstverständnis und den geistig-religiösen Auftrag der Kirchen gefordert werde. Die Kirchen hätten ein besonders intensives Interesse daran, daß die spezifisch koalitionsmäßige Betätigung mit der Bindung des kirchlichen Dienstes im Einklang stehe. Dieses Interesse könnten die Kirchen nur gegenüber Betriebsangehörigen wirkungsvoll wahren, da allein ihnen gegenüber Sanktionsmöglichkeiten bestünden. Ein Zutrittsrecht betriebsfremder Gewerkschaftsbeauftragter sei deshalb mit dem Selbstverwaltungsrecht unvereinbar. Dieses Ergebnis sichern beide Autoren durch § 118 Abs. 2 BetrVG ab, der den Gewerkschaften in kirchlichem Dienst sogar ein betriebsverfassungsrechtliches Zugangsrecht verwehrt habe.

VI. Individualarbeitsrecht

1. Grundsatzfragen

Der dogmatischen Einordnung des Arbeitsverhältnisses und der Arbeitskraft im besonderen gehen *Ludwig Schnorr von Carolsfeld*²⁵⁸ sowie *Wolfgang Zöllner*²⁵⁹ nach. *Schnorr von Carolsfeld* legt den Schwerpunkt seiner Untersuchungen auf die Lösung der Frage, inwieweit die Arbeitskraft als körperliche und geistige Eigenschaft des Menschen, Werte zu schaffen, geschützt sei. Er vertritt die Ansicht, daß die Arbeitskraft ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sei. Gegen Verletzungen im vertraglichen Bereich und dem der Gefährdungshaftung sei sie dadurch stärker zu sichern, daß immaterielle Nachteile in größerem Umfang für ersatzfähig erklärt werden. Aus der Perspektive der Rechtsstellung des Arbeitnehmers im Betrieb und Unternehmen, die *Zöllner* als Gemengelage, bestehend aus Elementen des vertragsbezogenen Arbeitsverhältnisses, der Mitgliedschaft im Belegschaftsverband sowie in bestimmten Fällen eines mitgliedschaftsähnlichen Wahlbürgerverhältnisses zur juristischen Person, charakterisiert, erör-

258 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 491 ff.

259 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 745 ff.

vert Zöllner die Frage einer Verdinglichung des Arbeitsverhältnisses. Mit einleuchtenden Argumenten lehnt er die Figur eines dinglichen Rechts am Arbeitsplatz ab. Der Arbeitnehmer besitze kraft seines Arbeitsvertrages nur obligatorische Ansprüche gegen den Arbeitgeber. Auch § 613 a BGB biete keinen Schutz gegen Dritte. Die Interessen der Arbeitnehmer in Konstellationen rechtswidriger Aussperrung könnten hinreichend durch die aus dem arbeitsrechtlichen Schuldverhältnis abgeleiteten Ansprüche gewahrt werden, ohne daß es eines Rückgriffs auf ein absolutes Recht am Arbeitsplatz bedürfe. Dies gilt auch gegenüber dem Argument von *Rupert Scholz*²⁶⁰, die Sozialstaatsrechtsprechung rechtfertige es, den Bestandsschutz des Arbeitsplatzes auf § 823 Abs. 1 BGB zu stützen. Danach sei der Arbeitnehmer dagegen geschützt, daß er den Arbeitsplatz gegen seinen Willen ohne sachbezogene oder als billig und gerecht anerkannte Gründe verliere. Auch wenn nichts dagegen einzuwenden ist, daß der Sozialstaatsgedanke in mittelbarer Drittwirkung auf das Kündigungsrecht ausstrahlt, so brauchen doch die daraus herzuleitenden Ergebnisse nicht auf § 823 Abs. 1 BGB gestützt zu werden, sondern können im allgemeinen Kündigungs- und Kündigungsschutzrecht angesiedelt werden. Am ehesten scheint es noch gerechtfertigt, die absolute Position des Arbeitnehmers aus den vielfältigen Abfindungsansprüchen herzuleiten, die Arbeitnehmern, die ihren Arbeitsplatz verlieren, zuerkannt werden. Zu Recht weist hier jedoch Zöllner darauf hin, daß dingliche Rechtspositionen im allgemeinen mit einem konkursrechtlichen Aussonderungs- oder Absonderungsanspruch gekoppelt sind. Eine solche Verknüpfung fehlt indessen bei Abfindungsforderungen.

Mit dem Recht auf Arbeit befassen sich aus juristischer Sicht *Peter Schwerdtner*²⁶¹, *Rupert Scholz*²⁶² und *Wolfgang Spieker*²⁶³. Spieker sieht in dem Recht auf Arbeit eine Konkretisierung des Sozialstaatsgebotes, das den Verfassungsauftrag enthalte, Vollbeschäftigung sicherzustellen. Auch Scholz betont zu Recht, daß es in einem System einer freiheitlich-sozialen Arbeitsverfassung kein soziales Grundrecht auf Arbeit im Sinne eines Teilhabeanspruches gebe. Das Recht auf Arbeit sei allein im Rahmen der Verfassungsaufträge zur Sozialstaatlichkeit und Wahrung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts mit dem Ziel der Vollbeschäftigung zu realisieren. Schwerdtner schlägt vor, auf die Verwendung des Begriffs »Recht auf Arbeit« zu verzichten, da sich ohnehin alle darin einig seien, daß ein solches »Recht« keinen individuellen, unmittelbaren Leistungsanspruch gebe. Aus volkswirtschaftlicher Sicht äußern sich *Gerhard Kleinhenz*²⁶⁴ und *Bruno Molitor*²⁶⁵ sehr kritisch zur normativen Fixierung eines Rechts auf Arbeit.

260 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 511 (526 ff.).

261 DB 1979, Beilage Nr. 12/79, S. 4.

262 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 511 (526 ff.).

263 WSI-Mitteilungen 1979, S. 156 ff.

264 Das Recht auf Arbeit (1979), S. 14 ff.

265 Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 1979, S. 159 ff.

Unterschiedliche Positionen zum Sinn und Nutzen der Kodifikation des Arbeitsvertragsrechtes beziehen *Peter Schwerdtner*²⁶⁶ und *Otfried Wlotzke*²⁶⁷. *Wlotzke* skizziert die Anforderungen, denen seines Erachtens nach ein Arbeitsvertragsgesetzbuch zu genügen hätte, dessen Funktion er darin sieht, angesichts des Umstandes, daß das Arbeitsvertragsrecht in viele Gesetze zersplittert, lückenhaft geregelt und in vielen Bereichen nicht mehr verfassungskonform sei, Abhilfe zu schaffen. Dem hält *Schwerdtner* entgegen, daß das Argument »Rechtssicherheit und Rechtsklarheit« in einer Zeit nicht mehr als durchschlagend erscheine, in der der Bürger das Recht ohnehin nicht mehr in seinen Feinstrukturen durchschauen könne. Auch für die von Berufs wegen mit dem Arbeitsrecht beschäftigten Personen könne die angestrebte Erleichterung der Tätigkeit leicht in ihr Gegenteil umschlagen. Dem ist freilich entgegenzuhalten, daß gerade eine Kodifikation den Trend zur übersteigerten Ausdifferenzierung der Problemlösungen bremsen und damit per Saldo den Zugang zum Arbeitsrecht erleichtern und Konfliktlösungen beschleunigen könnte. Voraussetzung ist freilich, daß das Arbeitsrecht dogmatisch stabilisiert werden kann. Wenn man das Arbeitsrecht als eine Materie ansieht, die sich in rascher Veränderung befindet, so muß man mit *Schwerdtner* den Wunsch nach einer Kodifikation für verfehlt halten. Die Notwendigkeit einer stabilisierenden Arbeitsrechtsdogmatik unterstreicht *Gerhard Schnorr*²⁶⁸. Es gelte aufzuzeigen, daß Normen auch durch das Gefüge der grundsätzlichen Begriffe, Institutionen und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung legitimiert seien. Darüber hinaus komme der Arbeitsrechtsdogmatik die Aufgabe zu, unter den verschiedenen instrumentalen Möglichkeiten zum Ausgleich gesellschaftspolitischer Spannungsverhältnisse diejenigen auszuwählen, die sich am besten in die Gesamtrechtsordnung einfügen, ohne daß dies zu einer Erstarrung führen dürfe. *Ernst Wolf*²⁶⁹ geht dem Begriff Arbeitsrecht nach.

2. Begriff des Arbeitnehmers

Die Abgrenzung der freien Mitarbeiter von den Arbeitnehmern wurde auch im Berichtszeitraum weiter diskutiert. *Friedbert Rancke*²⁷⁰ führt die Diskussion in einer Analyse der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts fort. Einleitend betont er zutreffend, daß die empirische Basis, auf der derzeit juristische Aussagen gemacht werden, sehr schmal sei, da sie aus der Gesamtheit der von der Abgrenzungsproblematik betroffenen Berufe nur einen kleinen Ausschnitt erfasse. Ebenso wie das Bundesarbeitsgericht ist *Rancke* der Ansicht, daß an einem einheitlichen und umfassenden Arbeitnehmerbegriff festgehalten werden müsse. Andernfalls müßte man nämlich jeder Arbeitsrechtsnorm einen spezifischen Arbeit-

266 ZfA 1979, S. 1 (24 ff.).

267 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 681 ff.

268 RdA 1979, S. 387 ff.

269 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 709 ff.

270 AuR 1979, S. 9 ff.

nehmerbegriff zuordnen. Das sei schon aus Gründen der Rechtssicherheit schwer erträglich und würde zudem den Intentionen des Gesetzgebers zuwiderlaufen. Problematisch seien freilich die Kriterien, anhand derer der für alle Arten von Arbeitnehmern geltende Begriff zu konkretisieren sei. Die Weisungsgebundenheit sei als Konkretisierungsmerkmal untauglich, zumal dann, wenn man den Versuch unternehme, danach zu unterscheiden, ob Weisungen für bestimmte Tätigkeiten typisch seien oder nicht. Wenig brauchbar sei auch das Kriterium der Unterstellung unter eine fremdgerichtete und fremdgeleitete Arbeitsorganisation. Es zeige sich nämlich, daß hierdurch die Fremdbestimmung der Arbeit so unscharf gefaßt werde, daß zwangsläufig widersprüchliche Ergebnisse erzielt werden. Dies gelte erst recht, wenn man jeden als Arbeitnehmer bezeichne, der vom Apparat und Team des Auftraggebers abhängig sei. Diese Abhängigkeit präge heute, wie *Rancke* zu recht hervorhebt, einen Großteil moderner Arbeitsteilung. Für sachgerecht hält *Rancke* hingegen den jüngsten Ansatz in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Es sei darauf abzuheben, ob der Arbeitnehmer unfreiwillig verzichte, wie ein Unternehmer seine Arbeitskraft nach selbstgesetzten Zielen und unter eigenem Risiko am Markt zu verwerten und seine Arbeitsleistung einer anderen Person nach deren Planungs- und Entscheidungsbefugnis überlassen müsse. Damit sei das Bundesarbeitsgericht auf dem richtigen Weg, den Arbeitnehmerbegriff nicht mehr nur formal-organisatorisch oder tätigkeitsspezifisch, sondern aus den wirtschaftlich-sozialen Bedingungen der Arbeitskraftverwertung heraus zu definieren. Allerdings habe das Bundesarbeitsgericht noch keine überzeugenden Konkretisierungsmerkmale gefunden. Die maßgeblichen Abgrenzungsmerkmale ergeben sich *Rancke* zufolge aus der Anwendung sozialwissenschaftlicher Verfahren zur Statusbeschreibung, d. h. mittels eines wertenden Vergleichs altbekannter Arbeitnehmergruppen mit den neu ins Blickfeld kommenden potentiellen Arbeitnehmern. Ob man hieraus ableiten darf, das maßgebliche Kriterium, das den Arbeitnehmer kennzeichne, liege in dem Fehlen einer äußerlich sinnfälligen Manifestation seiner eigenen organisierten Leistungseinheit, die zum Zwecke eigenwirtschaftlicher Tätigkeit eingesetzt werde, erscheint indessen als zweifelhaft, auch wenn der Ansatz *Ranckes* viel für sich zu haben scheint. *Gerhard Picot*²⁷¹ setzt nicht unmittelbar beim Arbeitnehmerbegriff an, sondern versucht die Grundlagen der Begriffsbildung, die ratio der sozialen Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für einen immer größeren Kreis von Personen aufzuhellen. Er vermerkt kritisch, daß der Arbeitnehmerbegriff weder Art noch Umfang des arbeitsrechtlich zu rechtfertigenden Sozialschutzes zu konkretisieren vermöge, da er von einem zu engen Blickwinkel aus gebildet sei. Es müsse nämlich der gesamte von dem arbeitsrechtlichen Schutz- und Ausgleichssystem berührte Personenkreis in die Betrachtung einbezogen werden. Die für die Begrenzung des arbeitsrechtlichen Schutzsystems entscheidende Frage ziele auf die Gründe für die Finanzverantwortlichkeit des Arbeitgebers. Es müsse herausgearbeitet werden, worin die besondere in der Sozial-

271 RdA 1979, S. 16 ff.

verbundenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer liegende Verantwortung des Arbeitgebers liege, da andernfalls nur eine gesamtgesellschaftliche Sozialverantwortlichkeit in Betracht käme. Diese Problemstellung führt freilich möglicherweise nur zu einem Zirkelschluß.

Volker Beuthien²⁷² und Klaus-Peter Martens²⁷³ nehmen in grundlegenden Beiträgen den Arbeitnehmerbegriff im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen Gesellschafts- bzw. Vereinsrecht und Arbeitsrecht unter die Lupe. Martens geht zu-
treffend von der Prämisse aus, daß der Rechtsformzwang, der an sich der Privat-
autonomie zuwiderlaufe, letztlich einen Vertragsinhaltsschutz bezwecke und sich
vorgreifend auf die richtige und angemessene Rechtsformwahl auswirke. Als
erste Voraussetzung des Rechtsformzwanges müsse demnach das auf gesellschafts-
rechtlicher Grundlage geplante Beschäftigungsverhältnis sämtliche Merkmale eines
Arbeitsvertrages erfüllen. Es kann also, wie Beuthien zu Recht hervorhebt, keinen
Mißbrauch der Vertragsfreiheit in dem Sinne geben, daß einem Beschäftigten
ohne sachliche Gründe ein anderer Vertrag als ein Arbeitsvertrag angeboten wird;
denn der Vertrag, der nicht zu den Arbeitsverträgen zählt, ist notwendig inhalt-
lich anders ausgestaltet als ein Arbeitsvertrag. Maßgeblich seien deshalb allein
die tatsächlich gewollten Vertragsinhalte. Haben die Parteien Regelungen ge-
wollt, die sich nur in Form des Arbeitsvertrages realisieren lassen, so sei eben ein
Arbeitsvertrag gewollt. Deshalb gelte Arbeitsrecht nur dort, aber immer dort, wo
die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses vorliegen.

Damit konzentriert sich die Fragestellung darauf, wie Gesellschafts- und Ar-
beitsrecht voneinander abzugrenzen sind, ob das Arbeitsrecht kraft den ihm zu-
grunde liegenden Wertungen den Geltungsbereich des Gesellschaftsrechts zurück-
drängt. Zu Recht meint hier Martens, daß man das Arbeitsrecht nicht extensiv
anwenden dürfe, weil man sonst letztlich die unternehmerische Verwertung der
Arbeitskraft blockieren und die Gesellschaftsbeteiligung den Trägern von Kapital-
vermögen vorbehalten würde. Es sei vielmehr wünschenswert, im Innenverhält-
nis der Gesellschaft die Beteiligung kraft Arbeit der kraft Kapitals weitgehend
gleichzustellen. Beuthien scheint hingegen davon auszugehen, daß der Wertungs-
konflikt im Zweifel zugunsten des Arbeitsrechts gelöst werden müsse. Davon
will er eine Ausnahme dort zulassen, wo die Eigenart des Vereinszwecks die
Anwendung gewisser arbeitsrechtlicher Schutznormen unmöglich mache.

Im einzelnen werden folgende Lösungen vorgeschlagen: Martens will zunächst
aus dem Arbeitsrecht all diejenigen Beschäftigungsverhältnisse ausklammern, in
denen der Beschäftigte die Mehrheit oder zumindest eine Sperrminorität an den
Gesellschaftsanteilen besitze. Im übrigen seien die Grenzen zum Arbeitsrecht, von
Fällen mißbräuchlicher Fallgestaltung abgesehen, unter Berücksichtigung der kon-
kreten gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse sowie der mit dem Beschäftigungsver-
hältnis verbundenen Zielsetzungen abzustecken. Hierfür sei insbesondere die

272 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 1 ff.

273 RdA 1979, S. 347 ff.

Rechtsform der Gesellschaft, das Ausmaß der Rechtsmacht, die der mitarbeitende Gesellschafter innehat, sowie die personelle Konstellation innerhalb der Gesellschaft entscheidungserheblich. Der Einsatz des Arbeitsrechts sei dort unangebracht, wo es an einem Konflikt zwischen Kapital und Arbeit nahezu gänzlich fehle, wie in Fällen, in denen Tendenzträger im Rahmen ideeller Organisationen als Gesellschafter tätig werden. *Beuthien* zieht wohl die Grenzen des Arbeitsrechts etwas weiter, wenn er darauf abhebt, ob der Arbeitspflichtige seine Arbeitsbedingungen wirksam selbst zu beeinflussen vermöge und deshalb als selbständiger Unternehmer nicht sozial schutzbedürftig sei.

*Hugo Seiter*²⁷⁴ geht im Zusammenhang mit dem Arbeitnehmerbegriff den Parallelen in der Entwicklung zwischen Arbeits- und Sozialrecht nach. Er konstatiert, daß das Sozialrecht im Vergleich zum Arbeitsrecht bedeutend dynamischere Züge aufweise.

3. Begründung und Inhalt von Arbeitsverhältnissen

a) Rechtsstellung des Bewerbers

*Rupert Scholz*²⁷⁵ leitet aus dem Sozialstaatsprinzip einen Anspruch eines Arbeitsplatzbewerbers gegen den potentiellen Arbeitgeber auf eine sachbezogene objektivierte Entscheidung über seine Bewerbung her. *Peter Schwerdtner*²⁷⁶ steht hingegen dem Einstellungsanspruch ablehnend gegenüber. Er betont, daß überall dort, wo für die Besetzung eines Postens gewisses Vertrauen erforderlich sei, der Nachweis einer unsachlichen Auswahl schlechterdings nicht zu führen sei. Ferner seien angesichts der Reichweite plausibler Beurteilungskriterien unsachliche Gründe nur schwer auszumachen. Zu berücksichtigen sei auch, daß eine Begrenzung der Abschlußfreiheit mit einer Revision des Kündigungsschutzes einhergehen müßte, um alsbaldige Entlassungen zu verhindern. Einleuchtend erscheint es auch, wenn sich *Schwerdtner* dagegen wendet, einen Einstellungsanspruch unmittelbar auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu stützen.

*Klaus Hümmerich*²⁷⁷ informiert über das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellungen im Lichte der h. M. in Literatur und Rechtsprechung.

b) Befristete und bedingte Arbeitsverhältnisse

*Dirk Neumann*²⁷⁸ referiert anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung über die Wirksamkeit befristeter Arbeitsverträge. Im Gegensatz zum Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts tritt er jedoch dafür ein, die Beweislast dem Arbeitgeber aufzuerlegen. *Harro Plander* und *Volker Schmidt*²⁷⁹ gelangen zu dem Ergebnis, daß das Ziel der Weiterbildung und Förderung des wissenschaftlichen

274 Sozialrechtsprechung, Festschrift 25 Jahre Bundessozialgericht Bd. 2 (1979), S. 515 ff.

275 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 511 (527).

276 DB 1979, Beilage Nr. 12/79, S. 5 f.

277 BB 1979, S. 428 f.

278 Die Information 1979, S. 355 ff.

279 AuR 1979, S. 321 ff.

Nachwuchses ebensowenig wie etwaige Überlast- und Sonderprogramme die Befristung von Arbeitsverträgen wissenschaftlicher Mitarbeiter an staatlichen Hochschulen rechtfertigen. Die Zulässigkeit auflösender Bedingungen im Arbeitsrecht erörtert *Rolf-Dieter Falkenberg*²⁸⁰. Er vertritt die These, daß auflösende Bedingungen generell unwirksam seien.

4. Nebenpflichten im Arbeitsverhältnis

a) Fürsorge- und Treuepflichten

*Peter Schwerdtner*²⁸¹ nimmt im Rahmen eines Besprechungsaufsatzes zu den Treue- und Fürsorgepflichten im Gefüge des Arbeitsverhältnisses Stellung. Seines Erachtens nach liefern die Vertreter der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis nur noch Rückzugsgefechte. Der Gemeinschaftsgedanke könnte allerdings im Zusammenhang mit der unternehmensbezogenen Mitbestimmung neuen Auftrieb erfahren. *Gilbert Kempf*²⁸² polemisiert gegen die Treuepflicht, der er insbesondere ihre Unbestimmtheit vorwirft, ohne zu sehen, daß § 242 BGB auch keine konkreteren Verhaltensmaximen bereithält. Vor allem verkennt er, daß sich aus einer engeren Zusammenarbeit ein größeres Maß an gegenseitiger Rücksichtnahme ergibt, auch wenn man entgegen *Hans Ebert*²⁸³ die Treuepflicht nicht mit dem Argument einer Interessengemeinschaft verteidigen kann.

Besondere Formen der Treuepflicht erörtern *Günter Schaub*²⁸⁴ und *Herbert Buchner*²⁸⁵. *Schaub*, der sich Fragen der Meinungsfreiheit zuwendet, vertritt die Auffassung, die Treuepflicht sei unter Berücksichtigung der Freiheit zur Meinungsäußerung zu konkretisieren. Ein Recht zur Kündigung stehe dem Arbeitgeber grundsätzlich nur zu, wenn konkrete betriebliche Interessen beeinträchtigt seien. Außerhalb des Arbeitsbereiches sei das Recht zur freien Meinungsäußerung keinerlei Beschränkungen unterworfen. *Peter Schwerdtner*²⁸⁶ will selbst konkret schädigende Äußerungen des Arbeitnehmers nicht als Treuepflichtverletzung gewertet wissen, es sei denn, daß sie objektiv den Arbeitsablauf gestört haben. Einem strengerem Pflichtmaßstab unterwirft *Günter Schaub*²⁸⁷ Tendenzträger in Tendenzunternehmen, die sich auch im privaten Bereich nicht in Gegensatz zu der betrieblichen Tendenz setzen dürfen. Ähnliche Fragen untersucht *Herbert Buchner*²⁸⁸ auf breiterer Basis, wenn er der Frage nachgeht, inwieweit Tendenzförderung eine arbeitsrechtliche Pflicht ist. *Buchner* geht von der Feststellung aus, daß es im Arbeitsverhältnis Pflichten des Arbeitnehmers zur Rück-

280 DB 1979, S. 590 ff.

281 ZfA 1979, S. 1 ff.

282 DB 1979, S. 790 ff.

283 DB 1979, S. 1750 ff.

284 RdA 1979, S. 137 ff.

285 ZfA 1979, S. 335 ff.

286 ZfA 1979, S. 1 (32).

287 RdA 1979, S. 137 ff.

288 ZfA 1979, S. 335 ff.

sichtnahme gebe, die ihm über die Erbringung der Arbeitsleistung hinaus im Interesse der Verwirklichung der unternehmerischen Zielsetzungen auferlegen, sich in zumutbarem Umfang dem Arbeitgeber gegenüber loyal zu verhalten. Im einzelnen konkretisiert *Buchner* die Pflichten in der Weise, daß der Arbeitnehmer im Tendenzunternehmen umfassend Rücksicht auf die Tendenz zu nehmen habe, um die Glaubwürdigkeit nach außen zu erhalten und die Vertrauensbasis im Inneren nicht zu erschüttern. Weniger weitreichend sei die Bindung des Arbeitnehmers im Presseunternehmen. Diese Arbeitnehmer müßten sich nur die Fähigkeit zur überzeugenden Darstellung der von ihnen zu vertretenden Linie bewahren. In sonstigen Unternehmen mit allgemein wirtschaftlichen Zielsetzungen ergebe sich aus dem Gebot widerspruchsfreien Verhaltens, daß die Arbeitnehmer auch in ihrem privaten Bereich der Unternehmenszielsetzung z. B. nicht in Verbänden oder Parteien entgegenarbeiten dürften, soweit sie ihre Arbeitsleistung dieser konkreten Zielsetzung arbeitsvertraglich zugeordnet haben. Weiterreichende Bindungen sollen für leitende Angestellte gelten. Nicht ganz überzeugend erscheint das von *Buchner* befürwortete Ausmaß der Loyalitätspflichten gegenüber sonstigen Unternehmenszielen. Dem Argument, der Arbeitnehmer, der den Unternehmenszielen kritisch gegenüberstehe, habe sich freiwillig zur Tätigkeit im Unternehmen entschlossen, könnte man entgegenhalten, daß im Bereich des Arbeitsrechts die privatautonome Entscheidung eine vergleichsweise geringe Legitimationskraft besitzt. Genauerer soziologischer Analyse bedürfte es, inwieweit eine sachgerechte und reibungslose Zusammenarbeit im Betrieb davon abhängt, daß sich ein nicht-leitender Arbeitnehmer im privaten Bereich in Konfrontation zu den Unternehmenszielen begibt.

b) Gleichbehandlungsgebot

Im Rahmen einer Abhandlung zur Arbeitsverfassung kommt *Rupert Scholz*²⁸⁹ auf das Gleichbehandlungsgebot zu sprechen. Seiner Ansicht nach ist es wenig einleuchtend, wenn man das Gleichbehandlungsgebot bewußt vom verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz abhebt. Seine Funktion liegt nach Ansicht *Klaus-Peter Martens*²⁹⁰ weniger darin, für Verteilungsgerechtigkeit im Rahmen eines Gemeinschaftsverhältnisses zu sorgen, als vielmehr, die Macht des Arbeitgebers zu bändigen.

*Peter Hanau*²⁹¹ streift die Frage, inwieweit ein Betriebsrat, der einen auch leitende Angestellte berücksichtigenden Sozialplan vereinbare, in Erfüllung des Gleichbehandlungsgebotes tätig werde. *Hanau* hebt hervor, daß eine Anwendung des Gleichbehandlungsgebotes nicht gesetzlich angelegte Differenzierungen vernachlässigen dürfe. So sei es bedenklich, wenn man dem Arbeitgeber mit Hilfe des Gleichbehandlungsgebots vorschreibe, an alle Arbeitnehmer Tariflöhne zu

289 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 511 (538).

290 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 367 (371 ff.).

291 RdA 1979, S. 324 ff.

zahlen, da man dann letztlich Außenseitern ohne Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Tarifvertrages das Unterbieten der Tariflöhne verwehren würde. Im Hinblick auf leitende Angestellte will *Hanau* differenzieren. Grundsätzlich sei das Gleichbehandlungsgebot nicht in dem Sinne anzuwenden, daß die vom Betriebsrat ausgehandelten Vorteile auch leitenden Angestellten zugute kommen müßten, da sonst der Betriebsrat als Interessenvertretung der leitenden Angestellten fungieren würde. Es müsse verhindert werden, daß die leitenden Angestellten ihre Interessen in den Betriebsrat einbringen könnten. Anders sei die Situation hingegen bei Sozialplänen. Hier sei, falls der Betrieb stillgelegt werde, der Interessengegensatz, der in § 5 Abs. 3 BetrVG dazu geführt habe, den leitenden Angestellten eine Sonderstellung zu verschaffen, erloschen. Andererseits ent falle mit der Stilllegung des Betriebes in der Regel auch die Basis der individuellen Verhandlungsmacht der leitenden Angestellten.

Besondere Aktualität hat das Gleichbehandlungsgebot im Berichtszeitraum durch den Referentenentwurf eines Gesetzes über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz gewonnen, mit dem sich *Gerhard Binkert*²⁹², *Karlheinz Kappes*²⁹³, *Rolf Seeland*²⁹⁴ und *Günther Trieschmann*²⁹⁵ auseinandersetzen. Der Entwurf wird von unterschiedlichen Ausgangspositionen aus kritisiert. Während *Kappes* den Entwurf für überflüssig, ja für schädlich hält, weil die Beweislastregelung unklar sei, der Arbeitgeber gezwungen werde, schonungslos die negativen Eigenschaften abgelehnter Bewerber aufzudecken, und er die Bürokratie fördere, moniert *Binkert*, daß die Arbeitnehmer durch die vorgesehene Beweislastverteilung gezwungen würden, ins Blaue hinein Tatsachen zu behaupten. Außerdem sei es schwer vorstellbar, welche Schäden nach Maßgabe des Gesetzes ersetzt verlangt werden könnten. Im übrigen sei zu bedenken, daß der Arbeitgeber, der bestimmte Geschlechter diskriminiere, alle Bewerber eines bestimmten Geschlechtes abgelehnt haben werde. Ein(e) abgelehnte(r) Bewerber(in) werde deshalb kaum nachweisen können, daß gerade er (sie) unter den diskriminierten Bewerbern(innen) angestellt worden wäre, wenn das Geschlecht keine Rolle gespielt hätte. Ähnliche Bedenken erhebt auch *Seeland*, der es daher für wünschenswert erklärt, in Anlehnung an die in den USA praktizierte Regelung Quoten einzuführen und eine Kontrollorganisation einzurichten.

c) Einzelfragen

Mit den bedingten Wettbewerbsverboten setzt sich *Wolfgang Grunsky*²⁹⁶ auseinander. Er hält dem Bundesarbeitsgericht vor, daß es entweder diejenigen Ar-

292 JZ 1979, S. 747 ff.

293 der arbeitgeber 1979, S. 1394.

294 Aus der Politik und Zeitgeschichte 1979, S. 43 ff.

295 RdA 1979, S. 407 ff.

296 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 153 ff.

beitnehmer benachteilige, die an die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbotes geglaubt hätten, oder aber den Arbeitnehmern zu viel verschaffe, wenn es ihnen ein Wahlrecht zwischen Wettbewerbsfreiheit und Karenzentschädigung gebe. Nur der Arbeitnehmer, der zu Unrecht davon ausgegangen sei, daß er den Wettbewerb zu unterlassen habe, sei schutzwürdig. Dieser Schutz sei auf dem Weg über die c.i.c. und den Bereicherungsausgleich zu erreichen. Allerdings scheint bei diesem Ansatz die Ermittlung des Schadens erhebliche Schwierigkeiten zu bereiten. *Jobst-Hubertus Bauer*²⁹⁷ erörtert den Einfluß der Kündigung auf das Wettbewerbsverbot.

*Wolfgang Hromadka*²⁹⁸ geht der Geschichte der Arbeitsordnungen nach. Er charakterisiert sie als eine Geschichte des Ausgleichs zwischen den Ideen des Liberalismus und dem Gedanken des Arbeitsschutzes.

*Günther Dasske*²⁹⁹ stellt die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen der Gewährung einer Arbeitnehmersparzulage sowie insbesondere die Aufzeichnungs- und Mitteilungspflichten des Arbeitgebers dar. Über die Zinsen im Arbeitsrecht informiert *Achim Lepke*³⁰⁰. *Klaus Kusch*³⁰¹ untersucht die Frage, ob Arbeitnehmer, denen versehentlich zu viel Lohn gezahlt worden war und die sich dann auf den Wegfall der Bereicherung berufen, gegebenenfalls Schadensersatz zu leisten haben. Er beantwortet die Frage mit einem Umkehrschluß aus § 87 Abs. 2 BBG. Im Hinblick auf die Tilgung von Vermerken über Disziplinarmaßnahmen in Personalakten legt *Dieter Brettschneider*³⁰² dar, daß ein privater Arbeitgeber, von Normen des Datenschutzes abgesehen, nicht gehalten sei, den Arbeitnehmer belastende Vorgänge nach Ablauf einer bestimmten Zeit aus der Personalakte zu entfernen. Mit Problemen der schadensgeneigten Arbeit beschäftigt sich *Karl Riedmaier*³⁰³. Er ist der Meinung, daß man bei dem Erfordernis der besonderen Gefahrenneigung stehenbleiben sollte. *Wolfgang Schmidt-Futterer* und *Hubert Blank*³⁰⁴ informieren umfassend zum Thema Werkswohnung. *Hans Heilmann*³⁰⁵ berichtet über Probleme aus dem Bereich des Gesetzes über das Konkursausfallgeld. Er hebt eindringlich hervor, daß die den Arbeitnehmern als Massegläubigern eingeräumten Rechte vielfach ins Leere stießen, weil mangels Vorschußzahlung kein Konkursverfahren eröffnet werde.

297 DB 1979, S. 500 ff.

298 ZfA 1979, S. 203 ff.

299 BB 1979, Beilage Nr. 1/79.

300 AR-Blattei, Zinsen I.

301 Die Personalvertretung 1979, S. 103 ff.

302 Die Personalvertretung 1979, S. 32 ff.

303 BB 1979, S. 1513.

304 AR-Blattei, Werkswohnung I.

305 BB 1979, S. 275 ff.

5. Leistungsstörungen

a) Allgemeines

*Peter Hanau*³⁰⁶ behandelt ein Problem, das durch die staatliche Lenkung der Ausländerbeschäftigung entstanden ist. Einleuchtend legt er dar, daß die unerlaubte Beschäftigung von Ausländern nicht gemäß § 134 BGB i. V. mit den §§ 19, 229 AFG zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrages führe, da nicht der Vertragsschluß als solcher, sondern lediglich die Beschäftigung verboten sei. Er begründet dies mit dem Argument, daß eine Nichtigkeit des Vertrages für den Arbeitgeber einen noch größeren Anreiz mit sich bringen würde, Arbeitnehmer ohne die notwendige Arbeitserlaubnis zu beschäftigen, als dies ohnehin der Fall sei. Es stellt sich aber die Frage, ob der Arbeitsvertrag nicht wegen rechtlicher Unmöglichkeit gemäß §§ 306, 309 BGB unwirksam sei. *Hanau* lehnt die Anwendung dieser Vorschriften hauptsächlich mit dem Argument ab, daß es widersprüchlich wäre, den Vertrag gemäß § 306 BGB als nichtig zu behandeln, obwohl der Vertrag im Lichte des § 134 BGB gültig wäre. Der durch das Beschäftigungsverbot hervorgerufenen Zweckstörung sei vielmehr durch eine analoge Anwendung der §§ 275, 325 BGB Rechnung zu tragen, wobei die Rechtsfolgen dieser Normen dahin zu modifizieren seien, daß die Hauptpflichten nicht aufgehoben, sondern lediglich wegen zeitweiser Unmöglichkeit suspendiert werden. Sosehr das Ergebnis einleuchtet, so wenig vermag auf den ersten Blick die Begründung zu überzeugen. Es ist keineswegs so, daß § 134 BGB in Relation zu § 306 BGB die Spezialnorm ist. § 306 BGB ergänzt vielmehr den § 134 BGB in den Fällen, in denen zwar nicht die Verpflichtung zur Leistung, wohl aber Erbringung der Leistung gegen das gesetzliche Verbot verstößt. Da das Leistungshindernis beiden Parteien bei Vertragsschluß erkennbar ist, ist grundsätzlich die Nichtigkeit gemäß § 306 BGB die angemessene Rechtsfolge. Freilich muß ein im Moment des Vertragsschlusses bestehendes gesetzliches Verbot der Leistungserbringung nicht zwangsläufig die Rechtsfolgen der anfänglichen Unmöglichkeit auslösen. Es ist nämlich immer zu berücksichtigen, daß das Verbot nachträglich wegfallen kann. Gerade bei Verboten mit Genehmigungsvorbehalt sind daher die Regeln über die nachträgliche Unmöglichkeit heranzuziehen, falls mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, daß eine Genehmigung der Leistungserbringung erfolgt. Ist eine solche Genehmigung gänzlich unwahrscheinlich, so kann eine Anwendung des § 306 BGB nur dadurch ausgeschaltet werden, daß man ihn, gestützt auf den Zweck der Verbotsnorm, restringiert. Zu der durch das Beschäftigungsverbot ausgelösten Suspensivwirkung führt *Hanau* aus, daß es beiden Arbeitsvertragsparteien frei stehe, die Beschäftigung einzustellen und damit die Suspendierung herbeizuführen. *Erwin Radek*³⁰⁷ sieht in der Kündigung die richtige Rechtsfolge, falls den Arbeitspflichten wegen eines Beschäftigungsverbots aus gesundheitlichen Bedenken nicht nachgekommen werden kann.

306 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 169 ff.

307 Die Berufsgenossenschaft 1979, S. 225 ff.

b) Betriebsrisikolehre

Intensiv diskutiert wurden im Berichtszeitraum Fragen des Betriebsrisikos. Dabei ging es im Gefolge der Arbeitskämpfe des Jahres 1978 ausschließlich um Probleme arbeitskampfbedingter Betriebsrisiken, die eigentlich in den Zusammenhang des Arbeitskampfes gehören, die aber vielfach noch individualarbeitsrechtlich behandelt werden.

Kritisch durchleuchtet *Eduard Picker*³⁰⁸ die Betriebsrisikolehre in ihrer derzeit am meisten verbreiteten Ausprägung. Er wirft ihr vor, daß sie bei der Lösung arbeitskampfrechtlicher Probleme Individual- und Kollektivarbeitsrecht vermenge, obwohl beides sauber zu trennen sei. Insbesondere mißachte sie das Selbstbestimmungsrecht, denn sie rechne einzelnen Arbeitnehmern die Folgen von Streiks zu, obwohl sie daran nicht teilnehmen und auch nicht teilnehmen wollen. Darin liege eine Verletzung des negativen Koalitionsrechts. Mit dem gleichen Argument müßte *Picker* aber auch dazu kommen, daß die Aussperrung von Außenseitern unzulässig sei. Ferner hält er der heutigen Betriebsrisikolehre vor, daß sie auch gedanklich unstimmig sei. Die ihr zufolge ausschlaggebenden Zurechnungskriterien stünden nämlich in keiner sachlichen und rechtlichen Beziehung zum Störungstatbestand. Zu einleuchtenden Lösungen werde man daher – wie *Picker* zu Recht betont – nur gelangen, wenn man die mit dem Arbeitskampf zusammenhängenden Fragen von den individualrechtlichen Problemen der Leistungsstörung abschichte. Im Hinblick auf das individualrechtlich strukturierte Betriebsrisiko kommt *Picker* in einer historischen Analyse der Tragweite der §§ 323, 615 BGB zu dem Resultat, daß grundsätzlich der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen habe. Eine Ausnahme gelte für neutrale Störungen. So trete die in § 323 BGB vorgesehene Risikoverteilung wieder in den Vordergrund, wenn dem Arbeitgeber die Möglichkeit genommen werde, für die Funktionsfähigkeit seines Betriebes zu sorgen, weil die Rechtsordnung durch Zulassung von Streiks den kampfberechtigten Gruppen die Möglichkeit eröffnen habe, in den Arbeitsprozeß fremder Betriebe einzugreifen. Der Arbeitgeber sei dann nicht mehr in Hinblick auf das Leistungssubstrat »Betrieb« der »dominus«, zu dessen Lasten zufällige Leistungsstörungen gingen. Konsequenterweise müßte *Picker* dann aber auch bei hoheitlichen Arbeitsverboten einen Lohnanspruch der Arbeitnehmer entfallen lassen. Im Hinblick auf das Wirtschaftsrisiko, das durch einen Rückgriff auf § 323 BGB nicht sachgerecht verteilt werden kann, deklariert *Picker* die Weigerung des Arbeitgebers, den Lohn fortzuzahlen, als eine Variante einer Aussperrung. *Theo Mayer-Maly*³⁰⁹ greift einzelne Gedanken *Pickers* auf. Auch er ist der Ansicht, daß es nicht bei der allgemeinen Risikoverteilung des BGB bleiben könne, weil die Rechtsordnung es selbst ermöglicht habe, daß an sich voll funktionsfähige Betriebe stillgelegt werden müssen. Zusätzlich führt er das Argument ins Feld, daß in einem solchen Fall die Nachteile auf beide Seiten an-

308 JZ 1979, S. 285 ff.

309 BB 1979, S. 1305 ff.

nähernd gleichmäßig verteilt werden müssten. Außerdem sei zu berücksichtigen, daß die Betriebsrisikolehre, wie sie seit Jahrzehnten judiziert werde, als Gewohnheitsrecht zu qualifizieren sei. Im Unterschied zu *Picker* erstreckt *Mayer-Maly* die Betriebsrisikolehre zu Recht auch auf arbeitskampfbedingte Wirtschaftsrisiken. Auch *Manfred Lieb*³¹⁰ will das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko im Rahmen arbeitskampfbedingter Störungen in Drittbetrieben gleichbehandelt wissen. Er bezeichnet die Lohnverweigerung nach den Grundsätzen der Betriebsrisikolehre ebenso wie *Wilhelm Dütz*³¹¹ als eine Rechtsfigur, die von der Aussperrung nach Voraussetzungen und Rechtsfolgen scharf abzugrenzen sei. Die Richtigkeit der überkommenen Betriebsrisikolehre stützt *Lieb* vorwiegend darauf, daß man ausschließlich in Hinblick auf die nicht-arbeitskampfbedingten Störungen von § 323 BGB abgewichen, im übrigen aber bei der in § 323 BGB angelegten Risikoverteilung stehengeblieben sei. Dieser Rechtslage habe der Gesetzgeber in § 116 AFG Rechnung getragen und dadurch zu erkennen gegeben, daß er einen Schutz vor den Fernwirkungen von Arbeitskämpfen nur im Rahmen des Arbeitsförderungsgesetzes für angemessen halte. *Lieb* leitet demnach aus § 116 AFG eine Stütze der überkommenen Betriebsrisikolehre ab, während *Mayer-Maly*³¹² sowie *Kalb*³¹³ ihm lediglich entnehmen, daß er zu keiner Modifikation der Betriebsrisikolehre zwingt, da er lediglich die Neutralität des Staates regelt.

Zum Kreis derjenigen, die die überkommene Betriebsrisikolehre in Gestalt der Sphärentheorie verteidigen, zählt ferner *Rolf-Achim Eich*³¹⁴. An der jüngsten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kritisiert er ebenso wie *Lieb*³¹⁵, daß sie von dem Arbeitgeber zu viel an vorausschauender Planung und Flexibilität fordere. Seiner Meinung nach verleihen die tarifbereichsübergreifenden Vorteile jeder Tarifentwicklung der Sphärentheorie ihre heutige Legitimation. Dagegen wendet *Mayer-Maly* ein, daß die Vermutung einer Besserstellung der Arbeitnehmer irrelevant sei. Die Betriebsrisikolehre gründe vielmehr auf dem Zusammenhalt von Privatrechtsordnung und Arbeitskampfrecht. Im Gegensatz zu *Heinz-Jürgen Kalb*³¹⁶, der im Einzelfall darauf abstellen will, inwieweit ein umkämpfter Tarifvertrag Modellcharakter habe, hält *Mayer-Maly* eine derartige am Einzelfall orientierte Betrachtungsweise für unpraktikabel. In diese Richtung tendiert auch *Eich*³¹⁷, wenn er die Parität der Arbeitskampfparteien ins Spiel bringt und das Ausweichen auf Sympathieaussperrungen ablehnt, weil dadurch der Arbeitskampf eskaliert werde.

310 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 327 ff.

311 DB 1979, Beilage Nr. 14/79, S. 1 (10 ff.).

312 BB 1979, S. 1305 ff.

313 BB 1979, S. 1829 ff.

314 DB 1979, Beilage Nr. 9/79, S. 1 (6 ff.).

315 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 327 ff.

316 BB 1979, S. 1829 ff.

317 DB 1979, Beilage Nr. 9/79, S. 1 (2).

Größere Korrekturen an der Sphärentheorie schlägt *Wilhelm Dütz*³¹⁸ vor. Er differenziert zwischen arbeitskampfbезogenen Störungen in Betrieben, die sich im umkämpften Tarifbereich befinden, und solchen, die außerhalb dieses Bereichs gelegen seien. Bei den im umkämpften Tarifbereich gelegenen Betrieben entfalle der Lohnausgleich bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung auch dann, wenn die Leistungsstörung durch eine Aussperrung ausgelöst worden sei. Außerhalb des umkämpften Tarifbereichs sei ein Lohnentzug nach Betriebsrisikogrundsätzen ebenso unzulässig wie eine (Sympathie-)Aussperrung. Die Kampfparität werde durch diese Lösung nicht geschwächt, da die Unternehmer durch Vorratshaltung und andere Maßnahmen ausreichend Vorkehrungen gegen die Auswirkungen von Arbeitskämpfen zu tätigen imstande seien. Ferner besäßen sie die Möglichkeit der Kurzarbeit und Massenentlassung. Dieser Risikoverteilung stehe auch § 116 AFG nicht entgegen, weil er lediglich einen sozialrechtlichen Ausgleich für die allein arbeitskampfrechtlich zu beurteilenden Lohnausfälle bringe.

Eng mit der Problematik des Betriebsrisikos verknüpft ist die Frage, ob die Arbeitnehmer, denen nach h. M. in mittelbar kampfbetroffenen Gebieten der Lohn nicht weitergezahlt zu werden braucht, unter Umständen Kurzarbeitergeld oder gegebenenfalls Arbeitslosengeld beanspruchen dürfen. Die Frage wird von *Friedrich Jülicher*³¹⁹, *Manfred Lieb*³²⁰ und *Heinz-Jürgen Kalb*³²¹ zugunsten des Kurzarbeitergeldes entschieden. *Kalb* begründet dies damit, daß der im Arbeitskampf von seiner Beschäftigung lediglich suspendierte Arbeitnehmer nicht arbeitslos sei. Hingegen meint *Jülicher*, ausschlaggebend sei diejenige Lösung, die den Interessen aller Beteiligten am besten gerecht werde. Dies sei das Kurzarbeitergeld, obwohl der Arbeitgeber weiterhin die Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung tragen müsse. Zum Ausgleich erhalte er den Vorteil, daß er die eingearbeitete Belegschaft behalte.

c) Lohnfortzahlung

*Paul Hofmann*³²² sucht die Interpretation des Begriffs »Verschulden« in denjenigen Vorschriften besser zu fundieren, die die Fortzahlung des Entgelts im Krankheitsfall regeln. Er sieht in der Einschränkung der Lohnzahlungspflicht im Falle des Verschuldens eine Reaktion der Rechtsordnung auf widersprüchliches Verhalten. Es komme daher auf die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt an, nicht auf irgendwelche subjektiven Sorgfaltsmaßstäbe. In Hinblick auf den zurechenbaren Verschuldungsgrad meint *Hofmann*, daß der Arbeitgeber vom Lohnfortzahlungsrisiko weitgehend befreit wäre, wenn ihn schon

318 DB 1979, Beilage Nr. 14/79, S. 1 (10 ff.).

319 RdA 1979, S. 340 ff.

320 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 327 (341 ff.).

321 BB 1979, S. 1829 ff.

322 ZfA 1979, S. 275 ff.

jede leicht fahrlässig verursachte Krankheit entlasten würde. Der Begriff »Verschulden« in §§ 616 BGB, 63 HGB, 1 LFZG sei daher im Wege einer teleologischen Reduktion als grobes Verschulden zu verstehen. Entgegen der h. M. trage der Arbeitnehmer die Beweislast, wobei ihm freilich der Beweis des ersten Anscheins zugute komme. *Dirk Korkhaus*³²³ zählt im Einklang mit der Rechtsprechung die Trunksucht zu den Krankheiten, die aber nicht schon deshalb verschuldet sei, weil ein »verständiger Mensch« wisse, daß übermäßiger Alkoholkonsum über längere Zeiträume hinweg zur Sucht führe. *Manfred Löwisch*³²⁴ nimmt die inzwischen teilweise überholte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung bei Pflege eines erkrankten Kindes zum Anlaß einer kritischen Stellungnahme. Aus der Entstehungsgeschichte der §§ 63 Abs. 1 HGB, 133 c GewO leitet er ab, daß nur in solchen Fällen die Lohnfortzahlungspflicht für unabdingbar erklärt werden sollte, in denen der Angestellte selbst erkrankt ist. Der Anspruch auf bezahlte Freistellung zur Pflege eines Kindes, aber auch anderer Angehörigen sei mithin abdingbar. Bei mehrfacher Erkrankung lasse sich nicht ohne weiteres der Anspruch analog § 185 c Abs. 2 RVO auf eine Freistellung im Kalenderjahr beschränken. Im Rahmen des § 616 BGB komme es vielmehr auf die Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses an. Im übrigen seien Korrekturen nur mit Hilfe des »Verschuldens«-Kriteriums möglich. *Dieter Gaul*³²⁵ lokalisiert die verfassungswidrige Ungleichbehandlung zwischen den verschiedenen Gruppen der Arbeitnehmer im Falle der Lohnfortzahlung nicht bei der unterschiedlichen Ausgestaltung der §§ 63 HGB, 133 c GewO einerseits und § 616 BGB andererseits, sondern bei der Rückgriffsregel des § 185 c RVO.

Die Grenzen der Abdingbarkeit zwingender arbeitsrechtlicher Normen untersucht *Paul Hofmann*³²⁶ am Beispiel des § 9 LohnFG. Er läßt Vorschriften aus den verschiedensten Bereichen unter dem Aspekt der Abdingbarkeit Revue passieren und kommt zu dem Ergebnis, daß eine Einheitslösung nicht sachgerecht wäre. Die Grenzen der Abdingbarkeit seien vielmehr aus dem Zweck der einzelnen Vorschriften abzuleiten. Bezogen auf den § 9 LohnFG folge hieraus, daß der Arbeitnehmer vor dem Druck des Arbeitgebers geschützt werden müsse, der im besonderen Maße daran interessiert sei, Lohn nicht ohne Arbeitsleistung zahlen zu müssen. Ein Verzicht auf die Lohnfortzahlungsansprüche sei daher mit dem Wegfall der Drucksituation, d. h. regelmäßig mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, möglich. Dieser Lösung stehe auch nicht der Umstand entgegen, daß der Arbeitnehmer Krankengeld erhalten könne, da sich ein Arbeitnehmer, der auf den Lohn verzichtet habe, kraft des Verbots widersprüchlichen Verhaltens so behandeln lassen müsse, als ob ihm der Lohn fortgezahlt worden sei. § 189 RVO sei dementsprechend zu restringieren. In gewissem Gegensatz zu diesem Lösungs-

323 BB 1979, S. 377 ff.

324 DB 1979, S. 209 ff.

325 DB 1979, S. 212 ff.

326 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 217 ff.

vorschlag steht die These, daß § 9 LohnFG unbeschränkt eingreife, falls die Parteien den Arbeitsvertrag einverständlich aufheben.

Karl Riedmaier³²⁷ befürwortet die pauschalierte Berechnung von Verdienstausschlägen von Arbeitnehmern, die auf den Arbeitgeber übergegangen sind.

6. Betriebsübergang

Dieter Gaul³²⁸ und Achim Lepke³²⁹ suchen insbesondere den Kreis der von § 613 a BGB erfaßten Arbeitsverhältnisse näher zu bestimmen. Gaul erhebt die rechtliche und wirtschaftliche Bindung an ein Unternehmen zum ausschlaggebenden Abgrenzungsmerkmal. Anders als Lepke eröffnet er daher auch arbeitnehmerähnlichen Personen den Schutz des § 613 a BGB. Beide Autoren sowie Alfons Kraft³³⁰ sind der Ansicht, daß sich Arbeitnehmer, die sich bereits bei Betriebsübergang im Ruhestand befanden, nicht auf § 613 a BGB berufen dürfen. Der notwendige Insolvenzschutz erfolge durch den Pensionssicherungsverein.

Alfons Kraft³³¹ kritisiert unter anderem die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Begriff des Betriebsteiles. Ein Betriebsteil im Sinne des § 613 a BGB liege nur vor, wenn ein funktionelles, wirtschaftlich einen Eigenwert repräsentierendes Einzelelement, mit dessen Hilfe unter dem Einsatz von Arbeitnehmern ein abgrenzbarer arbeitstechnischer Teilzweck verfolgt werden kann, veräußert werde.

Sowohl Wolfgang Gitter³³² als auch Alfons Kraft bezeichnen die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers bei rechtsgeschäftlichem Betriebsinhaberwechsel als völlig verfehlt. Sie sei weder vom Wortlaut des § 613 a BGB noch von der Entstehungsgeschichte her haltbar. Auch eine unzumutbare Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers sei angesichts der Freiheit zu kündigen nicht zu besorgen, zumal derjenige Arbeitnehmer regelmäßig in weit höherem Maß persönlich betroffen sei, dessen Vorgesetzter wechsele, ohne daß daraus ein Widerspruchsrecht abgeleitet werde. In die gleiche Kerbe schlägt Jochem Schmitt³³³. Er arbeitet die Parallelen zwischen § 613 a BGB und § 571 BGB heraus, der ebenfalls kein Widerspruchsrecht des Mieters kenne. Dem Bundesarbeitsgericht, das es abgelehnt hat, § 613 a BGB zu § 571 BGB in Beziehung zu setzen, hält er vor, daß auch Mietverhältnisse persönlichkeitsbezogen, andererseits aber Arbeitsverhältnisse auch objektsbezogen sind. Dies ist sicher zutreffend, doch läßt sich kaum bestreiten, daß Arbeitsverhältnisse die Persönlichkeit des Arbeitnehmers regelmäßig stärker tangieren, als dies bei der durchschnittlichen Miete der Fall ist.

327 BB 1979, S. 330 ff.

328 BB 1979, S. 1666 ff.

329 BB 1979, S. 526 ff.

330 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 299 ff.

331 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 299 ff.

332 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 133 ff.

333 ZfA 1979, S. 503 ff.

Eine eingehende Untersuchung haben *Herbert Wiedemann* und *Heinz Josef Willemssen*³³⁴ der Frage gewidmet, in welchem Umfang § 613 a BGB im Konkurs anwendbar ist. *Wiedemann/Willemssen* zufolge greift § 613 a BGB grundsätzlich auch im Konkurs ein. Dies ergebe sich zum einen daraus, daß der Gesetzgeber mit Hilfe des § 613 a BGB den Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen erweitern wollte. Es sollte die Lücke geschlossen werden, die daraus resultiere, daß die Regelungen über den Sozialplan (§§ 111 ff. BetrVG) bei Betriebsveräußerungen nicht gelten. Zum anderen stelle § 613 a BGB eine Haftungsnorm dar. Der gesetzliche Schuldbeitritt des Übernehmers sei allerdings nicht umfassend. In Parallele zu den §§ 25 Abs. 1 HGB und 419 BGB brauche der Erwerber, der den Betrieb vom Konkursverwalter erworben habe, nicht für rückständige Arbeitnehmerforderungen einzustehen. Insoweit hätten die spezielleren insolvenzrechtlichen Regeln den Vorrang. Auch *Kraft*³³⁵ sieht keine durchschlagenden Gründe, § 613 a BGB derart zu restringieren, daß die Norm auf Veräußerungen durch den Konkursverwalter schlechthin unanwendbar werde, obgleich er eine Restriktion für zweckmäßig hält.

Wenn man bei einer Betriebsveräußerung im Konkurs die Haftung des Erwerbers für rückständige Ansprüche verneint, so stellt sich das weitere Problem, ob Versorgungsanwartschaften zu den rückständigen Ansprüchen zu zählen sind. Dieses Problem lösen *Wiedemann/Willemssen*, indem sie zwischen der ratierlich erdienten Anwartschaft und der Versorgungszusage als solcher sowie den damit verbundenen Chancen unterscheiden. Für die ratierlich erdienten Anwartschaften habe in Höhe der darauf entfallenden Pension der Pensionssicherungsverein unter Rückgriff auf die Konkursmasse einzustehen. Der Betriebserwerber habe hingegen für die Zukunft die bestehenden Versorgungszusagen in derselben Art und Weise fortzuführen, wie dies bei einer Fortsetzung des Betriebes durch den Gemeinschuldner der Fall gewesen wäre.

*Gerhard Binkert*³³⁶ nimmt zu einem Entwurf einer Neufassung des § 613 a BGB Stellung. Er kritisiert, daß die Vorschrift Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung gleichbehandle und das Problem der Fortgeltung betrieblicher Tarifnormen übersehe. Letztlich sei der Entwurf jedoch haltbar, da aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht abgeleitet werden dürfe, daß Koalitionsfremde von der Normsetzungsmacht überhaupt nicht tangiert werden dürften. *Wilhelm Herschel*³³⁷ befürwortet die Anwendung des Rechtsgedankens des § 613 a BGB auf die Haftung durch Rechtsgeschäft des aus einer Personengesellschaft ausscheidenden Gesellschafters. Der Gesellschafter sei gewissermaßen Arbeitgeber zur gesamten Hand gewesen. § 613 a BGB stelle im Vergleich zur gesellschaftsrechtlichen Haftung die speziellere Norm dar.

334 RdA 1979, S. 418 ff.

335 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 299 (305).

336 JZ 1979, S. 747 ff.

337 BStSozArbR 1979, S. 33 ff.

7. Betriebliche Altersversorgung

Wolfgang Blomeyer³³⁸ untersucht die Grundstrukturen des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG), indem er dem Zusammenwirken von Arbeitsrecht und Versicherungsrecht im Rahmen der zur betrieblichen Altersversorgung getätigten Direktversicherung nachgeht. Im Verhältnis zwischen dem Arbeitsrecht und dem Versicherungsrecht arbeitet er eine Art Abstraktionsprinzip heraus. Die Trennung von Versicherungs- und Arbeitsverhältnis sei sachgerecht, da eine Übertragung der arbeitsrechtlichen Schutzprinzipien auf die Direktversicherung die Gleichbehandlung im Rahmen der Versichertengemeinschaft gefährden würde. Dagegen mag man freilich einwenden, daß der Einbau arbeitsrechtlicher Elemente in das Versicherungsverhältnis letztlich nur eine Frage einer Neukalkulation der Versicherungsrisiken für eine bestimmte Gruppe darstellt. Im einzelnen hebt Blomeyer als Ausprägung des Abstraktionsprinzips die Tatsache hervor, daß das Verbot des Widerrufs einer Bezugsberechtigung aus versicherungsrechtlicher Sicht irrelevant sei. Der Arbeitnehmer besitze nur einen Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber. Ferner seien aufgrund des Abstraktionsprinzips und, weil der Gesetzgeber dem Arbeitgeber Finanzierungserleichterungen verschaffen wollte, Abtretungen und Beleihungen der versicherungsrechtlichen Anwartschaft zulässig. Entgegen dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 Satz 5 BetrAVG könne der Arbeitgeber auch den Rückkaufswert für sich in Anspruch nehmen. In einer weiteren den Grundfragen der betrieblichen Altersversorgung gewidmeten Abhandlung beschäftigt sich Wolfgang Blomeyer³³⁹ mit den Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung des BetrAVG. Er führt zu diesem Zweck die Unterscheidung zwischen kodifikatorischen und statutarischen Elementen des Gesetzes ein. Zur ersten Kategorie zählt er jene Grundprinzipien des Gesetzes, die konsequent durchgehalten werden, sowie diejenigen Bestimmungen, die einen klar umrissenen Sachverhalt abschließend regeln. Soweit der Gesetzgeber in diesem Sinne kodifikatorisch tätig geworden sei, seien die Richter gebunden. Als kodifikatorisch qualifiziert Blomeyer z. B. die Wertung, daß Ruhegelder auch als Gegenleistung für die erbrachte Arbeit anzusehen seien. Ein großer Teil der Materie des BetrAVG wird von Blomeyer indessen zu den statutarischen Bestimmungen gerechnet, die nicht als abschließende Regelungen konzipiert seien und daher für den Richter keine vollkommene Bindungswirkung entfalten könnten. Als Beispiele werden die Berechnung der Unverfallbarkeitsfristen und das Auszahlungsverbot genannt.

Bertram Schulz³⁴⁰ hat die Diskussion zur Anpassung der Betriebsrenten fortgeführt. Einleuchtend geht er davon aus, daß bei der Interpretation des § 16 BetrAVG zwischen der Anpassung von Ruhegeldern aus der Zeit vor Inkrafttreten des BetrAVG und von Ruhegeldern aus Neuzusagen zu differenzieren sei.

338 VersR 1979, S. 781 ff.

339 Betriebl. Altersversorgung 1979, S. 78 ff.

340 ZfA 1979, S. 139 ff.

Im Hinblick auf die Anpassung neu zugesagter Ruhegelder seien langfristige Konzeptionen zu entwickeln, um die Kalkulierbarkeit der Anpassungslast zu ermöglichen. Unter den für die Anpassung in Betracht kommenden Faktoren legt er das Schwergewicht auf den Versorgungszweck, der im Lichte des Versorgungsbedarfs gesehen werden müsse. Der Versorgungsbedarf werde durch die allgemeine Einkommensentwicklung bei abhängig Beschäftigten bestimmt. Deshalb sei die Kaufkraftentwicklung ein zu genereller Maßstab. Andererseits sei die Anpassung nach oben durch das betriebliche Nettoarbeitseinkommen als Gesamtversorgungsobergrenze limitiert. Einen weiteren bedeutsamen Entscheidungsfaktor sieht *Schulin* in dem Grundsatz des Vertrauensschutzes. Dem Arbeitnehmer sollen Maßstäbe an die Hand gegeben werden, anhand derer er seine Alterssicherung sinnvoll planen könne. Dies bedinge, daß er bereits im Moment der Zusage die Größenrelation der verschiedenen Versorgungsbestandteile einschätzen können muß. Hieraus leitet *Schulin* die Konsequenz ab, daß die Zahl der bisher für relevant angesehenen Anpassungsfaktoren radikal reduziert werden müsse. Ferner müsse – von der Gesamtversorgungsobergrenze abgesehen – die Anpassung der Betriebsrenten vom Bestand und der Entwicklung der Sozialrenten gelöst werden. Die Wirtschaftskraft des Arbeitgebers habe man dem Lohnniveau des Betriebes zu entnehmen, da dieses in besonders zuverlässiger Weise Umfang und Grenzen der Leistungskraft des Betriebes widerspiegle. Freilich erhebt sich die Frage, ob dieser Maßstab der Existenz von Marginalbetrieben hinreichend Rechnung trägt und in welchem Ausmaß er die Rationalisierungsfähigkeit der Unternehmen gefährdet.

*Werner Laschke*³⁴¹ vertritt die Ansicht, daß die Anpassung der Betriebsrenten auch nicht-bare Mehrleistungen des Arbeitgebers, z. B. in Form von Arbeitszeitverkürzungen, zu berücksichtigen habe.

Fortgeführt wurden auch die Auseinandersetzungen zur Haftung ausscheidender Gesellschafter für Ansprüche aus der betrieblichen Altersversorgung. *Jörg Beinert/Brun-Hagen Hennerkes/Karlheinz Binz*³⁴² sind der Auffassung, daß die ausgeschiedenen Gesellschafter für Pensionsanwartschaften, die im Zeitpunkt ihres Ausscheidens noch verfallbar waren, niemals haften; denn dann habe bei ihrem Ausscheiden nur eine rechtlich ungesicherte Chance bestanden. Im Hinblick auf unverfallbare Rentenanswartschaften beschränke sich die Haftung auf den Betrag, den sich der Arbeitnehmer bis zum Moment des Ausscheidens verdient habe. Die entgegengesetzte Position nehmen *Peter Ahrend* und *Jochen Rühmann*³⁴³ ein. Sie sehen zu Recht auch in verfallbaren Anwartschaften gesicherte Chancen, für die der ausscheidende Gesellschafter einzustehen habe. Sie wenden sich ferner dagegen, den Anspruch gegen den Gesellschafter analog § 2 Abs. 1 BetrAVG auf eine anteilige Rente zu begrenzen. Die Verjährung der Rentenansprüche beginne

341 BB 1979, S. 379 ff.

342 DB 1979, S. 890 ff.

343 DB 1979, Beilage Nr. 2/79.

der BAG-Rechtsprechung zufolge erst mit der Fälligkeit des ersten Rentenanspruchs – ein Ergebnis, gegen das sich *Beinert/Hennerkes/Binz* mit dem Argument wenden, es stehe zu den Haftungsgrundsätzen im Gesellschaftsrecht im Widerspruch. *Abrend/Rühmann* wollen eine Enthaftung des ausscheidenden Gesellschafters im Wege von Verjährungsvereinbarungen erreichen, einen Weg, den *Norbert Quack*³⁴⁴ für untauglich hält.

*Günther Wiese*³⁴⁵ geht der Frage nach, ob Ruhegeldregelungen nach der Verschmelzung bislang selbständiger Unternehmen angeglichen werden müssen. *Wiese* verneint zutreffend eine derartige auf das Gleichbehandlungsgebot gestützte Pflicht, da die Unterschiede auf einem sachlich gerechtfertigten Grund, dem Arbeitsverhältnis bei der früher selbständigen Gesellschaft, beruhen. Er weist auch darauf hin, daß der Arbeitgeber sonst faktisch gezwungen wäre, die Ruhegelder nach oben anzugleichen. Allerdings sollte m. E. im Hinblick auf die weitere Entwicklung der Anwartschaften der Gleichbehandlungsgrundsatz zum Tragen kommen.

Das Betriebsrentenrecht hat auch sonst vielfältiges Interesse gefunden. So untersucht *Edwin Grabner*³⁴⁶, inwieweit Versorgungssysteme aufgebaut werden können, bei denen nicht der Bedarf der Pensionäre, sondern der für die Altersversorgung eingesetzte Aufwand im Vordergrund steht. *Wolfgang Blomeyer*³⁴⁷ behandelt das Problem der Vorschaltzeiten bei unmittelbaren Versorgungszusagen. Er stellt die These auf, daß sich die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts über die Unwirksamkeit von Regelungen, denen zufolge die Fristen für die Begründung der unverfallbaren Anwartschaft erst nach einer gewissen Mindestdienstzeit zu laufen anfangen sollen, jedenfalls nicht auf die Altersversorgung durch Direktversicherung übertragen ließe. Bei abstrakt-generellen Versicherungsversprechen sei vielmehr wie auch bei individuellen Versorgungszusagen der für den Beginn der Unverfallbarkeitsfristen maßgebliche Zeitpunkt der des technischen Versicherungsbeginns, d. h. der Beginn des prämienbelasteten Zeitraums. Anders als bei der unmittelbaren Versorgungszusage stehe nämlich bei der Versorgung durch Direktversicherung nicht die auf die Zusage gegründete Anwartschaft des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, sondern das versicherungsrechtlich ausgeformte Bezugsrecht im Vordergrund. Dieser Lösung dürfe nicht der Vorwurf eines Verstoßes gegen das Prinzip der Gleichbehandlung von unmittelbarer und mittelbarer Versorgung gemacht werden, da der Arbeitgeber, der lediglich eine Versorgung durch Direktversicherung zusage, von seinem Recht Gebrauch mache, sich von unkalkulierbaren Versorgungsrisiken zu entlasten. *Horst Lehmann*³⁴⁸ beschäftigt sich mit der vorgezogenen Betriebsrente an Schwer-

344 BB 1979, S. 1457 ff.

345 RdA 1979, S. 432 ff.

346 DB 1979, S. 843 ff.

347 DB 1979, S. 835 ff.

348 BB 1979, S. 1721 f.

behinderte. Reinhold Höfer und Kurt Kemper³⁴⁹ halten es für sozial unbefriedigend, daß beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH keine insolvenzgesicherten Versorgungszusagen gemacht werden könne. Alfred Braun³⁵⁰ untersucht die Möglichkeiten, die betriebliche Altersversorgung so zu begrenzen, daß, gemessen an dem Einkommen aktiver Arbeitnehmer, keine Überversorgung eintrete. Alfons Gethmann³⁵¹ hebt hervor, daß neben dem Auskunftsanspruch aus § 2 Abs. 6 BetrAVG die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO zur Verfügung stehe, die allerdings dem Arbeitnehmer die volle Beweislast aufbürde. Jürgen Paulsdorff³⁵² hält fest, daß die Insolvenzsicherung der Betriebsrenten nicht dadurch verloren gehe, daß der Arbeitnehmer später selbst zum Unternehmer werde. Stefan Westhoff³⁵³ erhebt die Voraussetzungen eines Wechsels von der Direktzusage zur Direktversicherung. Die zum Wechsel notwendige Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer könne regelmäßig durch eine Betriebsvereinbarung ersetzt werden. Sollten sich Betriebsrat und Arbeitgeber nicht einigen, so muß Westhoff zufolge die Einigungsstelle analog §§ 76 Abs. 5, 87 Abs. 2 BetrVG verbindlich entscheiden können.

8. Arbeitsschutz

a) Allgemeines

Aus dem Problemkreis des Arbeitsschutzes wurden besonders intensiv Fragen des Nichtraucher-schutzes erörtert. Manfred Löwisch³⁵⁴ hat diese Fragen eingehend unter die Lupe genommen. Er geht davon aus, daß das sog. Passivrauchen zu Belästigungen und ab einer gewissen Konzentration des Rauchs bei Personen zu Reizwirkungen und Gesundheitsschäden führen könne, die besonders empfindlich seien. Gesundheitsschäden bei Personen normaler Konstitution seien bislang noch nicht mit hinreichender Sicherheit beobachtet worden. § 5 ArbStättVO genüge regelmäßig nicht als Grundlage eines Rauchverbotes, denn er schütze nicht vor bloßen Belästigungen. Auf die Reaktionen besonders empfindlicher Personen dürfe ebenfalls nicht abgehoben werden, weil § 5 ArbStättVO auf Personen durchschnittlicher gesundheitlicher Konstitution bezogen sei. § 32 ArbStättVO biete ebenfalls keine Stütze für eine Pflicht zum Erlaß eines Rauchverbots, da in dieser Vorschrift der Gesetzgeber den Nichtraucher-schutz ausdrücklich auf Pausen-, Bereitschafts- und Liegeräume beschränkt habe. Die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers trage eine Verpflichtung zum Schutz der Nichtraucher allerdings dort, wo Arbeitnehmer infolge ihrer besonderen Konstitution in ihrer Gesundheit gefährdet seien. Dagegen könne auch nicht eingewandt werden, daß die Arbeitsschutzvorschriften die Obergrenze der Fürsorgepflicht umreißen wür-

349 DB 1979, S. 2322 ff., 2371 ff.

350 DB 1979, S. 939 ff.

351 DB 1979, S. 746 f.

352 Betriegl. Altersversorgung 1979, S. 1 ff.

353 RdA 1979, S. 412 ff.

354 DB 1979, Beilage Nr. 1/79.

den; denn die Fürsorgepflicht biete die Möglichkeit, besonders schutzbedürftige Arbeitnehmer vor Schäden zu bewahren. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG erstreckt sich nach Ansicht von *Löwisch* nicht auf den Schutz vor Belästigungen oder den Schutz besonders empfindlicher Arbeitnehmer. Dies ergebe sich aus § 88 Nr. 1 BetrVG. Das Rauchverbot sei ein typischer Fall, der unter § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu subsumieren sei. Im Rahmen der Regelung der Ordnung des Betriebes hätten die Betriebspartner einen großen Ermessensspielraum, innerhalb dessen sie sowohl den Erlaß eines Rauchverbotes als auch den Verzicht auf ein Rauchverbot vereinbaren könnten. Das Rauchverbot müsse mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar sein und dürfe daher nicht erlassen werden, wenn die abzuwehrenden Belästigungen minimal seien. *Adolf Wischnath*³⁵⁵ versucht die These von *Löwisch*, § 5 ArbStättVO diene ausschließlich dem Schutz vor Gesundheitsschäden, mit dem Argument zu erschüttern, der Wortlaut der Norm bringe zum Ausdruck, daß die Atemluft gesundheitlich zuträglich, d. h. absolut frei von Tabakrauch sein müsse. *Rupert Scholz*³⁵⁶ legt das Schwergewicht auf Verfassungsprobleme, die mit dem Schutz von Nichtraucher verbunden sind. Auch *Scholz* meint, der Nachweis, daß Passiv-Rauchen allgemein gesundheitsschädlich sei, sei nicht geführt. Ein generelles Rauchverbot verstoße daher gegen das Persönlichkeitsrecht des Rauchers. Der Konflikt zwischen Rauchern und Nichtrauchern sei nach den Grundsätzen der Gemeinschaftsbindung des Individuums, seiner Pflicht zur Sozialverträglichkeit und Toleranz auf der Grundlage der allgemeinen Vorschriften zu schlichten. Dazu gehöre die Arbeitsstättenverordnung sowie die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht. Letztere könne nur dort eine Verpflichtung zum Erlaß eines Rauchverbotes begründen, wo einzelne Arbeitnehmer konkret gefährdet seien. Im übrigen seien der Arbeitgeber im Rahmen seines allgemeinen Direktionsrechts bzw. die Tarifvertragsparteien oder der Arbeitgeber im Zusammenwirken mit dem Betriebsrat berechtigt, zur Abwehr von Belästigungen Rauchverbote zu erlassen.

Fragen der Bestellung von Betriebsärzten und Sicherheitsfachkräften nimmt *Kurt Wolber*³⁵⁷ unter die Lupe. Er vertritt die Auffassung, daß die Unfallversicherungsträger ermächtigt seien, durch Unfallverhütungsvorschriften Art und Zahl der erforderlichen Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit vorzuschreiben. *Werner Glaubitz*³⁵⁸ erörtert Maßnahmen, die angesichts des steigenden Alkoholkonsums in den Betrieben getroffen werden können. Er hält ein mit Zustimmung des Betriebsrates erlassenes absolutes Alkoholverbot für zweckmäßig. *Jobst-Hubertus Bauer*³⁵⁹ meint, daß die arbeitsrechtlichen Schutznormen in weitem Umfang auch zugunsten von Fremdgeschäftsführern der GmbH zum

355 DB 1979, S. 1133.

356 DB 1979, Beilage Nr. 10/79.

357 BStSozArbR 1979, S. 119 ff., 212 ff.

358 BB 1979, S. 579 ff.

359 DB 1979, S. 2178 ff.

Tragen kommen. *Hans Rehahn*³⁶⁰ bejaht eine eigenständige Nebenpflicht der Arbeitnehmer, die gesetzlich vorgeschriebenen Sicherungsbemühungen des Arbeitgebers zu unterstützen. *Helmut Sturn*³⁶¹ stellt die Möglichkeiten der Arbeitszeitverlängerung dar. *Hans-Jürgen Schimke*³⁶² hält auch den Betriebsarzt für grundsätzlich an seine Schweigepflicht gebunden. Eine Ausnahme bestehe nur bei Eignungsuntersuchungen kraft ausdrücklicher oder vermuteter Einwilligung der Arbeitnehmer.

b) Mutterschaftsurlaub

Das neue Gesetz über die Einführung eines Mutterschaftsurlaubes hat große Resonanz gefunden. Über dieses Gesetz informieren *Hans Schleicher*³⁶³, *Otto Stamm*³⁶⁴, *Gottfried Wlotzke*³⁶⁵, *Manfred Zipperer*³⁶⁶ und *Johannes Zmarzlik*³⁶⁷. *Kurt Schroeter*^{367a} versucht das neue Gesetz von seinen rechtspolitischen Zwecken her zu deuten. *Herbert Buchner*³⁶⁸ stellt fest, daß das Gesetz trotz seines Namens nichts mit dem Urlaubsgesetz zu tun hat. Er hält es für möglich, daß sich die Parteien des Arbeitsvertrages auch nach dem Wiederantritt der Arbeit darüber einigen können, die einvernehmliche Beurlaubung gelte als Mutterschaftsurlaub. Zu Recht kritisiert er das umfassende Verbot der Erwerbstätigkeit mit dem Argument, daß der Gesetzgeber nicht gesehen habe, daß Arbeitnehmerinnen in mehreren Teilarbeitsverhältnissen stehen und die Absicht haben könnten, nur eines der Arbeitsverhältnisse zu suspendieren.

9. Kündigung und Kündigungsschutz

a) Allgemeines Kündigungsrecht

Das allgemeine Kündigungsrecht hat im Berichtszeitraum kein herausragendes Interesse gefunden. Eher am Rande einer auf die Beteiligung des Betriebsrates am Kündigungsgeschehen zielenden Untersuchung kommt *Franz Gamillscheg*³⁶⁹ auf § 626 Abs. 2 BGB zu sprechen, dessen Wortlaut zufolge die Frist ohne Rücksicht auf die Einschaltung des Betriebsrates läuft. *Gamillscheg* befürwortet entgegen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, das § 626 Abs. 2 BGB wörtlich interpretiert, eine Restriktion der Vorschrift. Der Normzweck, den Arbeitnehmer über die Kündigung nicht allzu lange im unklaren zu lassen, sei erfüllt, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat befaßt habe. Dieser werde mit Sicherheit seinen

360 RdA 1979, S. 216 ff.

361 Arbeits- und Sozialrecht 1979, S. 34 ff.

362 BB 1979, S. 1354 ff.

363 Zeitschrift für Sozialhilfe 1979, S. 275 ff.

364 Die Sozialversicherung 1979, S. 205 ff.

365 Bundesarbeitsblatt 1979, S. 9 ff.

366 Die Ortskrankenkasse 1979, S. 569 ff.

367 DB 1979, S. 1503 ff.; AuR 1979, S. 171 ff.

367a BB 1979, S. 993 ff.

368 NJW 1979, S. 1793 ff.

369 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 117 (125 ff.).

Kollegen benachrichtigen. Für das weitere Verfahren sei es sachgerechter, dem Betriebsrat Zeit für seine Entschließung zu lassen, um ihm ausreichend Gelegenheit zu geben, das Problem zu bereinigen. *Jochen Corts*³⁷⁰ untersucht, wann eine Kündigung einem Empfänger zugegangen ist, der sich im Urlaub befindet. *Hans-Jürgen Schwarz*³⁷¹ stellt das Recht der außerordentlichen Kündigung dar.

b) Kündigungsschutz

*Peter Schwerdtner*³⁷² zufolge verfolge das Kündigungsschutzgesetz das Ziel, den Arbeitnehmer vor einer willkürlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses und dem daraus resultierenden Entzug seiner Lebensgrundlage zu schützen. Hingegen habe das Kündigungsschutzgesetz nicht die Funktion, dem Arbeitnehmer die Zugehörigkeit zum Betrieb zu bewahren. Besonders eingehend hat sich *Dieter Reuter*³⁷³ mit den Grundlagen des Kündigungsschutzes befaßt. Seiner Ansicht nach werde die Kündigungsschutzproblematik nämlich zu eng allein aus dem Blickwinkel von Arbeitnehmer und Arbeitgeber gesehen. Betroffen seien durch einen Kündigungsschutz auch die Interessen der Allgemeinheit und all derjenigen Arbeitnehmer, die Arbeitsplätze suchen. Man dürfe die Arbeitnehmer nicht als Klasse mit angeblich gleichlaufenden Interessen behandeln, sondern müsse auf die realen Interessenskonflikte zwischen konkurrierenden Arbeitnehmern Rücksicht nehmen. Dagegen könne auch nicht ohne weiteres das Sozialstaatsprinzip ins Feld geführt werden, da ein Kündigungsschutz die Berufs- und Arbeitsplatzwahlfreiheit der Arbeitsuchenden unverhältnismäßig stark einschränken könne. So erschwere eine Norm, die ausschließlich vor individueller Arbeitslosigkeit bewahren solle, den Rollenwechsel zwischen Arbeitsplatzinhabern und Arbeitsplatzsuchenden. Die Dauer der individuellen Arbeitslosigkeit werde vor allem zugunsten derjenigen verlängert, die in Großbetrieben tätig sind. Außerdem begünstige ein weitgespannter Kündigungsschutz Bestrebungen, möglichst wenig Arbeitsplätze anzubieten. *Reuter* wendet sich auch dagegen, die Funktion des Kündigungsschutzes in der Sicherung des persönlichen Lebensmittelpunktes zu sehen. Aus der Perspektive der Arbeitsuchenden sei ein derartiger Schutz unverhältnismäßig; denn auch die Arbeitsuchenden könnten ins Feld führen, daß sie immobil seien, weil sie ebenfalls weitreichende berufliche und private Entscheidungen getroffen hätten. Jedenfalls kann man, wie *Reuter* einleuchtend hervorhebt, mit dem Schutz des Lebensmittelpunktes keine Ausdehnung des Kündigungsschutzes auf das Gesamtunternehmen rechtfertigen. Plausibilität könne nur der Gedanke für sich beanspruchen, daß der Arbeitnehmer gegen willkürliche Entlassungen geschützt werden müsse, weil er nicht mehr eine Objektstellung im Arbeitsprozeß einnehme,

370 DB 1979, S. 2081 ff.

371 Neue Wirtschaftsbriefe 1979, Fach 26, S. 1595 ff.

372 DB 1979, Beilage Nr. 12/79, S. 3 f.

373 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 405 ff.

sondern zu einem mit betrieblichen Rechten ausgestatteten Subjekt geworden sei. Diese Position verlange zwingend einen Flankenschutz in Form einer Abwehr willkürlicher Kündigungen. Der Schutz vor willkürlichen Entlassungen würde notwendig leerlaufen, wenn man dem Arbeitgeber Kündigungen mit dem Argument erlauben würde, ein externer Bewerber sei geeigneter als der gekündigte Arbeitnehmer. Er sei nur gewährleistet, wenn der Arbeitgeber nachweisen müsse, daß er den Arbeitnehmer sinnvollerweise nicht mehr weiterbeschäftigen könne. In eine ähnliche Kerbe wie *Reuter* schlägt *Peter Schwerdtner*³⁷⁴, wenn er vor einer Intensivierung des Kündigungsschutzes warnt, die die Unternehmen zur Inflexibilität verurteilt und den Arbeitslosen den Zugang zu einem Arbeitsplatz verbaut. Gegen eine Entjustizialisierung des Kündigungsschutzverfahrens wenden sich *Gunther Dietze* und *Albert Spitzner*³⁷⁵.

Für einen intensiveren Kündigungsschutz treten hingegen *Gabriele Mezger*, *Klaus Richter* und *Roderich Wahsner*³⁷⁶ ein. In der auch lange dauernden Krankheit eines Arbeitnehmers sehen sie keinen sozial gerechtfertigten Kündigungsgrund. Es sei nämlich zu berücksichtigen, daß die Arbeitskraft im Produktionsprozeß verschlissen worden sei. In einer oberflächlichen ökonomischen Analyse wird außerdem behauptet, daß dem Arbeitgeber keine gravierenden Nachteile entstehen könnten, weil er Produktionsverluste und die Überlastung anderer Arbeitnehmer durch die Einstellung von »Springern« vermeiden könne. *Axel Stein*³⁷⁷ plädiert dafür, die Ursachen der Krankheit nicht unbeachtet zu lassen. Der Gedanke einer gemeinsamen Verantwortung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer soll seiner Ansicht nach dazu führen, daß Kündigungen wegen Leiden, die durch die betrieblichen Verhältnisse veranlaßt seien, niemals sozial gerechtfertigt seien. Das gelte auch dann, wenn die Ursache des Leidens in einem früheren Arbeitsverhältnis liege. Um der Unterscheidung von häufigen Kurzerkrankungen und langdauernden Krankheiten, die seines Erachtens im Widerspruch zu den Möglichkeiten medizinischer Prognostik stehe, den Boden zu entziehen, fordert er eine gesetzliche Regelung, die die Kündigung letztlich auf Fälle der Berufsunfähigkeit begrenzt. Das Problem der Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen behandelt ferner *Klaus Popp*³⁷⁸. Er qualifiziert solche Kündigungen als Verdachtskündigungen, weil ihnen häufig der Verdacht zugrunde liege, daß der Arbeitnehmer eine Krankheit vorgetäuscht habe. *Popp* fordert deshalb wie *Stein*, daß die vom Bundesarbeitsgericht für langdauernde Erkrankungen entwickelten Grundsätze auch auf Kündigungen wegen häufiger Kurzerkrankungen anzuwenden seien. Ein Sachverständigengutachten müsse ergeben, daß in Zukunft mit wiederholten Erkrankungen zu rechnen sei.

374 DB 1979, Beilage Nr. 12/79, S. 3 ff.

375 BStSozArbR 1979, S. 369 ff.

376 Demokratie und Recht 1979, S. 264 ff.

377 BStSozArbR 1979, S. 161 ff.

378 AuR 1979, S. 42 ff.

Peter Hanau³⁷⁹ wendet sich dagegen, die fehlende Arbeitserlaubnis ohne weiteres als einen sozial gerechtfertigten Kündigungsgrund zu qualifizieren. Es müsse im Rahmen der Interessenabwägung geprüft werden, welche Aussichten für eine Erteilung der Arbeitserlaubnis bestehen und ob dem Arbeitgeber das Offenhalten des Arbeitsplatzes zugemutet werden könne. Leonhard Wenzel³⁸⁰ will dem Arbeitgeber verwehren, sich von einem Arbeitnehmer zu trennen, dessen Gehalt in großem Umfang gepfändet worden ist. Die Tatsache, daß der Arbeitnehmer zu viele Schulden gemacht habe, solle aus der Sicht des Arbeitgebers unbeachtet bleiben, weil der Arbeitgeber sonst in das Privatleben des Arbeitnehmers eindringen müßte. Der Arbeitnehmer sei nicht verpflichtet, dem Arbeitgeber die mit der Bearbeitung der Pfändungen verbundenen Kosten zu ersparen. Eine Ausnahme sei dort zu machen, wo, wie bei einem Kassierer, Auswirkungen auf die Arbeitsleistungen zu befürchten seien. Dirk Neumann³⁸¹ betont, daß die Gerichte im Rahmen der Prüfung, ob im öffentlichen Dienst eine betriebsbedingte Kündigung zulässig sei, die parlamentarische Entscheidung über die Streichung von Aufgaben und Stellen hinzunehmen hätten, es sei denn, daß der Vorwurf willkürlichen Verhaltens erhoben werden könne. Der Gesetzgeber habe nämlich im Kündigungsschutzrecht öffentlichen Dienst und Privatwirtschaft gleichbehandelt.

In engem Zusammenhang mit der oben behandelten Frage^{381a}, in welchem Umfang von einem Arbeitnehmer erwartet werden kann, daß er sich mit den Zielen des Arbeitgebers identifiziert und alles unterläßt, was diesen Zielen zuwiderläuft, steht das Problem, wann eine Kündigung auf außerdienstliches Verhalten gestützt werden kann. Karl Dudenbostel und Helmut Klas³⁸² betonen zutreffend, daß eine sachgerechte Problemlösung nur mittels einer Differenzierung zwischen gewöhnlichen Arbeitsverhältnissen und Arbeitsverhältnissen in Tendenzunternehmen möglich sei. Im Hinblick auf normale Arbeitsverhältnisse lehnen sie eine allgemeine, das Privatleben einbeziehende Förderungspflicht ab. Außerdienstliches Verhalten könne nur dort einen Kündigungsgrund schaffen, wo der Arbeitnehmer die Gefahr der Schädigung des Goodwill des Betriebes hervorgerufen oder durch aktives Tun den Betriebszweck vereitelt habe. Ferner wollen sie auch eine Störung des Vertrauensverhältnisses als Kündigungsgrund anerkennen. Um diesen Kündigungsgrund nicht allzu weit ausufern zu lassen, fordern sie hier eine objektive Betrachtungsweise, die aber doch wohl der Trennung zwischen der beruflichen Rolle und dem Privatbereich zu wenig Rechnung trägt. Bei Tendenzunternehmen gebe außerdienstliches Verhalten trotz erhöhter Loyalitätspflichten nicht ohne weiteres in größerem Umfang das Recht zu Kündigung.

379 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 169 (188 ff.).

380 Die Information 1979, S. 522 ff.

381 RdA 1979, S. 371 ff.

381a Siehe bei Fn. 284.

382 AuR 1979, S. 296 ff.

gen. Zwar sei die von den Unternehmen verfolgte Tendenz vielfach verfassungsrechtlich geschützt, doch könne auch der Arbeitnehmer für sich Grundrechtsschutz in Anspruch nehmen. Kündigungen wegen außerdienstlichen Verhaltens seien daher grundsätzlich nur nach denselben Maßstäben gerechtfertigt, die für normale Unternehmen gelten. Es sei aber die Besonderheit der Tendenzunternehmen zu berücksichtigen, daß außerdienstliches Verhalten die arbeitsvertraglich geschuldete Qualifikation beseitigen könne und daß Tendenzunternehmen besonders leicht durch das Verhalten ihrer Arbeitnehmer unglaublich werden. Hier wollen *Dudenbostel* und *Klas* eine Kündigung nach Maßgabe der Regeln über die Druckkündigung zulassen.

Auch im Hinblick auf Arbeitnehmer der Kirchen vertreten *Dudenbostel* und *Klas* die Auffassung, daß die allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln über die Zulässigkeit einer Kündigung anzuwenden seien. Demnach müsse das Vertrauensverhältnis dadurch objektiv gestört sein, daß der Arbeitnehmer eine grundsätzlich glaubens- oder kirchenfeindliche Haltung bewiesen habe oder die Erbringung der Arbeitsleistung konkret beeinträchtigt worden sei. Die punktuelle Verletzung kirchlicher Gebote, wie die Ehe mit einem geschiedenen Partner, sei nur relevant, wenn daraus ein objektiver Beobachter ungünstige Schlüsse auf die Institution ziehe, die den Arbeitnehmer beschäftige. *Manfred Weiß*³⁸³ befürwortet ebenfalls eine restriktive Tendenz bei der Berücksichtigung außerdienstlichen Verhaltens der kirchlichen Arbeitnehmer als Kündigungsgrund. Außerdienstliches Verhalten könne nur ausnahmsweise den Bestand des Arbeitsverhältnisses beeinflussen, wenn es derart auf die Tätigkeit der Kirche zurückwirke, daß die Verfolgung der von ihr angestrebten Zwecke wesentlich erschwert werde. Zusätzlich fordert *Weiß*, daß das außerdienstliche Verhalten als bewußte Abkehr von den kirchlichen Zwecken gedeutet werden könne. Dies sei bei schicksalhaften Konflikten nicht der Fall. Für eine Einschränkung des Kündigungsschutzes im Vergleich zu Arbeitsverhältnissen in Tendenzunternehmen tritt hingegen *Wilhelm Dütz*³⁸⁴ ein. Er geht davon aus, daß die verfassungsrechtlich geschützte Kirchenautonomie gefährdet wäre, wenn es den Religionsgemeinschaften verwehrt wäre, von den in verantwortungsvollen Positionen tätigen Bediensteten die Einhaltung der elementaren kirchlichen Sittengesetze und Loyalität gegenüber den Grundwerten der kirchlichen Glaubensüberzeugung zu verlangen. Dienst und Verkündigung seien im seelsorgerischen, karitativen und erzieherischen Bereich untrennbar miteinander verbunden.

Zum Thema der Änderungskündigung im Arbeitsrecht äußern sich *Peter Schwerdtner*³⁸⁵ und *Leonhard Wenzel*³⁸⁶. Während *Wenzel* nur einen Überblick gibt, nimmt *Schwerdtner* die h. M. kritisch unter die Lupe. Entgegen der h. M.

383 AuR 1979, Sonderheft »Kirche und Arbeitsrecht«, S. 28 ff.

384 AuR 1979, Sonderheft »Kirche und Arbeitsrecht«, S. 2 ff.

385 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 555 ff.

386 Die Information 1979, S. 91 ff.

will er eine Änderungskündigung nur dann als sozial gerechtfertigt anerkennen, wenn auch eine Beendigungskündigung sozial gerechtfertigt gewesen wäre. Die Änderungskündigung dürfe nicht ohne weiteres deshalb als Wohltat gedeutet werden, weil sie dem Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz erhalte, da zuvor nachgewiesen werden müßte, daß eine Beendigungskündigung zulässig sei. Zweck des Kündigungsschutzgesetzes sei nicht nur die bloße Weiterbeschäftigung, sondern auch die Sicherung der sonstigen materiellen Positionen. Demnach müsse der Arbeitsrichter in einem ersten Schritt untersuchen, ob eine Beendigungskündigung möglich gewesen wäre, und dann in einem zweiten Schritt, ob die angebotene Änderung angemessen und zumutbar war. Der Lösungsvorschlag *Schwerdtner* mindert allerdings die Möglichkeit einer flexiblen Anpassung von Verträgen. Der Inhaltsschutz muß nicht zwangsläufig ebensoweit wie der Bestandsschutz gehen. Entgegen *Schwerdtner* erscheint es daher durchaus vertretbar, im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, daß der Arbeitnehmer die Chance behält, bei seinem Arbeitgeber zu verbleiben.

*Franz Gamillscheg*³⁸⁷ hebt den Wertungswiderspruch hervor, der darin liegt, daß der Arbeitnehmer in Fällen, in denen die Kündigung wegen Nichtanhörung des Betriebsrates unwirksam ist, keine Abfindung gemäß § 9 KSchG fordern könne. *Ingo Koller*³⁸⁸ will hier und in anderen Fällen des § 13 Abs. 3 KSchG, in denen die Kündigung wegen eines Verstoßes gegen eine Norm unwirksam ist, die dem Arbeitnehmerschutz dient, eine analoge Anwendung der Abfindungs- und Fortsetzungsverweigerungsregeln des Kündigungsschutzgesetzes zulassen. *Peter Schwerdtner*³⁸⁹ wendet sich gegen die Einführung einer generellen Abfindungspflicht bei allen betriebsbedingten Kündigungen, da die Gerichte die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Betriebe nicht ausreichend berücksichtigen könnten.

c) Weiterbeschäftigung

Intensiv diskutiert wurde im Berichtszeitraum der Weiterbeschäftigungsanspruch im Falle einer Kündigung. *Hans Brox*³⁹⁰ übt herbe Kritik an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der h. M. zum Weiterbeschäftigungsanspruch. Er hebt ebenso wie *Franz Gamillscheg*³⁹¹ und *Wilhelm Dütz*³⁹² hervor, daß nicht einzusehen sei, warum im Falle einer personen- oder verhaltensbedingten Kündigung kein Weiterbeschäftigungsanspruch bestehe. Auch sonst führe die Anknüpfung an den Widerspruch des Betriebsrates gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG zu widersprüchlichen Ergebnissen. *Brox* will bei der vom Wortlaut des § 102 Abs. 5

387 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 117 (119 f.).

388 DB 79, S. 1458 ff.

389 DB 1979, Beilage Nr. 12/79, S. 17 ff.

390 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 37 ff.

391 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 117 (129).

392 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 71 ff.

BetrVG her angezeigten Beschränkung der Weiterbeschäftigungspflicht nicht stehenbleiben, sondern in weitem Umfang eine analoge Anwendung der Vorschrift zulassen. Diese Analogie sei durch die Entstehungsgeschichte des § 102 BetrVG gedeckt, da die Beschränkung der Weiterbeschäftigungspflicht auf einem Redaktionsversehen beruhe. *Mayer-Maly*³⁹³ interpretiert hingegen § 102 Abs. 5 BetrVG eng als eine spezifisch betriebsverfassungsrechtliche Vorschrift, die nicht ausdehnungsfähig sei.

Als Ansatzpunkt eines Weiterbeschäftigungsanspruches kommt ferner der allgemeine Beschäftigungsanspruch in Betracht. *Wolfgang Grunsky*³⁹⁴ betont, daß sich weder aus § 102 Abs. 5 BetrVG noch aus dem Kündigungsschutzgesetz eine Sperre für einen Weiterbeschäftigungsanspruch ableiten lasse. Damit erhebt sich die Frage, wann ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch zu bejahen ist. Ihr gehen *Wilhelm Dütz*³⁹⁵, *Alfons Kraft*³⁹⁶, *Manfred Schumann*³⁹⁷ und *Peter Schwerdtner*³⁹⁸ besonders intensiv nach. *Dütz* zufolge gehört zum gesicherten Bestand des Arbeitsrechts, daß im ungekündigten Arbeitsverhältnis grundsätzlich Arbeitnehmer aller Berufsgruppen einen Anspruch auf Beschäftigung besitzen. Ausnahmen von dieser Regel seien im Wege der Interessenabwägung durch Ausbildung von Fallgruppen, die sich an typischen Berufsgruppen und typischen Konfliktsituationen orientieren, herauszuarbeiten. Der Beschäftigungsanspruch sei einklagbar und auch mit Hilfe einer einstweiligen Verfügung durchsetzbar. In dieselbe Richtung argumentieren *Karl Kehrmann*³⁹⁹ und *Walter Bitter*⁴⁰⁰. *Kraft*⁴⁰¹ sieht hingegen den Geltungsbereich des allgemeinen Beschäftigungsanspruches bedeutend enger gesteckt. Die Rechtsprechung habe ihn trotz allgemeiner Formulierungen letztlich nur dort anerkannt, wo der Arbeitnehmer aus der Nichtbeschäftigung Schäden für sein weiteres berufliches Fortkommen erleiden könne. Als verfehlt bezeichnen *Kraft* und *Schwerdtner* die These⁴⁰², eine Nichtbeschäftigung verletze das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers.

Die Befürworter eines weitgespannten allgemeinen Beschäftigungsanspruches wollen ihn zugunsten des gekündigten Arbeitnehmers fruchtbar machen. *Wilhelm Dütz*⁴⁰³ hebt hervor, daß der Interessenkonflikt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch die Kündigung im allgemeinen keine Änderung erfahre. Da nun einmal ein Beschäftigungsanspruch für den Fall, daß die Kündigung unwirksam sei, existiere, müsse man auch zulassen, ihn im Wege eines Instanzurteils

393 DB 1979, S. 1601 (1603).

394 NJW 1979, S. 86 ff.

395 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 71 ff.

396 ZfA 1979, S. 123 ff.

397 BStSozArbR 1979, S. 310 ff.

398 DB 1979, Beilage Nr. 12/79, S. 8 ff.

399 AuR 1979, S. 267 ff.

400 Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 16, 1978 (79), S. 29 ff.

401 ZfA 1979, S. 123 ff.

402 DB 1979, Beilage Nr. 12/79, S. 11 f.

403 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 71 (83, 86 ff.).

oder einer einstweiligen Verfügung zu realisieren. *Walter Kehrmann*⁴⁰⁴ erklärt es ebenso wie *Schumann*⁴⁰⁵ für untragbar, daß ein Richter im Rahmen der Feststellungsklage über die Wirksamkeit der Kündigung zu einem dem Arbeitnehmer positiven und im Rahmen der Leistungsklage auf Weiterbeschäftigung zu einem negativen Urteil komme. Ein Weiterbeschäftigungsanspruch habe außerdem die Funktion zu verhindern, daß der Arbeitnehmer zu einem Abfindungsvergleich gedrängt werde, weil der Arbeitgeber finanziell am längeren Hebel sitze. Nicht ganz so weit will *Wolfgang Bitter*⁴⁰⁶ den Weiterbeschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers gezogen wissen. Es müßten auch die Vertragsfreiheit und das Persönlichkeitsrecht des Arbeitgebers berücksichtigt werden. Es sei deshalb in jedem Einzelfall zu prüfen, wessen Interessen schutzwürdiger seien.

*Peter Schwerdtner*⁴⁰⁷ hält den Ansatz beim allgemeinen Beschäftigungsanspruch für untauglich, da es der Sache nach nicht um eine Beschäftigung, sondern um einen vorläufigen Bestandsschutz gehe. Ein vorläufiger Bestandsschutz sei im geltenden System des Kündigungsrechts nicht angelegt, das keine präventive Kontrolle der Kündigung kenne. Im Gegenteil zeige § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG, daß der Gesetzgeber keinen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch anerkennen wollte. Zum gleichen Ergebnis gelangt *Alfons Kraft*⁴⁰⁸ mit Hilfe eines Umkehrschlusses aus § 102 Abs. 5 BetrVG. Das Bestreben, den Anreiz für einen Abfindungsvergleich zu beseitigen, habe nichts mit den Zielen zu tun, die ein Beschäftigungsanspruch realisieren solle. *Mayer-Maly*⁴⁰⁹ betont ebenfalls die gravierenden Unterschiede zwischen dem Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 102 BetrVG und dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Beschäftigungsanspruch. Der Beschäftigungsanspruch entspringe nicht dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, sondern dem Vertrag oder einer Interessenwahrungspflicht des Arbeitgebers. Nach Ablauf der Kündigungsfrist fehle es mangels eines fortwirkenden Vertragsbandes an einer Grundlage für den allgemeinen Beschäftigungsanspruch. Bestehe das Vertragsverhältnis fort, so müsse dies erst rechtskräftig festgestellt werden. Es entspreche einem alten Rechtsgrundsatz, daß lediglich die Evidenz der Unwirksamkeit der rechtskräftigen Feststellung gleichgestellt werde. Im übrigen sei kein Raum für richterliche Rechtsfortbildung. Gegen einen Weiterbeschäftigungsanspruch führt *Hans-Ulrich Bächle*⁴¹⁰ zusätzlich das Argument ins Feld, daß der Anspruch vielfach präjudizierend wirke und den abschreckenden Effekt verhaltensbedingter Kündigungen erheblich schwäche. Obwohl auch *Bächle* befürchtet, daß der Weiterbeschäftigungsanspruch zu einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Gestaltungs-

404 AuR 1979, S. 267 ff.

405 BStSozArbR 1979, S. 310 ff.

406 Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 16, 1978 (79), S. 29 ff.

407 DB 1979, Beilage Nr. 12/79, S. 12 ff.

408 ZfA 1979, S. 123 ff.

409 DB 1979, S. 1601 (1604 ff.).

410 NJW 1979, S. 1693 ff.

urteil führen müsse, will er dort, wo dem Arbeitnehmer unersetzliche Nachteile entstehen könnten, einen derartigen Anspruch anerkennen. Entgegen *Wolfgang Grunsky*⁴¹¹ sei jedoch die Wahrscheinlichkeit, mit der der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren obsiegen werde, unerheblich.

Die Kontroverse über die Reichweite eines Weiterbeschäftigungsanspruches erstreckt sich auch auf vollstreckungsrechtliche Fragen. *Wendt Dudzus* und *Siegfried Frohner*⁴¹² vertreten entgegen *Schumann*⁴¹³ die Auffassung, daß gemäß § 62 Abs. 1 Satz 1 ArbGG, von Fällen offensichtlich unwirksamer Kündigungen abgesehen, auf Antrag des Arbeitgebers die Vollstreckbarkeit von Urteilen auf Weiterbeschäftigung auszuschließen sei. Einen Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer aus § 717 ZPO lehnt *Wilhelm Dütz*⁴¹⁴ in Analogie zu § 85 Abs. 2 Satz 2 ArbGG sowie nach Maßgabe der Grundsätze vom faktischen Arbeitsverhältnis ab. *Karl Kehrmann*⁴¹⁵ meint, daß der Arbeitgeber keinen Schaden erleiden werde. *Peter Schwerdtner*⁴¹⁶ vertritt hingegen die Auffassung, daß der Arbeitgeber bei wirksamen betriebsbedingten Kündigungen den vollen von ihm gezahlten Lohn als Schadensersatz erhalten müsse. Außerdem weist er darauf hin, daß als Konsequenz einer Nichtanwendung der Schadensersatzfolge des § 945 ZPO die faktische Verlängerung der Kündigungsfristen eintrete.

d) Einzelfragen

Vielfältige Resonanz haben im Berichtszeitraum Fragen der Ausgleichsquittung gefunden. Sowohl *Arnim Höland*⁴¹⁷ als auch *Klaus Moritz*⁴¹⁸, *Bernd Preis*⁴¹⁹ und *Peter Schwerdtner*⁴²⁰ fordern, die Zulässigkeit der Ausgleichsquittung enger zu begrenzen. *Moritz* meint, in Ausgleichsquittungen werden in aller Regel nur Wissenserklärungen abgegeben. *Höland* hebt die besondere Situation hervor, in der Ausgleichsquittungen üblicherweise unterzeichnet werden, und bejaht die Fortdauer einer Drucksituation, weil der Arbeitnehmer dringend seine Arbeitspapiere benötige. *Preis* will § 3 AGB-Gesetz auf die vorformulierten Ausgleichsquittungen analog angewandt wissen. *Schwerdtner* hält den Verzicht auf den Kündigungsschutz innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG für unzulässig. Es bestehe ferner eine Aufklärungspflicht über die Auswirkungen der Ausgleichsquittung.

411 NJW 1978, S. 86 ff.

412 BB 1979, S. 482 ff.

413 BIStSozArbR 1978, S. 315.

414 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 71 (82 ff.).

415 AuR 1979, S. 267 ff.

416 DB 1979, Beilage Nr. 12/79, S. 16 ff.

417 BIStSozArbR 1979, S. 305 ff.

418 BB 1979, S. 1610 ff.

419 AuR 1979, S. 97 ff.

420 BIStSozArbR 1979, S. 17 ff.

Berthold Siara⁴²¹ stellt die Rechtslage bei der Urlaubserteilung nach Kündigung dar. *Antonie Palme*⁴²² informiert über die Zeugniserstellung im Lichte der neueren Rechtsprechung. *Manfred Peter*⁴²³ entnimmt einer ergänzenden Vertragsauslegung, daß in Fällen, in denen Gratifikationen in der Vergangenheit ohne Rückzahlungsvorbehalt ausbezahlt wurden, die Gratifikation im Zweifel anteilig ausbezahlen sei, wenn Arbeitnehmer vor Erreichen des Auszahlungszeitpunktes aus dem Betrieb ausscheiden. *Manfred Hartung*⁴²⁴ möchte den Widerrufsvorbehalt bei einseitig gewährten Leistungen in Parallele zu den Befristungen der Arbeitsverträge einengen. Rechtsfragen der Suspendierung des Arbeitnehmers behandelt *Frank Woltereck*⁴²⁵. Problemen des Arbeitnehmererfindungsschutzes bei gekündigten Arbeitsverhältnissen gehen *Dieter Gaul* und *Kurt Barthenbach*⁴²⁶ nach.

10. Besondere Arbeitsverhältnisse

Eine grundlegende Untersuchung zum Arbeitsverhältnis im Konzern hat *Klaus-Peter Martens*⁴²⁷ vorgelegt. Trotz der wirtschaftlichen Verbundenheit der Konzernunternehmen sei das Arbeitsverhältnis grundsätzlich bei derjenigen Konzerngesellschaft angesiedelt, die den Arbeitsvertrag abgeschlossen habe. Dieser Grundsatz könne auf der Basis allgemeiner rechtlicher Prinzipien (z. B. Erwirkung) und anhand spezifisch arbeitsrechtlicher Prinzipien wie dem Fürsorgeprinzip durchbrochen werden. Im Hinblick auf die Entlohnung und betriebliche Sozialleistungen vertritt *Martens* die Ansicht, daß die Obergesellschaft den Arbeitnehmern abhängiger Konzerngesellschaften, die eine den Wünschen der Obergesellschaft entsprechende Unternehmenspolitik betreiben, regelmäßig verpflichtet sei, ertragsabhängige Entgelte an die Ertragslage des Konzerns anzupassen. Angesichts der Vielzahl der relevanten Faktoren gebe es jedoch keinen allgemeinen Grundsatz der gleichen Entlohnung im gesamten Konzern. Das Problem der betriebsbedingten Kündigung lasse sich im Hinblick auf Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Konzern lösen. Allerdings existiere keine generelle Befreiung vom Arbeitsplatzrisiko im Rahmen der im Konzern verfügbaren Arbeitsplätze, da dies eine ungerechtfertigte Privilegierung der Arbeitnehmer eines Konzerns wäre. Anders sei die Situation, wenn im Einzelfall nachgewiesen werden kann, daß der Einfluß der Konzernoberleitung zur Vernichtung der Arbeitsplätze geführt hat. Als Beispiel führt *Martens* die Konzentration einer bestimmten Güterproduktion

421 DB 1979, S. 2276.

422 BStSozArbR 1979, S. 261 ff.

423 BStSozArbR 1979, S. 81 ff.

424 DB 1979, S. 1275 ff.

425 AR-Blattei, Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis VII.

426 GRUR 1979, S. 750 ff.

427 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 367 ff.

auf eines der Konzernunternehmen an und zieht die Wertung des § 613 a BGB heran.

Die Rechtsverbindlichkeit allgemeiner Arbeitsbedingungen, die von Kirchen für ihre Arbeitnehmer aufgestellt werden, haben besonders intensiv *Reinhard Richardi*⁴²⁸, *Dietrich Pirson*⁴²⁹, *Oswald v. Nell-Breuning*⁴³⁰ und *Peter von Tiling*⁴³¹ untersucht. *Richardi* vertritt die Auffassung, daß vor dem Hintergrund des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts die von den Kirchen geschaffenen Arbeitsvertragsrichtlinien nicht auf die gleiche Ebene mit den von anderen Arbeitgebern aufgestellten allgemeinen Arbeitsbedingungen gestellt werden dürften. Wenn die Kirchen Arbeitsbedingungen erließen, so schufen sie dadurch autonomes Recht, das unmittelbar gelte. Diese Regelungen seien auch nicht der arbeitsrechtlichen Billigkeitskontrolle unterworfen, falls sie unter paritätischer Beteiligung der Arbeitnehmer zustande gekommen seien. Hingegen zweifelt *v. Nell-Breuning* die Möglichkeit an, den von den Kirchen erlassenen Regeln Rechtsnormqualität im Sinne staatlichen Rechts zuzuerkennen. Auch *Pirson* meint, daß die kraft Arbeitsrechtsregelungsgesetz getroffenen Beschlüsse durch vertragliche Vereinbarung in den Arbeitsvertrag einbezogen werden müßten. *Albrecht Rothländer*⁴³² stellt fest, daß es in beiden christlichen Kirchen zur Zeit eine starke Option für ein innerkirchliches Arbeitsrecht gebe, und berichtet über die Bemühungen zu dessen näherer Ausformung.

*Hans Siegler*⁴³³ behandelt in mehreren Beiträgen das Schwerbehindertenrecht. Er gibt einen Überblick über die Vorschriften zur Beschäftigung von Schwerbehinderten und zur Ausgleichsabgabe. Ferner referiert⁴³⁴ er über die Rechtsprechung, die zur Rechtsstellung und zu den Ansprüchen des Vertrauensmannes auf Schulung, Freistellung und Kostenersatz ergangen ist. Schließlich⁴³⁵ widmet er sich Fragen der Probezeit und der Kündigungsfrist im Schwerbehindertenrecht. *Michael Behn*⁴³⁶ interpretiert den Begriff der »weiteren gesundheitlichen Merkmale« in § 4 Abs. 4 SchwbG. *Horst Cramer*⁴³⁷ liefert eine Übersicht über das Schwerbehindertenrecht. *Juliane Freifrau v. Friesen* und *Gerhard Reinecke*⁴³⁸ vertreten die Meinung, daß analog § 47 des Verwaltungsverfahrensgesetzes eine Umdeutung der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zu einer außerordentlichen Kündigung in eine Zustimmung zu einer ordentlichen Kündigung unzulässig sei.

428 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 429 ff.

429 RdA 1979, S. 65 ff.

430 AuR 1979, S. 1 ff.

431 RdA 1979, S. 103 ff.

432 RdA 1972, S. 99 ff.

433 DB 1979, S. 1083 ff.

434 BlStSozArbR 1979, S. 55 ff.

435 Arbeits- und Sozialrecht 1979, S. 32 ff.

436 Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung 1979, S. 227 ff.

437 Neue Wirtschaftsbriefe 1979, S. 1821 = Fach 26, S. 1613.

438 BB 1979, S. 1561.

VII. Arbeitsgerichtliches Verfahren

Das Inkrafttreten des Gesetzes zur Beschleunigung und Bereinigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens gab vielfältigen Anlaß zu Stellungnahmen. *Wolfgang Grunsky*⁴³⁹ vermittelt eine ausführliche Übersicht über die wichtigsten Neuerungen des Gesetzes. Er begrüßt, daß der Gesetzgeber sich nicht auf Regelungen mit dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung beschränkt habe. Kritisch vermerkt er, daß der Gesetzgeber bei der Reform des Berufungsverfahrens augenscheinlich nicht alle Konsequenzen bedacht habe. Ein völliger Fremdkörper sei § 66 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. *Wolfram Zitscher*⁴⁴⁰ beklagt, daß das Arbeitsgerichtsgesetz unter Vernachlässigung der Rechtstatsachenforschung novelliert worden sei und tendenziell die Prozeßdauer sogar verlängere. Der Gesetzentwurf hat *Herbert Fenn*⁴⁴¹ zur Untersuchung der Frage motiviert, inwieweit das Beschlußverfahren dadurch beschleunigt werden könne, daß die Dispositionsbefugnisse der Parteien vermehrt werden. Er vermißt insbesondere die Zulassung von Antragsänderungen, wie sie § 264 ZPO vorsieht. Der Gesetzgeber hat den Anregungen *Fenns* Rechnung getragen. Über die Novelle zum Arbeitsgerichtsgesetz berichten ferner *Albert Braun*⁴⁴², *Walter Bitter*⁴⁴³, *Martin Lorenz*⁴⁴⁴, *Eugen Stahlhacke*⁴⁴⁵ sowie *Leonhard Wenzel*⁴⁴⁶. In einem Kurzbeitrag vertritt *Hans-Dietrich Rewolle*⁴⁴⁷ die Auffassung, daß in Fällen, in denen der Arbeitnehmer nach Weisung des Arbeitgebers andere Orte aufsuche, als Erfüllungsort der Betrieb anzusehen sei. In einem anderen Beitrag⁴⁴⁸ hebt er hervor, daß sich der Anwalt, der nicht darauf hinweise, daß im ersten Rechtszug die Kosten für die Beiziehung eines Rechtsbeistandes nicht erstattet werden, schadensersatzpflichtig mache. Der Behandlung des Lohnvorschusses bei Pfändungen geht *Johannes Denck*⁴⁴⁹ nach. *Manfred Satzky*⁴⁵⁰ untersucht Probleme der Streitwertfestsetzung, die durch die Neufassung des § 12 ArbGG entstanden sind. Prozessuale Fragen der Arbeitnehmersparzulage breitet *Hartmut Koch*⁴⁵¹ aus. *Johannes Muth*⁴⁵² erörtert die Pfändbarkeit vermögenswirksamer Leistungen. *Dirk Neumann*⁴⁵³ behandelt

439 BB 1979, S. 949 ff.

440 ZfA 1979, S. 559 ff.

441 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 91 ff.

442 MDR 1979, S. 630 ff.

443 BStSozArbR 1979, S. 209 ff.

444 DB 1979, S. 1180 ff.

445 RdA 1979, S. 401 ff.

446 AuR 1979, S. 225 ff.

447 BB 1979, S. 170 ff.

448 BB 1979, S. 1353 ff.

449 BB 1979, S. 480 ff.

450 RdA 1979, S. 23 ff.

451 RdA 1979, S. 150 ff.

452 DB 1979, S. 1118 ff.

453 AR-Blattei, Rechtsmittel, Revision.

eingehend die Revision und *Günter Blank*⁴⁵⁴ gibt einen Überblick über das arbeitsgerichtliche Mahnverfahren. *Gottfried Winkler*⁴⁵⁵ nimmt zu Rechtsfragen des Lehrverhältnisses im Konkurs der Lehrberechtigten Stellung.

VIII. Internationales Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung

*Franz Gamillscheg*⁴⁵⁶ informiert über neue Entwicklungen auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts des Arbeitsvertrages. Ebenfalls mit kollisionsrechtlichen Fragen befaßt sich *Rolf Birk*⁴⁵⁷. Er untersucht grundlegend Rechtsfragen, die Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen mit grenzüberschreitender Wirkung aufwerfen. Den Auslandswirkungen betriebsverfassungsrechtlicher Normen gehen auch *Harald Hess* und *Birger Kropshofer*⁴⁵⁸ nach. Sie befürworten eine Modifikation des Territorialprinzips durch das arbeitsrechtliche Schutzprinzip. *Rolf Geffken*⁴⁵⁹ plädiert für die Anwendung des Rechts des Uferstaates auf Arbeitskämpfe, die sich auf den Hafenbetrieb erheblich auswirken. *Herbert Bernstein* und *Harald Koch*⁴⁶⁰ kommen zu dem Ergebnis, daß in Fällen, in denen deutsche Gesellschaften von ausländischen Unternehmensspitzen beherrscht werden, dem Unternehmensvertrag nach dem Statut der deutschen Gesellschaft die Anerkennung insoweit zu versagen sei, als er nicht eine mindestens im Kern der deutschen Mitbestimmung gleichwertige Beteiligung der Arbeitnehmerseite ermöglicht.

Methodenfragen der Arbeitsrechtsvergleichung diskutieren *Wolfgang Däubler*⁴⁶¹ und *Michael Faude*⁴⁶². *Maria Natey*⁴⁶³ berichtet über die Entwicklung und Stand des Arbeitsrechts in Polen. In einer Rezension schildert *Rolf Birk*⁴⁶⁴ die Neuordnung des schwedischen kollektiven Arbeitsrechts. Die rechtlichen Beurteilungsgrundlagen der Aussperrung in den verschiedensten Staaten breitet *Rolf Birk*⁴⁶⁵ aus. Er hebt hervor, daß sich die rechtsvergleichende Analyse auf schwankendem Boden befinde, da das Arbeitskampfrecht wie wenig andere Rechtsfragen in einen äußerst komplexen politisch-sozialen, institutionellen Zusammenhang eingebettet sei. Einer rechtsvergleichenden Betrachtung wollen *Hans-Joachim Böhlke* und *Horst Weigand*⁴⁶⁶ entnehmen, daß die Aussperrung zur Gewährleistung der

454 AR-Blattei, Mahnverfahren, Übersicht.

455 ZAS 1979, S. 123 ff.

456 Recht der Internationalen Wirtschaft 1979, S. 225 ff.

457 Festschrift für Günther Beitzke (1979), S. 831 ff.

458 BIStSozArbR 1979, S. 100 ff.

459 NJW 1979, S. 1339 ff.

460 ZHR 143 (1979), S. 521 ff.

461 Demokratie und Recht 1979, S. 23 ff.

462 Vierteljahreszeitschrift für Sozialrecht 1979, S. 245 ff.

463 RdA 1979, S. 158 ff.

464 AuR 1979, S. 65 ff.

465 ZfA 1979, S. 231 ff.; Rechtsfragen der Aussperrung (1979), S. 35 ff.

466 Streikfreiheit und Aussperrungsverbot (1979), S. 286 ff.

Tarifautonomie nicht erforderlich sei. *Bernard Teyssié*⁴⁶⁷ informiert darüber, daß man in Frankreich angesichts des gewandelten Kräfteverhältnisses zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften zu einer großzügigeren Zulassung der Aussperrung tendiere. *Joseph M. Maeijer*⁴⁶⁸ gibt einen Überblick über das niederländische Betriebsrätegesetz von 1971 und die Novelle von 1979, die eine Annäherung an das deutsche System bringt. *Joachim Voss*⁴⁶⁹ stellt den Stand der Mitbestimmungsdiskussion in Großbritannien dar. Über die Grundlagen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeziehungen in Großbritannien berichtet *Klaus Kukat*⁴⁷⁰.

Die Arbeitnehmerhaftung im Vergleich zwischen Polen und der Bundesrepublik Deutschland betrachtet *Andrzej Kubas*⁴⁷¹. Trotz der unterschiedlichen politischen Systeme stellt er bemerkenswerte Ähnlichkeiten fest. *Maximilian Bissinger* und *Christian Hagemeyer*⁴⁷² unterrichten über den Kündigungsschutz im französischen Recht. Die jüngste Reform des österreichischen Abfertigungsrechts erläutert *Erwin Migsch*⁴⁷³. Den gleichen Fragenkreis aus israelischer Sicht stellt *Friedrich Shlomo-Perles*⁴⁷⁴ dar. Rechtlichen und sozialmedizinischen Aspekten des Arbeitsschutzes in der DDR gehen *Klemens Pleyer*⁴⁷⁵ und *Herbert Mück* nach. *Johannes Schregle*⁴⁷⁶ trägt Überlegungen zu einem Vergleich der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit mit der Arbeitsgerichtsbarkeit anderer Länder vor. Er betont, daß ein sachgerechter rechtsvergleichender Ansatz nur gewonnen werden könne, wenn zwischen Rechts- und Regelungsstreitigkeiten unterschieden werde. *J. J. M. van der Ven*⁴⁷⁷ unterrichtet über die dem Frauen- und Mutterschutz sowie Kinderschutz dienenden Regeln in den Konventionen der internationalen Arbeitsorganisation.

IX. Beiträge mit Schwerpunkten auf anderen Rechtsgebieten

*Rupert Scholz*⁴⁷⁸ beschäftigt sich mit der Konkretisierung der Arbeitsverfassung durch das Bundesarbeitsgericht. Die Arbeitsverfassung umschreibt er als Komplex all derjenigen Verfassungsnormen, die das Arbeitsleben in seinen sachlichen, personellen und funktionellen sowie in seinen individual- und kollektivrechtlichen

467 ZfA 1979, S. 43 ff.

468 ZfA 1979, S. 69 ff.

469 Das Mitbestimmungsgespräch 1979, S. 110 ff.

470 RIW/AWD 1979, S. 685 ff.

471 RdA 1979, S. 163 ff.

472 BIStSozArbR 1979, S. 49 ff.

473 RdA 1979, S. 359 ff.

474 ZfA 1979, S. 219 ff.

475 RdA 1979, S. 374 ff.

476 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 541 ff.

477 Festschrift für Günther Beitzke (1979), S. 897 ff.

478 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 511 ff.

Ordnungsbezügen regeln oder Direktiven aufstellen. Dazu gehören die verfassungsrechtlichen Entscheidungen für das Eigentum an Produktionsmitteln, die Berufswahl- und -ausübungsfreiheit, Vertrags-, Wettbewerbs-, Koalitions- sowie Vereinigungsfreiheit. Im sozialen Bereich trete das Sozialstaatsprinzip ergänzend hinzu. Das Gesamtsystem sei vorrangig liberalen Ordnungsvorstellungen verpflichtet. *Scholz* konstatiert anhand einer Vielzahl von Beispielen, daß sich das Bundesarbeitsgericht in seiner Judikatur zu einer Arbeitsverfassung in dem von ihm beschriebenen Sinn bekannt habe. Im Bereich der Drittwirkung der Grundrechte sei dem Bundesarbeitsgericht eine in der Regel überzeugende Rechtsprechung gelungen. Kritisch vermerkt er unter anderem, daß sich das Bundesarbeitsgericht manchmal zu Unrecht die Kompetenz zur politisch eigenständigen Sozialgestaltung angemaßt habe. *Ernst Benda*⁴⁷⁹ zufolge sind jedenfalls diejenigen arbeitsrechtlichen Institutionen durch die Sozialstaatsklausel verfassungsrechtlich abgesichert, die auf längerer Rechtstradition beruhen und allgemeine Anerkennung gefunden haben. Mit der Rechtsfortbildung durch das Bundesarbeitsgericht befaßt sich auch *Hermann Weitnauer*⁴⁸⁰ in einer Analyse von Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, in denen das Gericht lückenschließend tätig wurde oder Normen des gesetzten Rechts die Gefolgschaft verweigerte. Im Spannungsverhältnis zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht sind die Fragenkomplexe angesiedelt, die *Dieter Reuter* in zwei Abhandlungen untersucht. Eine⁴⁸¹ dieser Abhandlungen ist dem Partizipationsschein gewidmet, in denen Ansprüche der Arbeitnehmer auf verhältnismäßige Teilhabe am Gewinn und Liquidationserlös verbrieft werden. Bedenken gegen diese Form der Mitarbeiterbeteiligung könnten daraus hergeleitet werden, daß beim Partizipationsschein der Zusammenhang zwischen Entscheidungsmacht in der Kapitalgesellschaft und Verantwortung gelockert sei. Der Gesetzgeber habe nämlich die stimmrechtslose Vorzugsaktie stark beschränkt. Unter dem Aspekt der Arbeitnehmerbeteiligung könnten diese Bedenken freilich zurückgestellt werden, da die Arbeitnehmer trotz ihrer Beteiligung ohnehin nicht die spezifische Kapitaleignerrolle übernehmen würden. Es sei daher aus gesellschaftsrechtlicher Sicht tragbar, daß auf diese Weise nicht-stimmberechtigtes Eigenkapital gebildet werde. In einer Rezensionsabhandlung nimmt *Reuter*⁴⁸² die Arbeiterselbstverwaltung anhand des Modells »Süßmuth« unter die Lupe. Das Modell »Süßmuth« sieht als Unternehmensträgerin eine GmbH vor, deren Anteile treuhänderisch von den jeweiligen Vorstandsmitgliedern eines nichtrechtsfähigen Vereins der Beschäftigten des Unternehmens gehalten werden. Treugeber ist der Verein. Der Vorstand des Vereins ist an die Weisungen der Mitgliederversammlung, die Geschäftsführer der GmbH an die Weisungen des Vorstands gebunden. Das zentrale gesellschaftsrechtliche Problem dieser Konstruktion sieht *Reuter*

479 RdA 1979, S. 1 ff.

480 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 617 ff.

481 Festschrift für Robert Fischer (1979), S. 605 ff.

482 ZfA 1979, S. 537 ff.

darin, daß das Entstehen von Abfindungslasten zuungunsten des Unternehmens verhindert werden müsse. Seiner Ansicht zufolge ist dies, wie er unter Hinweis auf die Ordnungsfunktion des Gesellschaftsrechts hervorhebt, mit Hilfe eines nichtrechtsfähigen Vereins als Treugeber unmöglich. Unter arbeitsrechtlichem Aspekt steht die Frage im Vordergrund, ob sich die Beschäftigten zum Unternehmen in einem Arbeitsverhältnis oder in einer verbandsrechtlichen Beziehung befinden. Diese Frage beantwortet *Reuter* damit, daß es primär nicht auf die Tatsache einer abhängigen Arbeit, die z. B. auch von Familienangehörigen geleistet werde, sondern darauf ankomme, ob die Unternehmensorganisation Interessen verpflichtet sei, die spezifischen Beschäftigteninteressen entgegengesetzt seien. Da im Modell »Süßmuth« die Interessen der Beschäftigten zum Gegenstand der Unternehmenspolitik gemacht werden sollen, liegen in der Sicht *Reuters* lediglich verbandsrechtliche Beziehungen vor. Zu deren näheren Ausgestaltung will *Reuter* aber zum Teil auf Regeln des Individualarbeitsrechts zurückgreifen. Für eine Anwendung des Tarif- und Arbeitskampfrechts sei jedoch kein Raum. Gleiches gelte für das Betriebsverfassungsgesetz. Ein etwaiges Bedürfnis nach einer Betriebsverfassung müsse intern unter den Beteiligten geregelt werden.

X. Literaturhinweise

Arbeitsrecht: Grundriß. Von einem Autorenkollektiv des Lehrstuhls Arbeitsrecht an der Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR. Red. *Frithjof Kunz* und *Alfred Baumgart*. – Berlin: Staatsverlag der DDR 1979, 288 Seiten.

Arnold, Michael: Die Entstehung des Betriebsverfassungsgesetzes 1952. – Freiburg i. Br. Rechtswiss. Diss. vom 15. 2. 1979 (1978) XXII, 200 S.

Arbeitssicherheit: Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit (Arbeitssicherheitsgesetz – ASiG). Mit Einl., ausführl. Anm., erg. Vorschriften und Sachreg. von *Günter Graeff*. 2., neu bearb. Aufl. – Köln: Heymann 1979. 231 S.

Bakkenbüll, Jens Norbert und *Zahn, Christian*: Personalplanung und Betriebsrat. – Hamburg: Dt. Angestellten-Gewerkschaft 1979. 52 S., Anl. (Der Betriebsrat. H. 2–3/79).

Becker, Werner: Die Übertragung von Betriebsratsbefugnissen auf Ausschüsse und einzelne Betriebsratsmitglieder (§§ 27, 28 BetrVG 1972). – Bonn, Rechts- und staatswiss. Diss. vom 5. 7. 1979. XXVII, 231 S.

Bertelsmann, Klaus: Aussperrung. Eine Untersuchung ihrer Zulässigkeit unter bes. Berücksichtigung ihrer geschichtlichen Entwicklung und Handhabung in der Pra-

- xis. – Berlin: Duncker & Humblot 1979. XIX, 435 S. (Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht. Bd. 45.) Zugl. Rechtswiss. I Diss. Hamburg von 1977/78.
- Bieback, Karl-Jürgen*: Streikfreiheit und Aussperrungsverbot. Zur Diskussion einer gewerkschaftl. Forderung von *Karl-Jürgen Bieback* (u. a.) – Neuwied u. Darmstadt: Luchterhand 1979. 336 S. (Demokratie und Rechtsstaat. Bd. 42.)
- Blankenburg, Erhard* und *Schönholz, Siegfried*: Zur Soziologie des Arbeitsgerichtsverfahrens. Die Verrechtlichung von Arbeitskonflikten. Unter Mitarb. von *Ralf Rogowski*. – Neuwied u. Darmstadt: Luchterhand 1979. 202 S. (Demokratie und Rechtsstaat. Bd. 47.)
- Blum, Erich*: Die Eingliederung Behinderter (Rehabilitation). Versuch einer Systematisierung. Bochum, Rechtswiss. Diss. vom 7. 2. 1979. XVIII, 155 S.
- Bobrowski, Paul*: Das Arbeitsrecht im Betrieb von der Einstellung bis zur Entlassung. 7., vollst. neubearb. und erw. Aufl. von *Dieter Gaul*. Bd. 1. – Heidelberg: Verlagsges. Recht und Wirtschaft 1979, XXVII, 662 S. (Bücher des Betriebs-Beraters.)
- Bobrowski, Paul* und *Gaul, Dieter*: Das Arbeitsrecht im Betrieb von der Einstellung bis zur Entlassung. 7., völlig neubearb. und erw. Aufl. Bd. 2. – Heidelberg: Verlagsges. Recht u. Wirtschaft 1979. XV, 983 S. (Bücher des Betriebs-Beraters.) (Forts. zu KJB 1979, 16192)
- Bösche, Burchard*: Die Rechte des Betriebsrats bei Kündigungen, Anhörung, Widerspruch und Weiterbeschäftigung nach § 102 BetrVG. – Köln: Bund-Verl. 1979. 190 S. (Schriften zum Arbeits- und Sozialrecht.)
- Bopp, Peter* und *Goller, Jost*: Beteiligung des Betriebs- und Personalrats bei Kündigungen. – Stuttgart (usw.): Boorberg 1979, 96 S. (Schriftenreihe. Das Recht der Wirtschaft H. 189.)
- Bretschneider, Walter*: Mitbestimmung, Wirtschaftsordnung und Grundgesetz. – Konstanz, Rechtswiss. Diss. vom 11. 1. 1979. 155 S.
- Broschell, Heinz*: Partner der Zukunft. Leitlinien für eine partnerschaftl. Unternehmensverfassung. Vorw. von *Franz Josef Strauß*. (Als Autorenteam wirkten mit: . . .) – München: Verlag Moderne Industrie 1979. 168 S.
- Brunner, Curt*: Der Boykott – selbständiges oder unselbständiges Nebenkampfmittel eines zulässigen Arbeitskampfes. – Köln, Rechtswiss. Diss. vom 2. 7. 1979. 152 S.
- Brunner, A. B.*: Die außerordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages nach schweizerischem Vergleich zum deutschen Recht (Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht SSA 8) Stämpfli 1979.
- Burghardt, H.*: Entscheidungsspielraum, Bewegungsfreiheit und Durchsetzungsmöglichkeiten von Betriebsräten. Bund-Verlag 1979.

- Coen, Martin:* Das Recht auf Arbeit und der Bestandsschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses. Materiellrechtl. und vollstreckungsrechtl. Probleme des Beschäftigungsrechts. – Köln: Bund-Verlag 1979. LVII, 238 S. (Schriften zum Arbeits- u. Sozialrecht). Zugl. Bielefeld, Rechtswiss. Diss.
- Cotter, Guido:* Das Luzerner Arbeitsgericht und die Bestimmung des Art. 343 OR. Ein Beitrag zur Arbeitsgerichtsbarkeit in der Schweiz. – Zürich: Juris-Verlag 1979. XIX, 175 S. Zugl. Freiburg/Schweiz, Jur. Diss.
- Däubler, Wolfgang:* Das Arbeitsrecht. 2. Ein Leitfaden für Arbeitnehmer. – Reinbek b. Hamburg: Rowohlt 1979. 634 S. (rororo aktuell.) (Rororo 4275.)
- Dorndorf, Eberhard:* Freie Arbeitsplatzwahl und Recht am Arbeitsergebnis. Zur rechtl. Bedeutung des Konflikts zwischen Arbeitsmobilität und Aneignungsfähigkeit des Arbeitprodukts. – Frankfurt/M.: Metzner 1979. VI, 282 S. – Zugl. Frankfurt/M. Habil.-Schr.
- Dunkel, Johann Hermann:* Der Begriff und die Arten der Beteiligten im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren. – Berlin: Duncker und Humblot 1979. 191 S. (Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht. Bd. 42) Zugl. Augsburg, Rechtswiss. Diss. 1977.
- Egger, Hartmut:* Gestaltungsrecht und Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsverhältnis. – Berlin: Duncker und Humblot 1979. 108 S. (Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht. 41.) Zugl. Jur. Diss. Mannheim von 1977.
- Ehmann, Horst:* Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit. Zur Verlagerung des Lohnrisikos im Arbeitskampf u. Arbeitsfrieden. – Berlin: Duncker und Humblot 1979. 188 S. (Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Bd. 44.)
- Gamillscheg, Franz:* Arbeitsrecht. Bd. 1. 2. – München: Beck. 1. Individualarbeitsrecht. 5. Aufl. 1979. 319 S.
- Gaul, Dieter, und Kühne, Gerd:* Arbeitsstättenrecht. Humanisierung der Arbeit und ihre rechtliche Bedeutung. – München, Wien: Hanser 1979. 299 S.
- Gaul, Dieter:* Die betriebliche Altersversorgung in fachübergreifender Wertung mit Beiträgen v. . . . – Leverkusen: Lex-Fachbuchhandlung 1979. 116 S.
- Geffken, Rolf:* Seeleutestreik und Hafenarbeiterboykott. Rechtsprobleme d. Arbeitskampfes an Land und auf See. – Marburg: Verlag Arbeiterbewegung und Gesellschaftswiss. 1979. XXIX, 518 S. (Schriftenreihe für Sozialgeschichte und Arbeiterbewegung der Studiengesellschaft für Sozialgeschichte und Arbeiterbewegung Marburg. Bd. 18.) Zugl. Bremen, Jur. Diss. 1978.
- Gottschalk, F./Gürtler, H.:* Arbeitsschutz und Arbeitssicherheit. Gesetzliche Grundlagen, Interessen, Möglichkeiten. Luchterhand 1979.

- Görg, Axel:* Entschädigung bei unverschuldetem Verlust des Arbeitsplatzes. – Königstein/Ts.: Hanstein 1979. XXIV, 216 S. (Schriften zum Wirtschafts- und Arbeitsrecht. Bd. 5.) Zugl. Berlin, Freie Univ. Rechtswiss. Diss. 1978.
- Granzow, Erhard:* Die Behandlung von Dienst- u. Arbeitsverträgen im Konkurs des Dienstberechtigten bzw. Arbeitgebers. – Göttingen, Jur. Diss. vom 15. 12. 1978 (1979). XLVIII, 181 S.
- Haberkorn, Kurt:* Aktuelle Zweifelsfragen zum neuen Kündigungsrecht für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Betriebsräte. Arten, Gründe und Fristen der Kündigung. Mitwirkung des Betriebsrats. Kündigungsschutz ... Ein prakt. Leitfaden mit einer Fülle von Beisp. und Verhaltensempfehlungen sowie den wesentl. kündigungsrechtl. Vorschriften. – Kissing: WEKA-Verl. 1979. 290 S.
- Hartung, Götz:* Die Vergütung der Verbesserungsvorschläge. Zugl. ein Beitrag zur Lehre der Vergütung von arbeitsrechtl. Sonderleistungen und zum betriebl. Vorschlagswesen. – Köln, Rechtswiss. Diss. vom 7. 5. 1979. XXIV, 200 S.
- Haug, Ulrich:* Direktion zwischen Sachzwang und Demokratie. Eine Studie zu einem arbeitsrechtl. Institut. – Berlin: Duncker und Humblot 1979. 204 S. (Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht. 40.) Zugl. Diss. Tübingen.
- Hoebel, Thomas:* Die Wahlmänner im Mitbestimmungsgesetz 1976. – Freiburg i. Br., Rechtswiss. Diss. vom 14. 5. 1979, XXVIII, 260 S.
- Hofe, G.:* Betriebliche Mitbestimmung und Humanisierung der Arbeitswelt. Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats bei der menschengerechten Gestaltung der Arbeit. Athenäum, Königstein 1979. (Schriften zum Arbeitsrecht 5 und 6.)
- Hoffmann-Riem, Wolfgang:* Innere Pressefreiheit als politische Aufgabe. Über die Bedingungen und Möglichkeiten arbeitsteiliger Aufgabenwahrnehmung in der Presse. – Neuwied und Darmstadt: Luchterhand 1979. XII, 298 S.
- Hromadka, Wolfgang:* Das Recht der leitenden Angestellten im historisch-gesellschaftlichen Zusammenhang. – München: Beck 1979. XVIII, 373 S. (Schriften des Inst. für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Univ. zu Köln. Bd. 41.)
- Hromadka, Wolfgang:* Die Arbeitsordnung im Wandel der Zeit am Beispiel der Hoechst AG. – Köln (usw.): Heymanns 1979. IX, 185 S.
- Inhoffen, Anton O.:* Die Entlassung von Arbeitnehmern in der mitbestimmten Unternehmung. Betriebswirtschaftl.-organisatorische und jurist. Probleme aus Unternehmersicht. – Stuttgart: Poeschel 1979. XV, 210 S. (Betriebswirtschaftl. Abhandlungen. N. F. Bd. 39.)

- Kahn-Freund, Otto*: Arbeit und Recht. Aus dem Engl.-Köln, Frankfurt/M.: Bund-Verlag 1979. XXXI, 315 S. (Schriftenreihe der Otto-Brenner-Stiftung. 13.)
- Kalbitz, Rainer*: Aussperrungen in der Bundesrepublik. Die vergessenen Konflikte. – Köln, Frankfurt/M.: Europ. Verl.-Anstalt 1979, 176 S. (Schriftenreihe der Otto-Brenner-Stiftung. 14.)
- Käßer, Petra*: Der fehlerhafte Arbeitsvertrag. – Berlin: Duncker und Humblot 1979. 180 S. (Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht. Bd. 46.) Zugl. Rechtswiss. Diss. München.
- Kirch, Helmut*: Das Ehegatten-Arbeitsverhältnis. – Stuttgart, München, Hannover: Boorberg 1979. 51 S. (Schriftenreihe: Das Recht der Wirtschaft. H. 191.)
- Klein, Harald*: Koalitionsfreiheit im pluralistischen Sozialstaat. Eine verfassungsrechtl. Analyse der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. – Königstein/Ts.: Athenäum Verlag 1979. 193 S. (Schriften zum Arbeitsrecht. Bd. 7.) Zugl. Jur. Diss. Augsburg von 1978.
- Knabe, Bernd*: Entlassungsfälle in der sowjetischen Arbeitswelt. – Köln: Bundesinst. für ostwiss. und int. Studien 1979, 71 S. (Berichte des Bundesinst. für ostwiss. und int. Studien 1979, 25.)
- Knevels, Peter und Ortlepp, Hanns-Peter*: Gratifikationen, Anwesenheits- und Treueprämien, Tantiemen. Jährl. Einmalzahlungen als zusätzl. Sonderleistungen der Betriebe. Arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtl. Fragen unter Berücks. der einschläg. Tarifverträge in der dt. Wirtschaft. 2., Neubearb. Aufl. – Bielefeld: E. Schmidt 1979, 101 S. Erscheint zugl. als »Neues Steuerrecht von A–Z«, Sonderflg.
- Koopmann, Klaus*: Gewerkschaftl. Vertrauensleute. Darstellung und krit. Analyse ihrer Entwicklung und Bedeutung von den Anfängen bis zur Gegenwart unter bes. Berücks. des Dt. Metallarbeiterverbandes (DMV) und der Industriegewerkschaft Metall (IGM). Bd. 1.2. – München: Minerva Publikation 1979. 1: X, 610 S., 2: S. XI–XIII und S. 611–1136. (Minerva-Fachserie Wirtschafts- und Sozialwissenschaften.) Zugl. Rer. pol. Diss. Bremen von 1978.
- Kreuzer, Günther*: Der gewerkschaftl. Einfluß auf die innerbetriebl. Arbeitnehmervertretungsorgane im italienischen Recht. – Bielefeld, Rechtswiss. Diss. vom 23. 2. 1979 (1978). 159 S.
- Kreutz, Peter*: Grenzen der Betriebsautonomie. – München: Beck 1979, XIII, 264 S. (Schriften des Inst. für Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Univ. Köln. Bd. 42.) Zugl. Rechts- und wirtschaftswiss. Hab.-Schrift Mainz von 1978.

- Lecheler, Helmut*: Arbeitsmarkt und öffentlicher Dienst. – Bonn: Godesberger Taschenbuch-Verlag; Stuttgart; Kohlhammer i. Komm. 1979. 107 S. (Godesberger Taschenbücher. Wissenschaftl. Reihe. Bd. 15.)
- Leuchten, Alexius*: Der Kampf um den Achtstundentag. Auseinandersetzungen um die gesetzl. Regelung der Arbeitszeit in der Weimarer Republik. Ein Beitr. zur Geschichte des Arbeits- und Sozialrechts 1918–1933. – Augsburg, Jur. Diss. 1978. XI, 278 S.
- Luhmann, Ulrich und Zach, Georg M.*: Sämtliche Sonderzuwendungen an den Arbeitnehmer und ihre Auswirkungen auf das Unternehmen aus arbeitsrechtl., steuerl. und betriebl. Sicht. Von der Anwesenheitsprämie bis zur Weihnachtsgratifikation. Bad Kissing: WEKA-Verl. 1979. VIII, 239 S. (Ratgeber für den Unternehmer.)
- Marienhagen, Rolf*: Dauerarbeitsverträge mit Angestellten. 8., neubearb. Aufl. – Heidelberg: Verlagsges. Recht und Wirtschaft 1979. 28 S. (Heidelberger Musterverträge. H. 3.)
- Martens, Klaus-Peter*: Die Gruppenabgrenzung der leitenden Angestellten nach dem Mitbestimmungsgesetz. – München: Beck 1979. XII, 103 S.
- Nagels, Monika*: Betriebsaufspaltung und Kollektivvereinbarungen. Bock und Herden 1979.
- Ohm, Wolfgang*: Aussperrung. Spiegelbild des Streiks. – Köln: Dt. Instituts-Verl. 1979. 139 S.
- Pahlen, Ronald*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Erstattung von Schulungskosten nach dem BetrVG 1972. – Berlin: Duncker und Humblot 1979. 137 S. (Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht. 43.)
- Papailiou, Georgios*: Die Arbeitsbereitschaft. Eine rechtsvergleichende Darstellung des deutschen und des griechischen Rechts. – Frankfurt/M. (usw.): Lang 1979. XVII, 216 S. (Europ. Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswiss. Bd. 217.) Zugl. Heidelberg, Jur. Diss. 1979.
- Petkewitsch, Claus von*: Grundstrukturen der arbeits-, sozial- und steuerrechtlichen Stellung deutscher Seeleute unter der Flagge der Republik Zypern. – Bremen (1, Kirchbachstr. 153): Selbstverlag 1979. 192 S.
- Pohle, Ekhard*: Das Betriebsverfassungsgesetz in der betrieblichen Praxis. – Wiesbaden: Gabler 1979. 155 S.
- Prager, Matthias*: Grenzen der deutschen Mitbestimmung (incl. Betriebsverfassung) im deutsch-schweizerischen Unternehmensrecht. – Zürich: Schulthess

1979. XI, XI, 65 S. (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Bd. 37.)

Reuter, Dieter: Vergütung von AT-Angestellten und betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung. – Königstein/Ts.: Hanstein 1979. XVII, 56 S. (Schriften zum Wirtschafts- und Arbeitsrecht. Bd. 7.)

Richardi, Reinhard: Aktuelle Probleme aus dem Betriebsverfassungsrecht. – Köln: Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft, Steuern 1978. 86 S. (RWS-Seminarskript Nr. 21.)

Richardi, Reinhard: Recht der Betriebs- und Unternehmensmitbestimmung. 2., neubearb. und erw. Aufl. Bd. 1. Grundriß. – Heidelberg, Karlsruhe: C. F. Müller 1979. XXIX, 210 S. (Uni-Taschenbücher. 932.)

Richardi, Reinhard: Recht der Betriebs- und Unternehmensmitbestimmung, Hrsg.: Reinhard Richardi. 2., neubearb. und erw. Aufl. Bd. 2: Examinatorium. Mit Beitr. v. ... – Heidelberg, Karlsruhe: C. F. Müller 1979. IX, 192 S. (Uni-Taschenbücher. 933.)

Roost, Jakob: Freiwillige Sozialleistungen, Bedeutung, Arten und Ausgestaltung. – Bern: Stämpfli 1979, 109 S. (Schriften zum schweizer. Arbeitsrecht. H. 9.)

Rosenfeld, Klaus, und Hein, Eva: Förderung und Schutz der Frau im Arbeitsrecht. – Berlin: Staatsverlag der DDR 1979. 79 S. (Recht in unserer Zeit. 18.)

Rückert, Joachim und Friedrich, Wolfgang: Betriebl. Arbeiterausschüsse in Deutschland, Großbritannien und Frankreich im späten 19. und früheren 20. Jahrhundert. Eine vergl. Studie zur Entwicklung des kollektiven Arbeitsrechts. – Frankfurt/M. (usw.): P. Lang 1979, 160 S. (Rechtshistorische Reihe. Bd. 7.)

Rüthers, Bernd: Streik und Aussperrung. – Köln: Bachem 1979, 15 S. (Kirche und Gesellschaft. Nr. 56.)

Rüttgers, Jürgen: Das Verbot parteipolitischer Betätigung im Betrieb. – Köln, Rechtswiss. Diss. 1979. XVIII, 122 S.

Säcker, Franz Jürgen: Aufsichtsratsausschüsse nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976. Einsetzung, Besetzung und Arbeitsweise. – Düsseldorf, Frankfurt/M.: Verlag Handelsblatt 1979, 70 S. (Schriftenreihe: Der Betrieb. H. 77.)

Säcker, Franz Jürgen: Informationsrechte der Betriebs- und Aufsichtsratsmitglieder und Geheimsphäre des Unternehmens. – Heidelberg: Verl.-Ges. Recht und Wirtschaft 1979. 106 S. (Schriften des Betriebs-Beraters. H. 60.)

Sandmann, Georg, und Marschall, Dieter: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG –. Erl. von ... Neubearb. – Frankfurt/M.: Kommentator Verlag

1979. (Der Wirtschafts-Kommentator. B VI/2 = Arbeits- und Sozialrecht. Bd. 14.) (Die WK-Reihe. Nr. 65 a.) (Loseblattausgabe.)
- Seiter, Hugo*: Arbeitskampfpazität und Übermaßverbot unter bes. Berücksichtigung des »Boykotts« in der dt. Seeschifffahrt. – Düsseldorf, Frankfurt/M.: Handelsblatt GmbH. 1979. 107 S. (Schriftenreihe: Der Betrieb.)
- Spinnarke, Jürgen*: Recht in der Arbeitsmedizin. – Heidelberg: Haefner 1979. 132 S.
- Schaub, Günter*: Meine Rechte und Pflichten im Arbeitsgerichtsverfahren. 3., neu bearb. Aufl. Stand: 1. September 1979. – München: Dt. Taschenbuch Verlag 1979. XVIII, 319 S. (Beck-Rechts-Berater.) (dtv 5205.)
- Schäuble, Gerhard*: Die Humanisierung der Industriearbeit. – Frankfurt/M., New York: Campus Verlag 1979, 303 S. (Campus Forschung. Bd. 104.)
- Schmidt, Hans Joachim*: Abmahnung und Ermahnung im Arbeitsrecht. – Gießen, Rechtswiss. Diss. vom 14. 2. 1979 (1978) XVIII, 111 S.
- Schröder, Jochen*: Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen. – Heidelberg, Karlsruhe: C. F. Müller 1979, 39 S. (Hagener Seminarbeiträge zum Unternehmensrecht. H. 4.)
- Schulte-Mimberg, Udo und Sabel, Hans-Jürgen*: Rechtsprechung zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle. Eine kommentierende Gesamtdarstellung. 2., völlig neu bearb. Aufl. – Sankt Augustin: Asgard-Verlag Hippe 1979. 326 S. (Fortbildung und Praxis. 80.)
- Schükri, Franz J.*: Das Recht des Arbeitnehmers im öffentlichen Dienst. R. v. Deckers, Hamburg 1979.
- Schwerdtfeger, G.*: Zur Verfassungsmäßigkeit der paritätischen Mitbestimmung. (Heidelberger Forum 2.) C. F. Müller, Karlsruhe 1979.
- Staehelin, Rudolf M.*: Mitbestimmung in Europa. Die Beteiligung der Arbeitnehmer an Entscheidungen in Betrieb und Unternehmen in Deutschland, Frankreich und Großbritannien, Harmonisierungsbestrebungen im europ. Rahmen, Perspektiven für die Schweiz. Eine rechts- und praxisvergl. Studie. – Zürich: Schulthess 1979. 562 S. (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Bd. 38.) Zugl. Diss., Basel.
- Tenhof, Dieter*: Das Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb. Voraussetzungen und Grenzen. – Bonn: Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer e. V. 1979. 9 S. (Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer e. V. Kursblatt.)

Vischer, Frank: Der Arbeitsvertrag. Separatdruck aus »Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1«. Das Recht in Theorie und Praxis. Helbing und Lichtenhahn, IBRO 1979.

Zachert, Ulrich/Metzke, Maria/Hamer, Wolfgang: Die Aussperrung. Zur rechtl. Zulässigkeit und prakt. Durchsetzungsmöglichkeit eines Aussperrungsverbots. Mit einem Vorw. von Gerd Muhr. 2. Aufl. – Köln: Bund-Verlag 1979. – VI, 248 S. (WSI-Studie zur Wirtschafts- und Sozialforschung. Nr. 36.)

Zachert, Ulrich: Arbeitsgruppe Arbeitsrecht (AGAR). – *Zachert, Ulrich*: Tarifvertrag. Eine problemorientierte Einführung. – Köln: Bund-Verlag 1979. 213 S. (Reihe »Problemorientierte Einführungen«. Bd. 10/IX.)

Zachert Ulrich: Arbeitsgruppe Arbeitsrecht (AGAR). – *Zachert, Ulrich*: Betriebliche Mitbestimmung. Eine problemorientierte Einführung. – Köln: Bund-Verlag 1979. 156 S. (Reihe »Problemorientierte Einführungen«. Bd. 10/X.)