



Bundesvereinigung der
Deutschen Arbeitgeberverbände

Im Haus der Deutschen Wirtschaft
Breite Straße 29
10178 Berlin

Telefon: 030/20 33 - 19 53
Telefax: 030/20 33 - 19 55

E-Mail: wrst.mail@bda-online.de
www.wrst.de

ISBN 978-3-938349-40-3

Perspektiven für eine moderne Arbeitsmarktordnung

Veröffentlichungen der Walter-Raymond-Stiftung der BDA
Band 48

Perspektiven für eine moderne Arbeitsmarktordnung

46. Kolloquium der Walter-Raymond-Stiftung
Berlin, 30. und 31. März 2008

Mit Beiträgen von
Werner Bischoff, Thomas Daum, Udo Di Fabio, Jan Stefan Roell,
Christoph M. Schmidt, Ulrich Schumacher und Manfred Weiss

einer Bilanz von
Dietrich Creutzburg

der Eröffnung von
Eckart John von Freyend,
Sprecher des Vorstands der Walter-Raymond-Stiftung der BDA

und dem Schlusswort von
Dieter Hundt,
Präsident der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Die Veröffentlichungen der Walter-Raymond-Stiftung erscheinen im Verlag der



Gesellschaft für Marketing und Service
der Deutschen Arbeitgeber mbH

Bibliographische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet unter <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Veröffentlichungen der Walter-Raymond-Stiftung, Band 48: Perspektiven für eine moderne Arbeitsmarktordnung

Herausgeber: Walter-Raymond-Stiftung der BDA

Verlag: GDA Gesellschaft für Marketing und Service der
Deutschen Arbeitgeber mbh – Breite Straße 29, 10178 Berlin
www.gda-online.de

Alle Rechte liegen bei der Walter-Raymond-Stiftung

Gestaltung: Jürgens. Design und Kommunikation, www.juergens-dk.de

Printed in Germany

ISBN 978-3-938349-40-3

INHALTSVERZEICHNIS

VORTRÄGE UND BILANZ

ECKART JOHN VON FREYEND

Eröffnung 7

MANFRED WEISS

Welchen Zielen dient das Arbeitsrecht – welchen soll es dienen?
– Juristische Perspektive 11

CHRISTOPH M. SCHMIDT

Wettbewerbsöffnung oder Kartellkonservierung: Welchen Zielen
dient das Arbeitsrecht und welchen soll es dienen? 29

UDO DI FABIO

Ökonomie und Recht – ein Widerspruch? 71

THOMAS DAUM

„Flexicurity“: Alternative Schweiz? 81

ULRICH SCHUMACHER

Andere Arbeitsrechtsordnungen in der Praxis –
Erfahrungen aus deutscher Sicht 105

WERNER BISCHOFF

Das Arbeitsrecht im Spannungsfeld der gesellschaftlichen
Gruppen: aus der Sicht der Gewerkschaften 121

JAN STEFAN ROELL

Das Arbeitsrecht im Spannungsfeld der gesellschaftlichen
Gruppen: aus der Sicht der Arbeitgeber 131

DIETER HUNDT

Schlusswort 149

DIETRICH CREUTZBURG

Bilanz des Kolloquiums: zwischen Jammertal und Wolken-
kuckucksheim – auf dem Weg zu einem besseren Arbeitsrecht . . 155

ANHANG

Referenten	170
Teilnehmer	178
Die Walter-Raymond-Stiftung	189
Gremien der Walter-Raymond-Stiftung	190
Veröffentlichungen der Walter-Raymond-Stiftung	192

VORTRÄGE UND BILANZ

ECKART JOHN VON FREYEND **Eröffnung**

Ich freue mich sehr, Sie alle zum 46. Kolloquium der Walter-Raymond-Stiftung begrüßen zu dürfen. Dabei erfreuen wir uns am heutigen Sonntagnachmittag nicht nur eines großen Zuspruchs aus dem Wissenschaftsbereich. Vielmehr kann ich dieses Jahr auch eine besonders große Zahl von Repräsentanten aus der Politik, der Wirtschaft und den Verbänden herzlich willkommen heißen. Damit entsprechen wir einem der wesentlichen Stiftungsziele – der übergreifenden Diskussion von Themen aus der Gesellschafts-, Wirtschafts- und Sozialpolitik zwischen Wissenschaft, Wirtschaft und Politik.

Die Stiftung hat einen klaren Standpunkt: Es geht uns um die Soziale Marktwirtschaft, so wie wir sie als Arbeitgeber verstehen. Diese Stiftung und die damit verbundenen Kolloquien gäbe es nicht, wenn nicht die BDA seit Jahrzehnten uns allen die Möglichkeit gäbe, miteinander ins Gespräch zu kommen. Dabei suchen wir hier ohne Vorbehalte den Diskurs. Wir erörtern regelmäßig gemeinsam interessante Themen. Und jeder, der mehr als einmal mit dabei war, weiß zudem, dass es hier in Berlin kaum eine diskussionsfreudigere Runde gibt.

In den letzten Jahren haben wir uns durchgängig mit viel versprechenden wie interessanten Themen beschäftigt. Diese möchte ich mit einigen Worten noch mal kurz Revue passieren lassen. Das Kolloquium des Jahres 2004 stand unter dem Motto „Demographie und gesellschaftlicher Wandel“. Von Bedeutung war diese Veranstaltung vor allem deshalb, weil es seinerzeit auch Anstöße zur Debatte über die Zukunft der Familie gab. Zudem mag sich der eine oder andere daran erinnern, wie damals Professor Kirchhof in seiner Dinnerspeech grundsätzliche wie spannende Ausführungen beigesteuert hat.

Im Jahr 2005 ging es dann darum, den Reformen Perspektive zu geben. Dabei haben wir insbesondere versucht, Reformanstrengungen des Auslands aufzunehmen, zu erörtern und für die Bestrebungen in unserem Land nutzbar zu machen. Mit den Themen Bildung, Bürgerrecht und privates Investment haben wir uns 2006 intensiv beschäftigt. Wie zu erwarten war, sind wir hierbei zu keinem völlig neuen Ergebnis gelangt.

Allerdings hat die deutlich entspanntere Diskussionsform dazu beigetragen, den Blick, die Analyse und Schlussfolgerungen zu schärfen. Mit dem Fazit, dass die Organisationserfahrungen der Unternehmen auch in den Bildungsinstitutionen wie dem Hochschulwesen und dem Schulwesen durchaus wirksame Verbesserungen bewirken können. Wenn ich heute beispielsweise die Hochschulgesetze einiger Bundesländer betrachte, insbesondere das von Nordrhein-Westfalen, wo ich herkomme, dann stellt man unwillkürlich die Fülle an Veränderungen fest. So haben die Hochschulen eine Vielzahl von Freiheitsmöglichkeiten erhalten; und sie müssen nun lernen mit diesen Freiheiten umzugehen.

Im letzten Jahr haben wir zudem eine überaus interessante Diskussion zum Thema Globalisierung geführt. Der Globalisierung kann man sich von vielen Seiten her nähern und sie damit aus verschiedenen Blickwinkeln heraus diskutieren. Allerdings wird man nie zu einem abschließenden Ergebnis kommen. Mich persönlich hat das Kolloquium des letzten Jahres deshalb besonders angesprochen, weil der inhaltliche Bogen breit wie heterogen gespannt war. Zudem bestand durchgehend Konsens, dass Deutschland von der Globalisierung nachhaltig profitiert, sich aber umgekehrt auf die Bedingungen dieser Globalisierung durch wachsende Flexibilität einstellen muss.

Zu einem Mehr an Flexibilität gehört zweifelsohne die Arbeitsmarktordnung. Und diese wollen wir im diesjährigen Kolloquium diskutieren. Dabei möchte ich noch mal die Brücke zum Kolloquium 2007 schlagen, weil wir damals die Diskussion zur Globalisierung mit einem sehr spannenden Vortrag des damaligen Ersten Parlamentarischen Geschäftsführers der SPD-Bundestagsfraktion, Herrn Olaf Scholz MdB, abgeschlossen haben. Mittlerweile ist Herr Scholz Bundesminister für

Arbeit und Soziales. Ich glaube, alle, die dabei waren, hatten den Eindruck gewonnen, dass beim ihm – bei allem Sprach- und Bildreichtum eines so erfahrenen Politikers – zumindest keine ideologischen Verstockungen erkennbar waren. Mir erscheint es geradezu konsequent, dass sich die Walter-Raymond-Stiftung in diesem Jahr nun einem Kernthema der Arbeitgeberpolitik widmet, nämlich den Perspektiven für eine moderne Arbeitsmarktordnung.

Meine Damen und Herren, wie Sie wissen, bemühen wir uns in der Stiftung, Themen zu behandeln, die weniger der Tagespolitik zugerechnet werden. Vielmehr befassen wir uns mit längerfristigen grundsätzlichen Fragen und Themen, die jedoch gelegentlich auch aktuelle Bezüge haben können.

So hat der neue Bundesarbeitsminister bei seinem ersten Auftritt vor wenigen Wochen in einer der Präsidiumssitzungen der BDA die Bereitschaft erklärt, ein neues Arbeitsgesetzbuch zu schaffen. Grundlage könne dabei durchaus der im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung von den Professoren Henssler und Preis vorlegte Entwurf sein – vorausgesetzt, BDA und DGB stimmen einem solchen Entwurf zu.

Nun könnte aus Sicht der Unternehmen eine Kodifikation des derzeit in mehr als 30 Gesetzen verstreuten Arbeitsrechts unter Umständen ein sinnvolles Anliegen sein: Dies würde das komplizierte Arbeitsrecht nicht zuletzt auch für die Rechtsprechung überschaubarer machen. Allerdings muss klar sein, dass es nicht nur um das Zusammenfassen des bereits Vorhandenen gehen kann. Vielmehr muss es sich bei einem derartigen Projekt vor allem um eine Modernisierung des Arbeitsrechts handeln. Hierbei gilt der Blick aber ebenso den Herausforderungen der Globalisierung. D. h., wir brauchen eine Dynamisierung und Flexibilisierung des Arbeitsmarktes.

Kernanliegen ist hierbei sowohl die Absicherung bei Arbeitslosigkeit als auch, die Arbeitsförderung konsequent auf eine zügige Beschäftigungsaufnahme auszurichten. Noch immer scheint das gewachsene System steuer- und beitragsfinanzierter Sozialleistungen – trotz zahlreicher Reformen – die Arbeitsaufnahme nicht in dem Maße zu fördern, wie man

das erwarten würde und benötigt. Stattdessen behindern nach wie vor viele Regelungen die Anreize zur Arbeitsaufnahme.

Wie können wir mithelfen, Wege zu finden, die soziale Absicherung von Arbeitslosen und zugleich den Arbeitsmarkt so flexibel auszugestalten, dass Eigenverantwortung und Mobilität gestärkt werden? Im Mittelpunkt muss dabei die Vermittlung von Arbeitsplätzen im ersten Arbeitsmarkt stehen. Die Aufnahme einer neuen Beschäftigung muss sich dabei mehr lohnen als das Verharren in Arbeitslosigkeit.

Ziemlich genau vor fünf Jahren im März 2003, haben wir alle die Verkündung der Agenda 2010 erlebt. Sie stand ganz im Zeichen des Forderns und Förderns. Diese neue Akzentuierung der Förderung von Eigenverantwortung hat sich mittlerweile als überraschend erfolgreich erwiesen.

Auf dem heutigen Kolloquium sollten wir alle gemeinsam bei den Vorträgen und den sich daran anschließenden Diskussionen an der Weiterentwicklung dieses Konzeptes arbeiten. Vor allem gilt es, dabei überzeugende Argumente herauszuarbeiten, denn in der aktuellen Zeit lassen sich immer häufiger Absetzbewegungen von der Agenda 2010 feststellen.

Das heutige Kolloquium der Walter-Raymond-Stiftung ist eine hervorragende Plattform, um hierüber zu diskutieren. Ich freue mich sehr, dass wir in die heutige Thematik gleich mit einer juristischen Perspektive und dann einer ökonomischen Perspektive einsteigen werden. Professor Weiss, Johann-Wolfgang-Goethe-Universität, Frankfurt am Main, und Professor Schmidt, Präsident des Rheinisch-Westfälischen Instituts für Wirtschaftsforschung, Essen, werden sich sogleich mit den Fragen auseinandersetzen, welchen Zielen das Arbeitsrecht dient, welchen es dienen soll. Wir übergeben Ihnen das Wort und freuen uns auf Ihre Vorträge.

MANFRED WEISS **Welchen Zielen dient das Arbeitsrecht – welchen soll es dienen? – Juristische Perspektive**

Arbeitsrecht ist vor allem anderen der Versuch, die evidenten Unzulänglichkeiten des Marktmodells zu kompensieren. Der Arbeitsmarkt ist nicht zu vergleichen mit den Gütermärkten. „Labour is not a commodity – Arbeit ist keine Ware“ ist die noch immer gültige und zentrale Grundaussage der Philadelphia-Erklärung der International Labour Organization (ILO) aus dem Jahre 1944. Der arbeitende Mensch bringt sich selbst mit seiner ganzen Persönlichkeit in das Arbeitsverhältnis ein, weshalb es verfehlt wäre, ihn wie eine Ware zu behandeln und einfach den Marktmechanismen auszusetzen. Oder wie schon Lotmar im Jahre 1902 formulierte: „Bei der Leistung Arbeit ist der Schuldner ... vom Anfang bis Ende der Leistung mit ihr verwachsen.“¹ Noch plastischer drückte das Sinzheimer aus: „Der Arbeitende gibt nicht etwas, sondern sich selbst hin.“²

Schon im 19. Jahrhundert hat man frühzeitig erkannt, dass der Unterbietungswettbewerb der vereinzelt Arbeitssuchenden untereinander für diese existenzbedrohende Ausmaße annehmen kann. Das Arbeitsrecht wurde primär entwickelt, um diesem Marktversagen entgegenzuwirken. Man spricht insoweit von der Schutzfunktion des Arbeitsrechts. Oder um einen weiteren Klassiker, nämlich Kahn-Freund, zu zitieren: „Das Hauptziel des Arbeitsrechts war immer ..., eine Kraft zu sein, die der Ungleichheit der Verhandlungsmacht, die dem Arbeitsverhältnis

¹ P. Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, 1. Bd., Leipzig 1902, 83.

² H. Sinzheimer, *Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts in Deutschland*, in: derselbe, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*, Bd. 1, Frankfurt/Köln 1976, 35 ff. (47).

notwendig innewohnt, ausgleichend entgegenwirkt.“³ Und auch in der heutigen Literatur wird beklagt, dass die Vertragsfreiheit nicht im Sinn der Herbeiführung sozial ausgewogener Vertragsbedingungen funktionieren kann⁴ und es deswegen des Arbeitnehmerschutzes bedarf. Das Arbeitsrecht als Korrektiv der Vertragsfreiheit fand bekanntlich seinen Ausdruck in den die Vertragsfreiheit begrenzenden Schutzgesetzen und in der gegen erheblichen Widerstand durchgesetzten Kollektivierung der Arbeitnehmerschaft, die schließlich zu Mindestbedingungen etablierenden Kollektivverträgen mit der Arbeitgeberseite führte. Die Arbeitsvertragsfreiheit wird so durch die Kartellwirkung des Tarifvertrags begrenzt.⁵

Über diese Ausgangssituation und auch darüber, dass der Schutz des Arbeitnehmers noch immer ein Grundpfeiler des Arbeitsrechts ist, dürfte Einigkeit bestehen. Der Streit geht heute um die Schutzintensität. Die Rede ist von der „Verabsolutierung des sozialen Schutzgedankens“ und von „überzogenem Sozialschutzgedanken“.⁶ Darauf wird zurückzukommen sein.

Allerdings ist Arbeitnehmerschutz im Sinne einer Korrektur der Defizite individueller Vertragsfreiheit bei weitem nicht die alleinige Zielsetzung modernen Arbeitsrechts. So hat das Arbeitsrecht seit langem die Weichen gestellt für die Kanalisierung des Arbeitnehmereinflusses auf Entscheidungen des Managements in Betrieb und Unternehmen, wobei natürlich auch dieses Organisationsrecht auf den sozialen Schutzgedanken zurückgeht. In Deutschland sind Betriebsverfassungsrecht und unternehmerische Mitbestimmung zentrale Elemente dieses Teilbereichs. Manche sprechen insoweit durchaus zutreffend vom Arbeitsrecht als einem „wesentlichen Stück Wirtschaftsverfassungsrecht“.⁷ Darüber hinaus wird das Arbeitsrecht zunehmend als Steuerungsinstrument der Beschäftigungspolitik begriffen, wobei dahinstehen

mag, welcher Stellenwert ihm insoweit wirklich beizumessen ist.⁸ Diese Ausrichtung auf die Beschäftigungspolitik hat im Übrigen zu einer immer stärkeren Verkoppelung mit dem Sozialrecht geführt, wie noch zu zeigen sein wird. Und schließlich geht es im Arbeitsrecht darum, die nationale Nabelschau aufzugeben und sich den Herausforderungen der europäischen Integration und der Globalisierung zu stellen. Kurzum: Das Arbeitsrecht stellt sich als ein komplexes Gebilde dar, das einem ganzen Bündel von Zielen verpflichtet ist. Zielkonflikte sind dabei *no-lens volens* einprogrammiert.

Lassen Sie mich versuchen, vor diesem Hintergrund die dem Arbeitsrecht gestellten Aufgaben ein wenig zu präzisieren:

1. Zuerst geht es darum, den Schutz der Arbeitnehmer so zu gestalten, dass er auch allen Arbeitnehmern zugutekommt. Hier gilt es zu sehen, dass das Arbeitsrecht der Industriestaaten vor dem Hintergrund des fordistischen Modells entwickelt wurde. Ausgangspunkt in diesem Modell ist die Fabrik, in der die Arbeitnehmer zur Erstellung eines industriellen Produkts zusammenwirken. Die Arbeitnehmerschaft ist relativ homogen. Prototyp ist der männliche, in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis befindliche Arbeitnehmer, der als „breadwinner“ fungiert, mithin für das Haushaltseinkommen sorgt. Das Unternehmen ist durch klare Hierarchiestufen gekennzeichnet. Persönliche Abhängigkeit und daraus resultierende Weisungsbefugnis sind die leicht fassbaren Kriterien des Arbeitsverhältnisses. Organisation der Arbeitnehmer im Kollektiv und Schutz durch das Kollektiv sind in diesem Kontext ohne besondere Schwierigkeiten herstellbar.

³ O. Kahn-Freund, *Arbeit und Recht*, Köln/Frankfurt 1979, 7.

⁴ Statt vieler vgl. W. Zöllner/K. G. Loritz/C. W. Hergenröder, *Arbeitsrecht*, 6. Auflage, München 2008, 2 ff.

⁵ Vgl. dazu O. E. Kempen in: O. E. Kempen/U. Zachert (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz*, 4. Aufl., Frankfurt 2006, Grundlagen, Rdnr. 103.

⁶ A. Kraft, *Arbeitsrecht in einer sozialen Marktwirtschaft*, ZfA 1995, 419 ff. (430 f.).

⁷ W. Zöllner et alii, *op. cit.*, 4 f.

⁸ Erhebliche Zweifel am Zusammenhang von Kündigungsschutzregelungen und Arbeitsmarkteffekten ergeben sich etwa aus der vergleichenden Studie der OECD, *Employment Protection and Labour Market Performance*, Chapter 2, Paris 1999. Die dortigen Ergebnisse wurden im Wesentlichen durch eine im Auftrag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften durchgeführte Studie bestätigt: D. Young, *Employment Protection Legislation: its Economic Impact and the Case for Reform*, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, Economic Paper No. 186, 2003.

Mir ist nun wichtig, mit aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass an diesem Szenario so gut wie nichts mehr stimmt.⁹ Die Fabrik als Ort, an dem Arbeitnehmer zusammenwirken, erodiert zunehmend. Outsourcing, Networking, Teleworking und Einbeziehung von Subunternehmen sind zunehmend auf der Tagesordnung. Nicht nur die Fabrik wird virtuell, sondern industrielle Produktion wird in immer größerem Ausmaß durch den Dienstleistungssektor überlagert. Die Arbeitnehmerschaft ist längst nicht mehr homogen, sondern fragmentiert und segmentiert. Neben die traditionelle Vollzeitbeschäftigung tritt – nicht zuletzt wegen der begrüßenswerten Feminisierung des Arbeitsmarktes – die Teilzeitbeschäftigung, die besonders in der Form des Minijobs für die Betroffenen große Probleme aufwirft. Befristete Arbeitsverhältnisse lösen zunehmend unbefristete ab. Und in immer größerem Umfang wird auf Leiharbeit zurückgegriffen. Schließlich nimmt die Gruppe der Selbständigen, die wirtschaftlich in einer den Arbeitnehmern vergleichbaren Lage sind, ständig zu. Das Spektrum der Fragmentierung ließe sich leicht noch weiter ausdifferenzieren.

Für das Arbeitsrecht bedeutet diese fundamentale Veränderung der Realität des Arbeitslebens, dass der gesamte Normenbestand auf den Prüfstand gestellt und daraufhin überprüft werden muss, ob er diesen neuen Realitäten noch gerecht wird, insbesondere ob den ganz unterschiedlichen Interessen der Arbeitnehmerschaft und der wirtschaftlich abhängigen Selbständigen angemessen Rechnung getragen wird. Hier geht es um Vermeidung von Exklusion und von Prekarisierung. Randbelegschaften einfach so zu behandeln, als wären sie Stammebelegschaften, dürfte das Problem kaum lösen. Vielmehr ist Differenzierung angesagt, wobei im Prinzip gelten muss, dass der Schutz umso stärker ausfallen muss, je schwächer die Position der jeweiligen Gruppe ist. Sollte sich z. B. bei der einen oder anderen Randgruppe erweisen, dass kollektiver Schutz nur schwierig zu realisieren ist, muss dies durch entsprechend höheren gesetzlichen Schutz ausgeglichen werden. In dieser Entwicklung stehen wir noch ganz am Anfang: Hier ist noch viel zu tun. Klar ist indessen: Die Aufgabe heißt nicht Deregulierung, sondern

⁹ Zum Ausmaß dieser Veränderungen vgl. S. *Simitis*, Hat das Arbeitsrecht noch eine Zukunft?, in: International Society for Labour Law and Social Security, 5th European Regional Congress for Labour Law and Social Security, General Reports, Leiden 1996, 1 ff.

umfassende Re-Regulierung. In einer solchen Situation ist es kontraproduktiv, den Status quo in einem Arbeitsvertragsgesetz festzuschreiben zu wollen, wie dies derzeit in Deutschland versucht wird, zumal diese Fixierung auf das Arbeitsvertragsrecht den Blick auf die untrennbare Einheit von individuellem und kollektivem Arbeitsrecht in verhängnisvoller Weise verstellt.¹⁰

2. Akzeptiert man die Notwendigkeit der Re-Regulierung als zentrale Aufgabe des Arbeitsrechts, geht es nun darum, die Leitplanken für eine solche Neuorientierung herauszuarbeiten:

2.1. Wichtig ist erst einmal, den Schutz der Arbeitnehmer so zu dimensionieren, dass er die unternehmerische Entscheidungsfreiheit im Interesse ökonomischer Effizienz nicht so einengt, dass wirtschaftliche Prosperität mit negativen Folgen für das Unternehmen, den Arbeitsmarkt und die Volkswirtschaft insgesamt gefährdet wäre. Unternehmen müssen die Möglichkeit haben, auf technologische, konjunkturelle und sonstige Veränderungen angemessen zu reagieren, um sich am Markt behaupten zu können. Es geht hier also um einen alles andere als leicht zu bewerkstellenden Abwägungsprozess zwischen Arbeitnehmerschutz und ökonomischen Belangen des Arbeitgebers und der Gesellschaft insgesamt, nicht zuletzt auch um die Berücksichtigung der Interessen der Arbeitslosen, die wieder in den Arbeitsmarkt integriert werden möchten. Dies ist eine überaus schwierige Gratwanderung, um die der Gesetzgeber nicht zu beneiden ist.

Ein Zauberwort, mit dem man meint, den Königsweg gefunden zu haben, heißt gegenwärtig in ganz Europa und auch schon darüber hinaus „Flexicurity“, ein im Rahmen der Lissabon-Strategie der EU entwickeltes Konstrukt, das „flexibility“ und „security“ als gegenläufige Begriffe in einem Wort zusammenfasst und damit sinnfällig andeutet, dass sie zum

¹⁰ Meine an den Kodifikationsbemühungen im Gefolge des Einigungsvertrags in meinem Referat auf dem 59. Deutschen Juristentag geäußerte Kritik gilt heute ebenso wie damals, vgl. M. Weiss, Welche wesentlichen Inhalte sollte ein nach Art. 30 des Einigungsvertrags zu schaffendes Arbeitsvertragsgesetz haben?, in: Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages Hannover 1992, Band II, Sitzungsberichte, Teil P, 8 ff.

Ausgleich gebracht werden müssen.¹¹ Gesagt werden soll damit, dass einerseits die Bedürfnisse der Unternehmen nach interner und externer Flexibilität und andererseits vor allem Bestandsschutzinteressen der Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind, wobei interessant ist, dass es bei Letzteren nicht nur um den Schutz des konkreten Arbeitsverhältnisses, sondern auch um Absicherung beim Arbeitsplatzwechsel gehen soll. In der Zwischenphase soll der Arbeitnehmer ökonomisch abgesichert werden und in den Genuss von Umschulungs- und Weiterbildungsaktivitäten kommen, die den Übergang in ein neues Arbeitsverhältnis erleichtern. Das bedeutet einen Paradigmenwechsel vom bloßen Arbeitsplatzschutz zum Schutz der Arbeitsbiographie.

Auf ein solches „catchword“ als Symbol für das, was zu tun ist, kann man sich schnell einigen. Der Streit beginnt dort, wo die Frage ansteht, wie ein solches Konzept konkret umgesetzt werden soll. Dies hat die weithin fruchtlose und wie das Hornberger Schießen endende Diskussion über das Grünbuch zum Arbeitsrecht¹² der Kommission gezeigt.

Bei solchen Konflikten um die richtige arbeitsrechtliche Justierung zwischen Arbeitnehmerschutz und den ökonomischen Interessen des Arbeitgebers, der Wirtschaft und der Gesamtgesellschaft ist das große Problem die Unmöglichkeit verlässlicher Folgenabschätzung.¹³ Zu komplex ist unsere Gesellschaftsstruktur geworden. Der Gesetzgeber hat meist gar keine andere Wahl, als im Nebel der Ungewissheit herumzustochern. Zur Minimierung von Fehlsteuerungen bieten sich vor allem drei – nach meiner Auffassung kumulativ einzusetzende – Strategien an:

2.1.1. Regelungen im Arbeitsrecht müssen in Auseinandersetzung mit den für die Empirie sowie die sozialen und ökonomischen Zusammen-

¹¹ Zur Vielschichtigkeit und letztlich Konturenlosigkeit dieses Begriffs vgl. etwa die Beiträge in M. Kronauer/G. Linne (Hrsg.), *Flexicurity – Die Suche nach Sicherheit in der Flexibilität*, Düsseldorf 2005.

¹² Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch. Ein Modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts, Brüssel, 22. November 2006, KOM (2006) 708 endgültig.

¹³ Vgl. zu diesem Fragenkomplex V. Rieble/A. Junker (Hrsg.), *Folgenabschätzung im Arbeitsrecht*, München 2007.

hänge zuständigen Sozial- und Wirtschaftswissenschaften entwickelt werden. Nur auf solch sozialwissenschaftlicher und ökonomietheoretischer Basis besteht überhaupt die Chance, das Regelungsziel nicht von vorneherein zu verfehlen. Dabei bin ich nicht so naiv, hierin den Stein der Weisen zu sehen: Zu groß sind die Divergenzen der Theorielager in den jeweiligen Disziplinen, um jeweils von gesicherten Erkenntnissen sprechen zu können. Hierzu werden wir sicher im nächsten Referat Näheres erfahren, so dass ich nicht weiter auf diesen Aspekt einzugehen brauche.

2.1.2. Stattdessen möchte ich mich der dem Juristen näherliegenden Strategie zuwenden: der Rechtsvergleichung, die in der Gesetzgebung im Arbeitsrecht aus meiner Sicht eine sehr viel größere Rolle spielen müsste. Die Herausforderungen an das Arbeitsrecht sind für alle Industriestaaten im Wesentlichen dieselben. Umso wichtiger ist es, aus den Erfahrungen anderer Länder zu lernen.

Im Kontrast mit den Lösungskonzepten anderer Länder treten die Konturen des eigenen Arbeitsrechtssystems schärfer hervor, als dies durch bloße Binnenanalyse je möglich ist.¹⁴ So kann einer Haltung vorgebeugt werden, die vorhandene Strukturen unreflektiert als vorgegeben hinnimmt. Stattdessen kann sich in der Auseinandersetzung mit den Alternativmodellen anderer Länder eine kritische Sicht auf das eigene System und seine Wurzeln herausbilden. Und es wird deutlicher, wie sehr die gegenwärtige Ausprägung des Arbeitsrechts von bestimmten historischen Verläufen abhängig und deshalb im Lichte veränderter Bedingungen zu relativieren ist.

Die Einspeisung der in anderen Ländern gemachten Erfahrungen in Reformdebatten kann deren Rationalität entscheidend verbessern. Im Übrigen kann die reformerische Phantasie dadurch bereichert werden, dass untersucht wird, wie andere Länder auf Herausforderungen reagieren, die sich aus vergleichbaren gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und technologischen Veränderungen ergeben.

¹⁴ Vgl. dazu grundlegend O. Kahn-Freund, *Comparative Law as an Academic Subject*, in: O. Kahn-Freund, *Selected Writings*, London 1978, 275 ff. (279).

Allerdings sind arbeitsrechtliche Instrumente und Institutionen so gut wie nie von einem Land in ein anderes transferierbar. Da ich mit derlei Exportumutungen im Kontext der Beratung in Transformation befindlicher Länder vielfach konfrontiert wurde, ist mir dies ein besonderes Anliegen. Die bloße Verpflanzung eines arbeitsrechtlichen Teilsystems in ein anderes Land würde angesichts des ganz anderen institutionellen und kulturellen Umfelds völlig andere Wirkungen zeitigen als im Ursprungsland. Erinnerung sei etwa daran, dass man noch in den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts der naiven Meinung war, man könne die deutsche Unternehmensmitbestimmung in ihrer ganz konkreten institutionellen Ausformung allen Mitgliedsländern der – damals noch – Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft überstülpen und so gemeinschaftsweit gleiche Ergebnisse erzielen. Und bis zum heutigen Tag ist in vielen Ländern die – ebenso naive – Versuchung groß, konkrete Modelle – wie etwa die deutsche Betriebsverfassung – einfach abzukopieren und zu übernehmen. Das heißt natürlich nicht, dass man andernorts nicht von mit diesen Strukturen gemachten Erfahrungen lernen kann. Ideen und Konzepte mag man übernehmen, doch die institutionelle Ausprägung muss jeweils eine eigenständige sein.

Soll Rechtsvergleichung in der skizzierten Weise erkenntnisfördernd wirken, muss sie allerdings eine ganze Reihe von Voraussetzungen erfüllen. Von selbst versteht sich dabei, dass ein bloßer Institutionen-, Instrumenten- und Normenvergleich unergiebig ist. Hilfreich ist einzig und allein ein funktionaler Ansatz, der darauf angelegt ist, die Wirkungsweisen des jeweiligen Arbeitsrechts verschiedener Länder herauszuarbeiten und zueinander in Bezug zu setzen.¹⁵ Dies ist allerdings wesentlich schwieriger zu realisieren, als es auf den ersten Blick scheint. Gänzlich verfehlt ist es etwa, die Funktionsweise eines bestimmten Teilelements (sei es der Kündigungsschutz, das Tarifvertragssystem oder die Arbeitnehmermitbestimmung) durch bloße Konzentration auf diesen Teilausschnitt ermitteln zu wollen. Die Wirkungsweise kann vielmehr nur dann adäquat erfasst werden, wenn das jeweilige Teilelement in seiner Interaktion mit den übrigen Teilen des Gesamtsystems Arbeitsrecht

¹⁵ Eingehend dazu O. Kahn-Freund, *ibidem*, 287 f.; neuerdings dazu M. Weiss, *The Future of Comparative Labor Law as an Academic Discipline and as a Practical Tool*, in: *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2003, 169 ff. (172 f.).

begriffen wird. Hier gilt es zu sehen, dass etwa der Zusammenhang zwischen Gesetzgebung, Kollektivverträgen, Arbeitnehmermitbestimmung und individueller Vertragsgestaltung in jedem Land ein ganz anderer ist, weshalb es offensichtlich unsinnig ist, die Funktionsanalyse auf nur einer Ebene anzusiedeln und es dabei zu belassen. Erst das Zusammenwirken der verschiedenen Ebenen – um bei dem Beispiel zu bleiben – erschließt den Zugang zu deren Wirkungsweise. Diese Einsicht klingt banal. Doch wird sie regelmäßig ignoriert. Verfolgt man etwa die Debatte über die Zukunftsfähigkeit der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland, nimmt man mit Erstaunen zur Kenntnis, dass sich rechtsvergleichende Erwägungen im Wesentlichen darauf reduzieren, die Systeme anderer Länder darauf abzuklopfen, ob sie vergleichbare institutionelle Arrangements in ihrer Unternehmensverfassung haben.¹⁶ Dass funktional durchaus vergleichbarer Einfluss der Arbeitnehmer auf Unternehmensentscheidungen auch anders – etwa durch ein im Vergleich zu Deutschland viel großzügiger ausgestaltetes Streikrecht und eine ganz andere Streikkultur – geltend gemacht werden kann, gerät dabei völlig aus dem Blick.

Funktional verstandene Arbeitsrechtsvergleiche muss vor allem das traditionelle Kästchendenken in der Aufteilung des juristischen Fächerkanons überwinden. So wird in Deutschland das Arbeitsschutzrecht dem öffentlichen Recht zugerechnet, das Arbeitsrecht im Übrigen als bloßer Annex des Zivilrechts begriffen. Dabei ist evident, dass erst die Interaktion beider Bereiche den Wirkungszusammenhang von Arbeitsrecht erschließt. Hier gilt es, darauf zu verweisen, dass in vielen Ländern die Aufspaltung in öffentliches und privates Recht keine Rolle spielt und deshalb sich die Anbindung an diese Kategorien für die vergleichende Sicht als Hindernis erweist. Die Überwindung der Schubladeneinteilung ist jedoch noch aus einem anderen, viel wichtigeren Grund notwendig: Die Wirkungsweise des Arbeitsrechts lässt sich durch bloße Analyse des Arbeitsrechts nicht erfassen. Dies lässt sich etwa am Verhältnis von

¹⁶ Ein Beispiel dafür bieten etwa T. Baums/P. Ulmer (Hrsg.), *Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten*, Beiheft der ZHR, Heidelberg 2004; vgl. demgegenüber den das institutionelle Arrangement transzendierenden Ansatz zu diesem Themenfeld schon vor 30 Jahren bei S. Simitis, *Von der institutionalisierten zur problembezogenen Mitbestimmung*, AuR (1975), 321 ff.

Arbeits- und Sozialrecht demonstrieren, zwei Rechtsgebieten, die in Deutschland – Arbeitsrecht als Teil des Zivilrechts und Sozialrecht als Teil des öffentlichen Rechts – nahezu hermetisch voneinander abgeschottet sind. Dabei zwingt eine funktionale Perspektive – wie bereits angedeutet – zu einer Integration des Arbeits- und Sozialrechts. Will man etwa die Spannweite externer Arbeitsmarktflexibilität studieren, genügt es nicht, sich auf die arbeitsrechtlichen Regeln zum Bestandschutz im Arbeitsverhältnis zu stürzen. Erforderlich ist vielmehr eine Analyse der vielfältigen staatlichen Transferleistungen sowie der Schulungs- und Reintegrationsprogramme, will man hinsichtlich der funktionalen Wirkungsweise des Systems zu einem aussagekräftigen Ergebnis kommen. Oder um ein anderes Beispiel zu bemühen: In Deutschland ist die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall im Arbeitsrecht geregelt, in vielen anderen Ländern Europas wird sie indessen als sozialrechtliche Frage begriffen.¹⁷ Der Katalog der Beispiele ließe sich beliebig verlängern. Es verwundert deshalb nicht, dass in vielen anderen Ländern das Arbeits- und das Sozialrecht eng aufeinander bezogen und begrifflich unter einem Dach – etwa in Frankreich als „droit social“ – vereinigt werden. Die knappen Hinweise sollten lediglich verdeutlichen, dass national tradierte Fächereinteilungen für die Rechtsvergleichung keine Rolle spielen dürfen. Der Gefahr, solchem Kästchendenken zu erliegen, entgeht man dadurch, dass die Analyse nicht bei der Normstruktur ansetzt, sondern die Fragestellung aus dem realen Regelungsbedürfnis heraus entwickelt wird, um dann zu untersuchen, welche Antwort die Rechtsordnung darauf gibt. Dabei zeigt sich dann wie von selbst, dass in den meisten Fällen die traditionelle Einteilung überwunden werden muss, will man zu einem für die vergleichende Bewertung tauglichen Ergebnis kommen. So gesehen, lässt sich das Paradoxon festhalten, dass eine die Reformdebatten im Arbeitsrecht besser fundierende Arbeitsrechtsvergleichung nur dann adäquat betrieben werden kann, wenn die Fächergrenzen des Arbeitsrechts ignoriert werden.

2.1.3. Weder durch den Rekurs auf Sozial- und Wirtschaftswissenschaften noch durch eine lege artis durchgeführte Rechtsvergleichung

¹⁷ Aufschlussreich sind insoweit die Entscheidungen des EuGH im Fall „Paletta“, EZA Nr. 16 zu § 3 Lohnfortzahlungsgesetz und Nr. 1 zu § 5 Entgeltfortzahlungsgesetz.

wird allerdings die Ungewissheit der Folgenabschätzung eliminiert. Sie wird bestenfalls reduziert. Arbeitsrechtsreform ist heute nolens volens ein Verfahren von „trial and error“. Deswegen empfiehlt sich für die Gesetzgebungspraxis im Arbeitsrecht eine überaus vorsichtige Herangehensweise, die eine Korrektur von Fehlsteuerungen ermöglicht. Eine Variante ist die bereits mehrfach praktizierte Befristung von Gesetzen, wobei dies allerdings nur Sinn macht, wenn solche Gesetze von empirischer Forschung begleitet und die Ergebnisse solcher Forschung dann auch vom Gesetzgeber wahrgenommen werden, was in der Vergangenheit ja bekanntlich nicht immer der Fall war.¹⁸ Die andere, wesentlich bedeutendere Variante sehe ich im Ausbau der Tarifdispositivität. Erfüllen gesetzliche Regeln die an sie geknüpften Erwartungen nicht, haben die Tarifvertragsparteien die Möglichkeit zu einer an jeweilige Gegebenheiten angepassten Korrektur. Diese Form der Delegation gewährleistet m. E. am ehesten die notwendige Flexibilität. Allerdings ist Voraussetzung für das Funktionieren solcher Delegation, dass die Korrekturbefugnis nur in Hände gegeben wird, die gleichgewichtiges Aushandeln garantieren, wie dies bei den Tarifvertragsparteien der Fall ist. Dispositivität auch für individualvertragliche Abmachungen kommt deshalb aus meiner Sicht nicht in Betracht. Auch bei Betriebsvereinbarungen kann m. E. solche Dispositivität nur dort zum Tragen kommen, wo der Betriebsrat über ein echtes Mitbestimmungsrecht verfügt.

3. Bislang habe ich mich nur mit der Austarierung des Kompromisses zwischen Arbeitnehmerschutz mit konfligierenden wirtschaftlichen Interessen befasst. Dies ist aber nur ein Aspekt unter mehreren. So ist etwa zu fragen, welchen Beitrag das Arbeitsrecht zur Beförderung gesamtgesellschaftlicher Belange leisten kann, die nicht primär ökonomisch auf den Begriff zu bringen sind. Ein gutes Beispiel in diesem Kontext ist die Aufgabe, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf herzustellen, womit ein Problembereich angesprochen ist, der in Deutschland besonders im Argen liegt.¹⁹ Und schließlich ist es ja auch die Aufgabe

¹⁸ So wurde das auf jeweils fünf Jahre befristete Beschäftigungsförderungsgesetz 1990 und 1995 ohne wirkliche Evaluierung der Effekte des Gesetzes um jeweils weitere fünf Jahre verlängert.

¹⁹ Vgl. hierzu die Bestandsaufnahme bei V. Rieble/A. Junker (Hrsg.), Familienschutz und Familie unverträglichkeit des Arbeitsrechts, München 2007.