

Buchbesprechungen

Holger Poth, *Die Grenzen des Arbeitsrechts aus kartellrechtlicher Sicht*, Frankfurt a. M./Bern/New York/Paris 1990 (Peter Lang Verlag), 204 Seiten, DM 75,-

Tarifautonomie und Kartellrecht: Referate einer FIW-Veranstaltung, Köln/Berlin/Bonn/München (Carl Heymanns Verlag), 33 Seiten, DM 40,-

Herbert Kronke, *Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt. Kernbereiche des Arbeitsrechts im internationalen Vergleich*, Baden-Baden 1990 (Nomos Verlagsgesellschaft), 440 Seiten, DM 98,-

Christoph F. Büchtemann/Helmut Neumann (Hg.), *Mehr Arbeit durch weniger Recht ?. Chancen und Risiken der Arbeitsmarktflexibilisierung*, Berlin 1990 (edition sigma Rainer Bohn Verlag), 303 Seiten, DM 33,-

Besonders im Arbeitsrecht weisen die Auseinandersetzungen über die Einbeziehung von Tarifverträgen in den Anwendungsbereich von Kartellverboten und Deregulierung bzw. Flexibilisierung ähnliche Argumentationsmuster auf. Beide, Kartellrecht und Deregulierung bzw. Flexibilisierung, erstreben ein bestimmtes angenommenes Optimum wirtschaftlichen Handelns. Zur rechtlichen Restriktion von Kartellen heißt es beispielhaft in der Begründung zum Entwurf des GWB, dieses solle »die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt«¹. Es ist nicht zuletzt die Betonung der schutzwürdigen Interessen von Dritten, seien es Konsumenten oder Arbeitslose, die den Debatten

über den Schutz des freien Wettbewerbs und der Beseitigung von angeblich wirtschaftshemmenden Regulierungen und Rigiditäten besondere Aufmerksamkeit und Vehemenz verleihen. Der »suggestive Charme« dieser Argumentation speist sich »aus der Utopieversprechung einer freien Gesellschaft«, so daß sich jede Gegenposition »auf die Rolle desjenigen festlegt (sieht), der gegen Freiheit und Effizienz einen naturwidrigen Zustand verteidigt«².

Trotz dieses strukturellen Feldvorteils sind auch diese Diskussionen von bestimmten Konjunkturen abhängig; die über Deregulierung wird – worauf Büchtemann/Neumann in ihrer Einleitung mit Belegen bereits aus den 20er und 30er Jahren hinweisen (S. 15) – zu Zeiten wirtschaftlicher Krisen geführt, die über die Wettbewerbswidrigkeit von Tarifverträgen dann, wenn mit ihrer Hilfe auf neue Problemlagen oder Bedürfnisse reagiert wird.

Die Entwicklung der juristischen Auseinandersetzung über die kartellrechtliche Einordnung von Tarifverträgen läßt sich auch anhand der von Poth verarbeiteten einschlägigen Literatur gut nachvollziehen. Die entsprechenden Beiträge stammen im wesentlichen aus den 60er und 70er Jahren, damals u. a. entstanden im Zusammenhang mit der Arbeitszeit in Gaststätten bzw. mit Besetzungsregeln im Rahmen von Rationalisierungsschutzabkommen. Dies gehört zu dem wenigen Positiven, das sich über Poths Arbeit sagen läßt.

Der Autor bildet zehn Fallgruppen, die gutachtlich einer Prüfung anhand der Tatbestandsmerkmale der §§ 1, 5 und 8 GWB unterzogen werden. Schon hier wären Bedenken anzumelden, da einige der analysierten

¹ Zit. nach Immenga/Mestmäcker, *GWB*, Rdnr. 1 der Einleitung.

² Kittner, *Zum Schutz der Schwachen*, *FAZ* vom 27. 4. 1991, S. 13.

Fälle für die bundesdeutsche Praxis kaum relevant sind. Als interessante aktuelle Gegenstände bleiben Tarifregelungen über die Lage der Arbeitszeit und der Betriebsferien, zum Rationalisierungs-, Arbeits- und Umweltschutz.

Poth beginnt damit, das Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Tarifautonomie herauszuarbeiten und kommt zu dem Ergebnis, daß beider verfassungsrechtliche Gewährleistung im Wege der praktischen Konkordanz miteinander in Einklang zu bringen sind (S. 43 ff.). Nach Ansicht des Autors genießen Betätigungsformen der Tarifpartner, die den Wettbewerb auf den Gütermärkten beeinträchtigen, regelmäßig Vorrang, soweit sie für die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geeignet und unerlässlich sind (S. 48 f.). Eine erste Konkretisierung erfährt diese Generalklausel durch ihre Anwendung auf die eingangs gebildeten Fallgruppen. So vermag Poth beispielsweise bei tariflichen Bestimmungen zur Lage der Arbeitszeit kein Regelungsmandat der Tarifparteien zu erkennen, weil betriebliche Nutzungs- und Ladenöffnungszeiten von diesen bislang nicht geregelt worden seien (S. 50). Es erscheint zweifelhaft, ob der Tarifautonomie Anwendungsbereiche allein deshalb entzogen werden können, weil noch kein entsprechender Regelungsbedarf bestand. Seiner eigenen Argumentation folgend, hält der Verfasser auch eine unternehmensübergreifende Festlegung von Betriebsferien nicht mehr durch Art. 9 Abs. 3 GG gedeckt (S. 53). Diese Auffassung könnte konsequenterweise zur Folge haben, daß bei Just-In-Time-Fertigung die erforderlichen Abstimmungen von Urlaubs- und Betriebszeiten von Zulieferer und Abnehmer dem Kartellverbot unterfielen. Ein Ergebnis, das, soweit ersichtlich, bei der Bewaligung der rechtlichen Folgen der Just-In-Time-Fertigung⁴ noch nicht erwogen wurde. Poths Überlegungen stimmen jedoch mit einer Auffassung wettbewerbsrechtlicher Kommentarliteratur überein, nach der ausschließlich innerbetriebliche Arbeitszeitregelungen ohne überbetrieblichen Bezug zulässig sein sollen⁵.

³ Diese Argumentation setzt die »vorherige Erhebung des marktwirtschaftlichen Wettbewerbsprinzips in Verfassungsrang« voraus; vgl. kritisch dazu Schmidt-Eriksen, *ArbuR* 1991, 137, 141 ff.

⁴ Vgl. für das Arbeitsrecht zuletzt z. B. Wagner, *ArbuR* 1990, S. 245 ff., Nagel/Riess/Thess, *Der Lieferant on line*, Baden-Baden 1990.

⁵ Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, Rdnr. 292 zu § 1.

Unabhängig von der genannten Problematik der Just-In-Time-Fertigung kann diese Lehre keine Erklärung dafür liefern, warum in den entsprechenden Betriebsvereinbarungen zum Ladenschluß gerade Wettbewerbsklauseln aufgenommen wurden. Dies führt zu der weiteren Argumentation, die gemeinsame Abstimmung von Betriebsferien deswegen als unzulässig zu erachten, weil über diese Regelungen angestrebt würde, Außenseiterkonkurrenz und Verluste bei der Verfolgung sozialer Zwecke zu vermeiden⁶. Auch hier wird an der Praxis und den arbeitsrechtlichen Grundlagen vorbei gedacht. Denn Außenseiter wären über Tarifregelungen gar nicht erfaßbar. Erst vor diesem Hintergrund erschließt sich der Sinn der Wettbewerbsklauseln in Betriebsvereinbarungen, die auf mögliche Wettbewerbsvorteile nicht-tarifgebundener Arbeitgeber reagieren und über die betriebliche Regelung eine Abweichung von den Tarifbestimmungen anstreben⁷.

Die pauschale Beurteilung von Tarifverträgen in Poths Arbeit läßt differenzierte Ausführungen zum Firmentarifvertrag vermischen. Daneben geht der Verfasser auf den Umstand der einzelvertraglichen Bezugnahme auf Tarifregelungen nicht ein, obwohl durch dieses Instrument die Anzahl der faktisch tarifgebundenen Arbeitnehmer mehr als verdoppelt wird⁸. Die Besonderheit liegt für die vorliegende kartellrechtliche Problematik darin, daß – soweit keine anderweitige Bindung besteht – arbeitsvertraglich auch auf »fremde« Tarifverträge Bezug genommen werden kann⁹. Weil die individualvertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag als verkürzte Absprache über den Inhalt des Arbeitsvertrages aufgefaßt wird¹⁰, könnte so durch das Entstehen einer Vielzahl von einzelvertraglichen Ansprüchen eine Wirkung erzeugt werden, die der Autor durch das kartellrechtliche Verdikt über bestimmte Tarifregelungen gerade ausschließen wollte. Dieser Konsequenz ist auch nicht durch eine Übertragung der für arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbote entwickelten Lösung

⁶ Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, Rdnr. 393 zu § 1.

⁷ Zur Problematik tarifwidriger Betriebsvereinbarungen vgl. Däubler, *BB* 1990, S. 2256 ff., Feudner, *DB* 1991, S. 1118 ff.

⁸ Vgl. Kreuder/Weyand, *Die Arbeitsbeziehungen in der Bundesrepublik Deutschland*, Dublin 1991, S. 232.

⁹ Vgl. Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius, *TVG*, Rdnr. 53 zu § 3.

¹⁰ Vgl. Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius, *TVG*, Rdnr. 51, 70 zu § 3.

(vgl. S. 69, 115, 138, 142) auf die individualvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge zu entgehen, da der als abhängig Beschäftigter vertragsschließende Arbeitnehmer nicht als Unternehmen i. S. v. § 1 Abs. 1 GWB anzusehen ist.

Widersprüche und Unstimmigkeiten offenbaren sich bei der weiteren Anwendung des verfassungsrechtlichen Befundes zum Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Tarifautonomie. Im Hinblick auf tarifvertragliche Arbeitsschutzabkommen will Poth der Tarifautonomie den Vorzug geben (S. 54). Es bleibt daher im Dunkeln, warum dieselbe Wertung nicht auch beim Arbeitszeitrecht, einem klassischen Feld des Arbeitsschutzes, vorgenommen werden soll. Weiterhin müssen dem Autor bei der Prüfung der Zulässigkeit von Lohnobergrenzen, die ebenfalls durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt sein sollen (S. 54 f.), die Grundzüge des Tarifvertragsrechts aus dem Blick gekommen sein. Denn nach dem von ihm gebildeten Beispiel verabreden verschiedene Unternehmen Entgeltobergrenzen, damit der Wettbewerb um besonders rare Arbeitskräfte nicht deren Gehaltsforderungen in die Höhe treibt (S. 14). Allerdings können solche Vereinbarungen nach der geltenden Rechtslage den Schutz der Tarifautonomie überhaupt nicht beanspruchen, da an der betreffenden Regelung keine Arbeitnehmerkoalition mitgewirkt hat.

Im Verlauf seiner Untersuchung zu den »Grenzen des Arbeitsrechts«, in der er u. a. das Tatbestandsmerkmal der wettbewerbshemmenden Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen gemäß § 1 Abs. 1 GWB mithilfe einer entsprechenden Interpretation der Befolgung von Tarifverträgen durch tarifgebundene Arbeitgeber für erfüllt ansieht (S. 90 f.), gerät Poth in das Dilemma, daß eine strikte Weiterführung seiner Argumentation dazu führte, daß »der Zuständigkeitsbereich der Tarifpartner nicht einmal mehr als die Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen zum Inhalt haben dürfte« (S. 111). Gleichwohl behält er seine Grundannahme der Vermeidung einer Vereinheitlichung des Wettbewerbsverhaltens bei. Die Ursache hierfür liegt darin, daß die Arbeit innerhalb des eng gesteckten Rahmens eines juristischen Gutachtens gefangen bleibt. So erlaubt der dürftige theoretische Ansatz keine Auseinandersetzung mit den Grundproblemen des Wettbewerbsrechts, nämlich dem kognitiven Verständnis von Wettbewerb und den

entsprechenden Durchsetzungsproblemen¹¹, und werden neuere Erkenntnisse über bestimmte Kooperationsformen zwischen Unternehmen und anderen wirtschaftlichen Institutionen nicht zur Kenntnis genommen¹². In den USA jedenfalls haben transaktionskostentheoretische Überlegungen zumindest im Hinblick auf Fusionen einen Wandel des Wettbewerbsrechts bewirkt¹³. Nach diesem Ansatz ist die unter Antitrustaspekten zu beantwortende Frage nicht, inwieweit ein Markt vom vollkommenen Wettbewerb abweicht, sondern vielmehr seine Abweichung von demjenigen, der die realen Wettbewerbskosten berücksichtigt¹⁴. Neben diesen grundsätzlichen Mängeln nehmen falsche Aussagen über die Nichtorganisierbarkeit und demzufolge besondere Schutzbedürftigkeit von Verbraucherinteressen¹⁵ (vgl. S. 25) nicht mehr Wunder. Gerade die an anderen Stellen häufig als Beispiel herangezogenen USA liefern auf diesem Feld viele Gegenbeispiele. Viel ärgerlicher ist aber, daß Poth gelegentlich Meinungen als allgemein anerkannt hinstellt, die mit durchaus umstrittenen Literaturansichten belegt werden. So heißt es in Fußnote 67 auf S. 26: »Anerkannt ist jedoch, daß die Tarifvertragsparteien bei der Erfüllung ihrer Aufgaben bestimmte Grenzen zu beachten haben; grundlegend hierzu: Biedenkopf, Die Grenzen der Tarifautonomie«. Der vorangehende inhaltsleere Satz gewinnt erst durch die Quelle an Bedeutung; allerdings wird die dort vertretene Meinung gerade nicht allgemein geteilt. Daneben werden entgegenstehende Literaturauffassungen in den Fußnoten zuweilen rüde abqualifiziert (vgl. S. 64 Fußnote 175).

Die Diskussion über die kartellrechtliche Relevanz von Tarifverträgen wird nicht nur – wie bei Poth – in Dissertationen, sondern auch in prominent besetzten Tagungen ge-

11 Vgl. Hopt, Wettbewerbsbeschränkungen und Verrechtlichung, in: Kübler (Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1984, S. 268 ff.

12 Vgl. Grabher, Unternehmensnetzwerke und Innovation, FS 1 88-20, Wissenschaftszentrum Berlin 1988; grundsätzlich dazu: Williamson, Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications, New York 1975.

13 Vgl. Williamson, The Economic Institutions of Capitalism, New York 1987, S. 372 ff., 382 ff.

14 Demsetz, Wirtschaftswissenschaft als Leitfaden für die Antitrustregelung, in: Assmann/Kirchner/Schanze (Hg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Königstein 1978, S. 336.

15 Vertreten wird diese Ansicht im Hinblick auf öffentliche Güter von Olsen, Die Logik des kollektiven Handelns. Kollektivgüter und die Theorie der Gruppen, Tübingen 1968, den Poth allerdings nicht erwähnt.

führt. Der Berichtsband einer solchen Veranstaltung des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (FIW) enthält Vorträge von Scholz, Roth und Jarrass sowie eine Dokumentation der Aussprache. Überwiegend gelangen die in dem Buch »Tarifautonomie und Kartellrecht« versammelten Beiträge nicht zu einer Subsumtion unter § 1 Abs. 1 GWB. Die Auseinandersetzung findet vielmehr im Vorfeld statt, bei der Bestimmung dessen, was zur Tarifautonomie gehört. Diese Debatte hat den Vorzug der größeren Wirklichkeitsnähe, weil nicht das Ideal eines vollständigen Wettbewerbs beschworen wird, sondern die notwendigerweise kartellartigen Eingriffe zur Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen gemäß Art. 9 Abs. 3 GG zum Ausgangspunkt gemacht werden. In den Worten von Roth: »Das tarifvertraglich Zulässige ist kartellrechtlich nicht verboten.« (S. 22) Damit konzentriert sich der Streit auf die Grenzen der Tarifautonomie. Diese werden von Scholz bei den »Ordnungsbedürfnissen arbeitsrechtlicher Art« (S. 3), von Roth bei den Bedingungen der Arbeitsleistung (S. 12) und bei Jarrass bei Regelungen gezogen, die »zumindest auch die Arbeitsbedingungen betreffen« (S. 29). Allem Säger vertritt in der Aussprache zu den Vorträgen einen Standpunkt, der die Tarifautonomie als einen frei auszugestaltenden Raum ernst nimmt. So beharrt er darauf, daß in bezug auf Art. 9 Abs. 3 GG »keine Schlichtung mit anderen Grundrechten« stattfindet: »Das Konsensprinzip vermittelt hier zwischen den Grundrechten der Arbeitnehmer und den Grundrechten der Unternehmensverbände, und wenn diese durch paritätsorientierte Ausübung des Grundrechts auf Koalitionsfreiheit einen Tarifvertrag abschließen, dann ist dieser hinzunehmen.« (S. 45)

Die kartellrechtliche Auseinandersetzung mit Tarifverträgen scheint sich demnach mehr gegen generalisierende Regelungen überhaupt zu richten¹⁶. Zur Flucht aus dem »Tarifkartell« plädiert Säger für das »Ventil des Günstigkeitsprinzips« und hofft, daß dieses tarifliche Arbeitszeitregelungen konterkarrieren kann (S. 51).

Überlegungen, die Tarifautonomie mittels Kartellverböten zu beschneiden, haben in Deutschland eine lange Tradition. So versagte die Rechtsprechung zwar den Koali-

tionsvereinbarungen gemäß § 152 GewO a. F. den Rechtsschutz gegen tarifwidrige Praktiken, nicht jedoch den Kartellen der Eisen- und Stahlindustrie¹⁷. Aber auch die aktuelle Auseinandersetzung hat enorme Bedeutung. Setzen sich Ansichten durch, die das Wirkungsfeld der Tarifautonomie nicht als einen dynamischen Bereich verstehen, der nicht auf die Regelung der engeren Bedingungen des Arbeitsmarktes beschränkt ist, sondern die Tarifautonomie eng eingrenzen, wird eine konsequente qualitative Tarifpolitik unmöglich, da diese nicht ohne Folgen für die Gütermärkte bleiben kann. Demgemäß wären z. B. Tarifbestimmungen über die Verwendung nicht-gesundheits- und nicht-umweltschädlicher Werkstoffe gemäß § 1 Abs. 1 GWB ohne weiteres unwirksam, weil solche Bestimmungen keinen ausschließlich arbeitsmarktrelevanten Bezug hätten. Hanau hat dies in dem FIW-Tagungsband deutlich zum Ausdruck gebracht: »Eine Regelung des Umweltschutzes geht tarifvertraglich überhaupt nicht, denn das ist nicht Arbeitsschutz.« (S. 49)

Praktisch wirksam werden kann die gegenwärtige Debatte bei zukünftigen gerichtlichen Auseinandersetzungen über die kartellrechtliche Relevanz von Tarifverträgen. Das Bundeskartellamt nimmt in dieser Frage eine sehr restriktive Position ein¹⁸; Rechtsschutz gegen seine Entscheidungen muß – wie generell in Kartellsachen (§§ 92 ff. GWB) – vor der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit gesucht werden. Demzufolge bestreitet beispielsweise Kulka in dem Berichtsband, daß vor der Arbeitsgerichtsbarkeit überhaupt Kartellfragen behandelt werden dürfen (S. 42). Daneben ist nicht auszuschließen, daß der BGH im Rahmen einer zivilgerichtlichen Auseinandersetzung über die Kartellwirkungen von Tarifverträgen eine ebenfalls restriktive Auffassung vertreten wird und von der entgegenstehenden Entscheidung des BAG¹⁹ wird abweichen wollen. Zur verbindlichen Klärung müßte die Frage dann dem Gemeinsamen Senat der Obersten Bundesgerichte zur Entscheidung vorgelegt werden. Ein aktueller Fall dieser Art betrifft die Rechtspre-

¹⁷ Vgl. Bechtold, Die Kartellierung der deutschen Volkswirtschaft, Frankfurt a. M. 1986, S. 106 ff.

¹⁸ In einem Verfahren vor dem LG Berlin (16 O 942/88) hat das Bundeskartellamt auf Anfrage die Auffassung vertreten, ein Ladenschluß-Tarifvertrag sei rechtswidrig; vgl. »Ladenschluß-Tarifvertrag rechtswidrig«, FAZ vom 8. 5. 1989.

¹⁹ NZA 1989, 969 ff.

¹⁶ Vgl. Schmidt-Eriksen, ArbUR 1991, 137, 145.

chung des Bundesverwaltungsgerichts bezüglich der Voraussetzungen für die Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen, von der der BGH abweichen und im Ergebnis die verwaltungsrechtlichen Erfordernisse überflüssig machen will¹⁰.

Die von Säckler empfohlene weite Öffnung des »Ventils des Günstigkeitsprinzips« findet sich auch in dem von der »Deregulierungskommission« der Bundesregierung Anfang Mai vorgelegten Gutachten wieder. So wird für den Bereich des Arbeitsmarkts vorgeschlagen, das gesetzliche Arbeitszeitrecht zu flexibilisieren, das Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit aufzuheben, die Schutzvorschriften beim Betriebsübergang im Insolvenzfall zu lockern und die Verbindlichkeit von Tarifverträgen einzuschränken, indem existenzgefährdete Unternehmen mit dem Betriebsrat tarifunterschreitende Löhne vereinbaren und Langzeitarbeitslose unter Tarif beschäftigt werden dürfen; daneben sollen Tarifverträge nur noch in Ausnahmefällen für allgemeinverbindlich erklärt werden können.

Als Vorarbeit zu den Vorschlägen der »Deregulierungskommission« ist die vorliegende Studie zu »Kernbereichen des Arbeitsrechts im internationalen Vergleich« unter Kronkes Federführung in nur drei Monaten entstanden. Sie enthält im wesentlichen eine informative Übersicht über das Individual- und kollektive Arbeitsrecht, über Arbeitszeitsregelungen und die Arbeitsvermittlung in den EG-Staaten, der Schweiz, den USA und Japan. Schon für diese Darstellung haben Kronke und seine Mitarbeiter Lob verdient. Ein Gutachten zur Vorbereitung einer Entscheidung ist die Studie weniger, die zurückhaltend gegebenen Empfehlungen bleiben eher moderat; jedenfalls sind sie kaum geeignet, die plakativen Forderungen der »Deregulierungskommission« zu stützen.

Schon in der Einleitung wird implizit deutlich, daß der Arbeitsmarkt ein ungeeignetes Feld für Deregulierung darstellt: »Der Begriff der Deregulierung ... wurzelt ... in dem tieferliegenden Bekenntnis ..., daß über den Marktmechanismus festgelegte Konditionen von Leistungsaustauschbeziehungen generell solchen überlegen und gesamtwirtschaftlich vorzuziehen seien, die durch staatliche ... Eingriffe zustande kommen. Juristisch geht es um den Vorrang für die Vertragsfreiheit,

die auf funktionierenden Märkten für richtige ... Vertragsinhalte sorgt.« (S. 22) Da jedoch die entsprechenden Voraussetzungen fehlen, wird die Anpassungsfähigkeit des Arbeitsmarktes in einigen Ländern gerade nicht durch Deregulierung, sondern durch eine Ausweitung des Normenbestandes angestrebt. Der Vergleich mit den Arbeitsrechtsordnungen der wichtigsten Handelspartner und Weltmarktkonkurrenten der Bundesrepublik widerlegt jedenfalls die oft zu hörende Behauptung, das deutsche Arbeitsrecht zeichne sich durch Inflexibilität aus. Eher ist das Gegenteil richtig. Wie die Studie zeigt, sind beispielsweise auf dem Gebiet des Kündigungsschutzes Vorschriften weniger bedeutend als faktische Hemmnisse, wie etwa langwierige behördliche Erlaubnisverfahren oder Abfindungspraktiken. Der entsprechende Untersuchungsabschnitt endet mit den Worten: »Nach allem erscheint ein nennenswerter Vereinfachungsgewinn durch die Schaffung eines einheitlichen Kündigungsrechtfertigungstatbestandes schon an sich zweifelhaft. ... Bezogen auf das deutsche Recht ... erbringt der rechtsvergleichende Befund keine, eine Umorientierung zwingend nahelegenden Erkenntnisse.« (S. 283, 285)

Ähnliches gilt für das kollektive Arbeitsrecht. Gerade Deregulierungsbefürworter, die angebliche arbeitsrechtlich bedingte Wettbewerbsvorteile anderer EG-Staaten, Japans oder der USA ins Feld führen, müßte das in manchen Ländern verfassungsrechtlich verankerte allgemeine Streikrecht, die fehlende Friedenspflicht oder die mangels durchsetzungsfähiger Industriegewerkschaften hohe betriebliche Konfliktualität schrecken. In allen Ländern bestehen Gewerkschaften, die mit einzelnen Arbeitgebern oder deren Verbänden Tarifverträge abschließen und deren Funktion als Ordnungsfaktor und Verhandlungspartner innerhalb der unterschiedlichen Systeme industrieller Beziehungen durch spezifische Regelungen geschützt wird. Dies erfolgt in der Bundesrepublik im wesentlichen durch die grundgesetzliche Garantie der Tarifautonomie und die zwingende Wirkung branchenweiter Tarifverträge, von denen nach dem geltenden Recht nur zugunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden darf. Neben dem Günstigkeitsprinzip existieren insbesondere in den Staaten, deren Tarifrecht aufgrund seiner Betriebsbezogenheit als besonders flexibel gerühmt wird, als Schutz-

¹⁰ Vgl. Beschluß vom 14. 2. 1991, V ZB 12/90.

mechanismen gewerkschaftlicher Organisation zusätzliche »closed-« bzw. »union-shop«-Vereinbarungen und werden vielfältige Differenzierungsklauseln zugunsten gewerkschaftlich organisierter Arbeitnehmer zugelassen. Daneben gibt es in manchen Ländern Bestimmungen, die zu einer Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen führen. Im Ergebnis wird festgestellt, daß die Aufgabe des den Arbeitsmarkt regulierenden Arbeitsrechts »nirgendwo Schutz der Vertragsfreiheit«, sondern die Herstellung von Stabilität ist (S. 438 f.). Demzufolge plädiert der Autor allenfalls für vorsichtige Korrekturen. Pragmatisch schließt er damit, eventuelle Anpassungen im Hinblick auf vermeintliche Wettbewerbsvorteile nicht im Wege voraussetzenden Gehorsams vorzunehmen, sondern zunächst die Entwicklung abzuwarten: »... die Unterschiede zwischen den einzelnen nationalen Regulierungsniveaus (lassen) ... allen Anbietern und Nachfragern die Wahl ... auf welchem nationalen Arbeitsmarkt sie kontrahieren wollen. Sollten die übrigen Vorteile in einem Land mit hohem Arbeitnehmerschutzniveau die damit verbundenen Kosten nicht aufwiegen, wird dies ... zu Produktionsverlagerungen mit der Folge von Niveauehörungen andernorts und -absenkungen hier führen. Dies kann den Zielen einer Wirtschafts- und Sozialunion nicht widersprechen.« (S. 448)

Während Kronkes Darstellung eher deskriptiv angelegt ist und auch eine Auseinandersetzung mit früheren rechtsvergleichend angelegten Arbeiten zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen²¹ fehlt, wird in dem von Büchtemann und Neumann herausgegebenen Buch auf die Funktion von Recht als Steuermedium im Zusammenhang mit der Deregulierungs- und Flexibilisierungsdiskussion besonderer Wert gelegt. Der Band enthält 13 aktualisierte Vorträge einer 1986 durchgeführten Fachkonferenz, deren Bezugsrahmen durch eine Einführung der Herausgeber hergestellt wird. Überdies bieten Büchtemann/Neumann den »Service« einer kurzen Einleitung jeweils zu Beginn der drei themenbezogenen Kapitel.

Ausgehend von der These²², daß die Industrialisierung grundsätzliche Alternativen zur Verrechtlichung ausschließt und demzufolge

das Arbeitsrecht als das klassische Verrechtlichungsparadigma anzusehen ist, fragen die Autoren dieses Sammelbandes nicht nur nach den Kosten einer gesetzlichen Regelung, sondern auch nach den Gründen und Kosten, die erst zur Normierung geführt haben. Bemerkenswerte Beiträge hierzu liefern die Herausgeber gemeinsam, Butler, Mückenberger, Neumann, Schmid und Vobruba. So werden transaktionskostentheoretische Ansätze aufgegriffen und nachgewiesen, daß langfristige berechenbare Vertragsbeziehungen und die relativ starre Lohnstruktur in der Bundesrepublik die Voraussetzung für hochqualifizierte Facharbeitertätigkeit und steuere Produktivitätssteigerungen sind (S. 64 f., 114). Zudem läßt sich anhand langfristiger empirischer Analysen keine Verringerung der Flexibilität des Arbeitsmarktes seit den 60er Jahren feststellen (S. 24 ff.). Auch die gegenüber Arbeitslosen als abgeschottet kritisierten innerbetrieblichen Arbeitsmärkte sind nicht allein eine Folge der Besitzstandsinteressen der beschäftigten Arbeitnehmer, sondern entsprechen dem Bedürfnis der Arbeitgeber nach Transaktionskostensenkung (S. 78). Dieses ergibt sich aus der Unbestimmtheit des tatsächlichen Inhalts eines Arbeitsvertrages (S. 246), der kollektive überindividuelle Rahmenregelungen erforderlich macht (S. 80 ff.). Deren Bedeutung wird – so eine These – in Zukunft auch nicht abnehmen, da der Koordinierungsbedarf durch verallgemeinerndes Recht bei knapper Zeit und komplexen Zusammenhängen eher steigt (S. 136). Hieraus folgt eine transaktionskostentheoretische Erklärung der mangelnden Nutzung von Flexibilisierungspotentialen der Metalltarifverträge von 1984 und 1987 durch die Arbeitgeber (S. 115).

An diesen Befund knüpft implizit Vobruba Erklärung arbeitgeberseitiger Individualisierungsstrategien an (S. 257 f.). Während bei den Gewerkschaften die innerverbandliche Auseinandersetzung vor dem Tarifikampf geleistet werden muß, treten innerhalb der Arbeitgeberverbände Loyalitätsschwierigkeiten nach dem Tarifabschluß auf. Demzufolge entlarvt das Verhalten der einzelnen Arbeitgeber bei der Umsetzung des Tarifvertrages zuweilen die Verbandspolitik als vorgeschobene Ideologie, was auf Dauer die zukünftige Verhandlungsposition der Arbeitgeberseite schwächt. So beispielsweise bei der Ausführung der Metalltarifverträge von 1984 und 1987, als die Nichtanspruchnahme der ge-

²¹ Vgl. z. B. Simutis, Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen, in: Kübler (Hg.), Verrechtlichung (Fn. 11), S. 73 ff.

²² Vgl. zum folgenden Simutis (Fn. 21), S. 74, 78, 112.

gebenen Flexibilisierungsmöglichkeiten die reine Symbolfunktion der arbeitgeberseitigen Flexibilisierungsoffensive bloßlegte. Eine ähnliche Situation würde sich dann auf der Arbeitnehmerseite reproduzieren, wenn durch die Aufgabe des Günstigkeitsprinzips der Tarifvertrag in eine unverbindliche Rahmenempfehlung umgewandelt würde. Mit dieser Entwicklung wird nicht nur die Erwartung eines »concession bargaining« nach amerikanischem Muster bei einem Wegfall des § 77 Abs. 3 BetrVG verbunden (vgl. S. 42 f.), sondern würde sich zusammen mit dem Instrument einer »Tariföffnung nach unten« die bereits eingeleitete faktische Revision des »Normalarbeitsverhältnisses« weiter beschleunigen (S. 144, 171 ff., 180 f., 226). Im Bereich des Kündigungsschutzes und der Ermöglichung befristeter Arbeitsverhältnisse durch das BeschEG sind jedenfalls genau die Mitnahmeeffekte eingetreten, die eine betriebswirtschaftliche Studie über die Wirkungen von Rechtsnormen bei Personalanpassungen vorhergesagt hat, da bei Kapazitätsproblemen eher die Vorschriften über Mehr-,

Über- und Kurzarbeit als hemmend empfunden werden²³).

Die in den vier Büchern geführten Diskussionen über wesentliche Rahmenbedingungen abhängiger Arbeit lassen einmal mehr deutlich werden, daß die zunehmende Ausdifferenzierung aller Lebensbereiche es hinsichtlich der praktischen Auswirkungen von Einzelmaßnahmen auf das Ganze und dessen mangelnde Überschaubarkeit kaum noch zuläßt, von Arbeits- oder Wirtschaftsrecht als abgrenzbaren Materien mit unterschiedlichen Lösungsansätzen²⁴ auszugehen. Vielmehr wird die Notwendigkeit offenbar, schon innerhalb derselben nationalen Rechtsordnung vergleichend und harmonisierend zu arbeiten.

Thomas Kreuder

²³ Vgl. Stockert, *Wirkungen von Rechtsnormen auf Personalanpassungen*, Stuttgart 1987, S. 202 ff.

²⁴ Vorausgesetzt es sind tatsächlich kollidierende Regelungen aufeinander abzustimmen.