

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 389

Der Grundrechtsschutz des Erwerbers beim Betriebsübergang

Zu den Grenzen des europäischen Arbeitnehmerschutzes

Von

Valentin Rebstock



Duncker & Humblot · Berlin

VALENTIN REBSTOCK

Der Grundrechtsschutz des Erwerbers
beim Betriebsübergang

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 389

Der Grundrechtsschutz des Erwerbers beim Betriebsübergang

Zu den Grenzen des europäischen Arbeitnehmerschutzes

Von

Valentin Rebstock



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D21

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-19336-3 (Print)
ISBN 978-3-428-59336-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden aktualisiert und bis November 2024 berücksichtigt.

Die Grundidee zu dieser Untersuchung entstand im Gespräch mit Prof. Dr. Hermann Reichold, an dessen Lehrstuhl ich von April 2021 an wissenschaftlicher Assistent war. Ihm danke ich für die vertrauensvolle Begleitung während des gesamten Promotionsverfahrens und die bereichernde Zeit an seinem Lehrstuhl, durch die mein Interesse an der Wissenschaft aufkam. Prof. Dr. Wolfgang Forster danke ich zum einen für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und zum anderen für seine Diskussionsbereitschaft und bereichernden Anmerkungen.

Ferner danke ich allen, die mich während des Promotionsverfahrens unterstützt und mir beigestanden haben, insbesondere meinen Freunden und meiner Familie.

Tübingen, im Februar 2025

Valentin Rebstock

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 17

Teil 1

Ursprünge und Ziele des Betriebsübergangsrechts	25
A. Historische Entwicklung des Betriebsübergangsrechts	26
I. Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts	27
II. Erwägung eines Analogieschlusses	31
III. Einführung von § 613a BGB und Betriebsübergangsrichtlinie	33
IV. Fazit	37
B. Zielsetzung und tiefere Legitimation des Betriebsübergangsrechts	37
I. Arbeitnehmerinteressen	39
1. „Unmittelbare“ verfassungsrechtliche Veranlassung des Pflichtenübergangs beim Betriebsübergang?	41
a) „Gleichlauf von Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis“ sowie „Recht am Arbeitsplatz“	41
aa) Das Arbeitsverhältnis als ein „personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis“?	43
bb) Kritik am Anknüpfungspunkt des „Arbeitsplatzes“	47
cc) „Verdinglichungsthese“	49
dd) Fazit	51
b) Eingriff in Freiheitsrechte der Arbeitnehmer durch Abschluss der Transfervereinbarung?	51
aa) Bezugspunkt eines etwaigen Eingriffs?	52
bb) Stellungnahme	53
c) Unmittelbare Folge des Sozialstaatsprinzips?	58
aa) Horizontalwirkung?	60
(1) Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG	60
(2) Soziale Rechte der Grundrechtecharta	61
(a) Rechtssache Bauer	62
(b) Übertragung dieser Grundsätze auf die Situation des Betriebsübergangs	65

bb) „Bestandsschutzprinzip“, Absicherung des Kündigungsschutzes?	68
(1) Vorab: Veranlassung des kündigungsschutzrechtlichen Bestands- schutzes	68
(a) Verfassungsrechtliche Schutzpflichten vs. sozialpolitische Maß- nahmen	69
(b) Arbeitsmarktpolitische Relevanz des Kündigungsschutzes	72
(c) Fazit: Lediglich begriffliches Missverständnis?	76
(2) Für Veranlassung des Betriebsübergangsrechts durch „Bestands- schutzprinzip“	78
(3) Gegenansicht	81
(a) Historisches Gegenargument	82
(b) Europarechtliches Gegenargument	83
(c) Sozialpolitisches Gegenargument	85
(d) Methodisch-historisches Gegenargument	87
(e) Ergebnis	91
(4) Etymologie des „Bestandsschutzprinzips“ in Rechtsprechung und Gesetzgebung	92
cc) Ergebnis	95
2. Schutzgebot aufgrund „struktureller Unterlegenheit“ der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang	96
a) Ökonomisch-verfassungsrechtliches Argument	96
b) Historisch-rechtsvergleichendes Argument	101
aa) Parallelen im innerstaatlichen Recht	102
bb) Parallelen im europäischen Recht	104
(1) Betriebsübergangsrichtlinie zwischen französischen und deutschen Einflüssen?	106
(2) Ähnlichkeiten im nationalen Betriebsübergangsrecht der Mitglied- staaten	108
(3) Fazit	109
cc) Parallelen jenseits Europas	111
3. Umfang und Wesen des vermittelten „Inhaltsschutzes“	114
a) Veränderungssperre bzw. „Einfrieren“ der Arbeitsbedingungen?	115
b) Für lediglich begrenzten Inhaltsschutz	118
aa) Vergleichendes Argument	118
bb) Historisches Argument	120
cc) Pflichtenübergang vorrangig zur Gewährleistung von „Haftungskonti- nuität“	122
c) Rechtsprechung	124
aa) BAG für generelle Rechtfertigungspflicht des Erwerbers?	125
bb) Lediglich Verhütung von Missbrauchsversuchen	127
cc) Ansicht des EuGH?	131

d) Ergebnis	133
II. Arbeitgeberinteressen	133
1. „Ausgleichsfunktion“ des Betriebsübergangsrechts?	134
a) EuGH: „Gerechter Ausgleich“	135
b) „Ausgleich“ jedem Gesetz unabhängig von seinem Zweck immanent	136
c) Heute: Überwiegend nachteilige Wirkung für Arbeitgeberseite	137
2. Binnenmarktverwirklichung als Richtlinienziel	140
a) Falsche Kompetenznorm?	141
b) Effektivität?	144
C. Zusammenfassung	146

Teil 2

Fortbildung des Betriebsübergangsrechts

149

A. Allgemeine rechtsmethodische Befugnisse und Beschränkungen des EuGH	150
I. Begriff des „Rechts“ nach Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV	152
II. Begriff und Kompetenz der Rechtsfortbildung im Unionsrecht	156
1. Terminologie von Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV	156
2. Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung	160
3. Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH	162
a) Entwicklung der Unionsgrundrechte als „abgeschlossener“ Prozess?	162
b) Fortschreitender Einigungsprozess	164
c) „Verbot der Rechtsverweigerung“	166
d) Systematische Aspekte	168
e) Ergebnis	169
III. Rolle des EuGH im Vergleich und im Verhältnis zum BVerfG	170
1. BVerfG als selektive Kontrollinstanz im Verhältnis zu den Fachgerichten	173
2. Methodologische „Kontrolle“ des EuGH durch das BVerfG?	176
a) Zunächst: „Vollkontrolle“	176
b) Kontrolle auf methodisch unvertretbare „ausbrechende Rechtsakte“	178
c) Zwischenzeitlich: Verschärfung des Prüfungsmaßstabs?	180
d) „Beschränkte“ Ultra-vires-Kontrolle	183
e) Schranken richtlinienkonformer Auslegung	185
f) Aktuell: PSPP-Entscheidung	187
g) Fazit	190
aa) Rolle der „nationalen Identität“ der Mitgliedstaaten	192
bb) „Verfassungsgerichtsverbund“ und europäische Kompetenzordnung	196
3. Bindungswirkung der Entscheidungen im Vorabentscheidungsverfahren?	198

IV. Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH	202
1. Verfassungs- bzw. europarechtliche Beschränkungen	203
a) Kein Übergriff in den „Kompetenzbereich“ des Gesetzgebers	204
b) Ausfüllungsbedürftige „Lücke“ im vorhandenen Gesetzesrecht	206
aa) „Bewusste“ Lücke	208
(1) Beispiele	208
(2) Wesentlichkeitstheorie	210
(a) Anwendung grundsätzlich nur in „Subordinationsverhältnissen“	212
(b) Anwendung auch in „Gleichordnungsverhältnissen“ denkbar?	214
bb) „Nachträgliche“ Lücke	216
cc) „Verdeckte“ Lücke: Zulässigkeit der Gesetzeskorrektur durch richterliche Rechtsfortbildung?	219
c) Verbot (sozial-)politischer Rechtsfortbildung?	222
aa) Historischer Ausgangspunkt	222
bb) Heutige Sichtweise	224
(1) Zulässigkeitsvoraussetzungen	227
(2) Besonderheiten der Sozialpolitik	229
(a) Verfassungstheoretischer Charakter des Sozialstaatsprinzips	230
(b) Sozialpolitisches „Induktionsverbot“	232
cc) Handhabung des EuGH	236
2. Methodische Beschränkungen	238
a) Vorab: Nur „klarer“ Wortlaut als verbindliche Grenze?	239
b) Contra-legem-Grenze bzw. „harmonisches“ Einfügen	243
aa) Beispiele	244
bb) Schlussfolgerungen	248
c) Anforderungen an Begründung und Inhalt der Rechtsfortbildung	249
B. Im Kontext des Betriebsübergangsrechts relevante Methodik des EuGH	252
I. Traditionelle und unionsrechtsspezifische Auslegungstopoi	253
1. Wortlaut	254
2. Sonstige traditionelle Auslegungstopoi	256
3. Hier sog. „effektuierende“ Auslegung	258
II. Zur Rolle des „höherrangigen“ Rechts bei der Auslegung	260
1. Überkommene Theorie der Drittwirkung	262
2. Theorie der rangkonformen Auslegung	265
a) Rangkonforme Auslegung zur Inhaltskontrolle bzw. -bestimmung	266
b) Vorteile der rangkonformen Auslegung	267
c) Bedenken im nationalen Kontext	269
d) Verpflichtung zur rangkonformen Auslegung?	270
3. Problem der „mehrpolgigen Grundrechtsverhältnisse“ im Zivilrecht	272
a) Beiderseitige Vertragsfreiheit als Ausgangspunkt	273

b) Klassische Schutzgebotstheorie	277
aa) Sozialstaatsprinzip als tragfähige Grundlage für staatliche Schutz-	
pflichten?	279
bb) Schutzgebotstheorie im europäischen Recht	281
cc) Gesetzgeber als Adressat der klassischen Schutzgebotstheorie	283
c) Gerichtliche Einzelfallabwägung in Übermaßfällen	284
C. Zusammenfassung	289

Teil 3

Grundrechtlicher Maßstab beim Betriebsübergang	294
A. Anwendbarer Grundrechtskatalog	296
I. Übersicht über die Rechtsprechungsentwicklung	296
II. Anwendung der europäischen Grundrechtecharta im Kontext der Betriebsüber-	
gangsrichtlinie	298
1. Unstreitig hinsichtlich des bestimmten Teils der Richtlinie	299
a) Determiniertheit des Betriebsübergangstatbestands	299
b) Determiniertheit auch der Rechtsfolgen?	300
2. Bindung der Mitgliedstaaten im gestaltungsoffenen Teil der Richtlinie	302
a) Ansicht des EuGH: „kumulative“ Anwendung	302
aa) Fortführung nach Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta	303
(1) Art. 53 GRCh als pauschale „Mindestschutz- bzw. Subsidiaritäts-	
klausel“?	304
(2) Art. 53 GRCh als differenzierte „Konkurrenzklausele“	306
bb) Ebenso bei inhaltlichem Umsetzungsspielraum	309
(1) Überprüfbarkeit sekundärrechtlicher Öffnungsklauseln	309
(2) Überprüfbarkeit mitgliedstaatlicher Umsetzungsakte	310
(3) Zusammenfassung	313
cc) Anwendung dieser Grundsätze auf das Betriebsübergangsrecht	316
b) Ansicht des BVerfG: „alternative“ Anwendung?	319
aa) Antiterrordatei-Entscheidung	319
bb) Schlussfolgerungen aus der Antiterrordatei-Entscheidung	320
(1) Bewertung anhand der Maßstäbe des EuGH	321
(2) Interpretation als „Trennungs- bzw. Alternativitätsthese“?	322
cc) Entscheidungen zum „Recht auf Vergessen“	323
(1) Recht-auf-Vergessen-I-Entscheidung	324
(2) Recht-auf-Vergessen-II-Entscheidung	325
(3) Schlussfolgerungen	326

c) Stellungnahme	330
aa) Auslegung von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh	331
(1) Für eine restriktive Auslegung	332
(2) Für eine extensive Auslegung	333
(a) Grammatisches Argument	334
(b) Systematisches Argument	338
(c) Teleologisch-historisches Argument	341
(aa) Historische Entwicklung in anderen Bundesstaaten	342
(bb) Verbesserung des europäischen Grundrechtsstandards	345
(3) Ergebnis	347
bb) Auflösung des entstehenden Konkurrenzverhältnisses	347
(1) Vorbehalt des Vorrangs und der Einheit des Unionsrechts	349
(2) Rechtsmethodische „Ermessensreduzierung“?	353
(a) Autonome Gründe	353
(b) Heteronome Gründe	354
(aa) Ersichtliche Grundrechtsrelevanz und „freiwillige“ Öff-	
nungsklauseln	355
(bb) Grundrechte als universelle europäische Rahmenordnung ..	358
(3) Vorbehalt der Wirksamkeit des Unionsrechts	359
(a) Relevanz der primärrechtlichen Kompetenzgrundlage	360
(b) Binnenmarkt erfordert hohen Harmonisierungsgrad	362
(c) Systematischer Vergleich mit Sozialpolitikkompetenzen	366
(d) Charakter und Umfeld des fraglichen Unionsrechtsakts	367
(4) Besonderheiten im Fall „mehrpölgiger Grundrechtsverhältnisse“ ..	370
(a) Gegen eine Einschränkung des Günstigkeitsprinzips	371
(b) Für eine Einschränkung des Günstigkeitsprinzips	374
(aa) Übermaßgedanke	379
(bb) Gleichbehandlungsgedanke	381
(cc) „Eindimensionalität“ des Unionsrechts bzw. Gefahr von	
„Rückkopplungs-Schleifen“ (engl. feedback-loops)	384
(dd) Rechtsprechung des EuGH	387
cc) Fazit	391
B. Unternehmerische Freiheit im Kontext des Betriebsübergangsrechts	392
I. Historische Entwicklung und Inhalt der unternehmerischen Freiheit	397
1. Rechtsprechung des EuGH	397
2. Anknüpfung durch Grundrechtecharta	400
II. Caveat emptor, volenti non fit iniuria?	403
III. Jedenfalls Übermaß- und Wesensgehaltsschutz	405
C. Zusammenfassung	409

Teil 4

Fazit: Grundrechtskonformer Betriebsübergang	411
A. Bedeutung einzelner Betriebskomponenten für die Tatbestandsbestimmung	411
I. „Wertschöpfungstheorie“	412
II. Weiterführendes Problem: einzelfallbezogene oder abstrakte Betrachtung?	415
1. Betriebsbezogener Ansatz	416
a) Argumente für den betriebsbezogenen Ansatz	418
aa) „Betriebsbezogenheit“ des § 613a BGB	419
bb) Rechtssicherheit durch hohen Abstraktionsgrad	421
b) Argumente gegen den betriebsbezogenen Ansatz	423
2. Unternehmensbezogener Ansatz	424
a) Europarechtlicher Hintergrund des Betriebsübergangstatbestands	425
b) Schutz vor Umgehungsgefahr	427
c) Fazit	428
III. Stellungnahme: eingeschränkt unternehmensbezogener Ansatz	430
B. Unveränderte Weitergeltung dynamischer Bezugnahmeklauseln	431
I. Verfassungswidrigkeit der dynamischen Fortgeltung an sich?	433
1. Zulässigkeit dynamischer Verweise als Regelungstechnik	433
2. Verstoß gegen Individualrechte	435
a) Grundrechtlicher Schutz des „Außenseiter-Erwerbers“	435
aa) Negative Koalitionsfreiheit	436
bb) „Negative Tarifvertragsfreiheit“ nach deutschem Recht	437
cc) „Negative Tarifvertragsfreiheit“ nach europäischem Recht	439
(1) Homogenität der europäischen Individualrechtsordnungen	440
(2) Heterogenität der europäischen Kollektivrechtsordnungen	442
b) Gesetzliche Anordnung der dynamischen Fortgeltung im Sinne der Wesentlichkeitstheorie	444
3. Fazit	446
II. Bisherige Stellungnahmen des EuGH	447
1. Rechtssache Werhof	447
2. Rechtssache Alemo-Herron	448
3. Rechtssache Asklepios	450
III. Heute verbleibende Streitfrage	452
1. Anpassung durch Änderungskündigung	453
2. Sonstige Anpassungsinstrumente	456
3. Schlussfolgerung	459
C. Allgemeines kollektivrechtliches Verschlechterungsverbot	460
I. Rechtsprechung des EuGH	461
1. Rechtssache Scattolon	462

2. Rechtssache Unionen	465
II. Interpretation der Rechtsprechung des EuGH	468
1. Für Interpretation als Verschlechterungsverbot	469
2. Gegen Interpretation als Verschlechterungsverbot	471
a) Allgemeine Lehre vom Rechtsmissbrauch und betriebsübergangsrechtliches Missbrauchsverbot	472
b) Rechtsmethodische und grundrechtliche Aspekte	473
c) Interne Systematik der Betriebsübergangsrichtlinie	476
3. Reaktion des BAG	478
III. Stellungnahme	479
Gesamtergebnis	481
 Literaturverzeichnis	 492
Stichwortverzeichnis	550

Einleitung

Die Arbeitsgesetzgebung hat den Ruf, schon lange ein beliebtes Betätigungsfeld für politischen Aktivismus dargestellt zu haben. Insbesondere im Zusammenhang mit Novemberrevolution und Gründung der Weimarer Republik zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde das Arbeitsrecht nach den Worten Ernst Fraenkels zu einem „(...) Sammelbecken, in das sich die revolutionären Kräfte ablagerten, um zu neuen Rechtsgebilden umgeformt zu werden.“ Die „Vielschichtigkeit“ der arbeitsrechtlichen Rechtsquellen, seine Zersplitterung sowie die Multipolarität der beteiligten gesellschaftlichen Kräfte trugen ferner dazu bei, das Arbeitsrecht dauerhaft als „unfertig und in sich widerspruchsvoll“ erscheinen zu lassen.¹ Noch heute kann sich je nach politischer Couleure der aktuellen Entscheidungsträger die Stoßrichtung der staatlichen Arbeitspolitik kurzfristig ändern. Ideologie, Populismus sowie Partei- bzw. Lagerdenken bestimmen im Unterschied zu anderen Teilbereichen des Privatrechts nach wie vor in hohem Maße die Gesetzgebung.² Nur vordergründig verbrämt wird dies im politischen Diskurs durch den phrasenartigen Verweis auf „Sozialstaat“ oder „soziale Gerechtigkeit“ einerseits bzw. die globale „Wettbewerbsfähigkeit“ Deutschlands oder Europas andererseits.³ Dieser Polarisierung liegt der noch immer und wohl auf Dauer schwelende und zuweilen auf unversöhnlichem Wege ausgetragene Konflikt zwischen den beiden großen, mittlerweile politisch gleichermaßen einflussreichen gesellschaftlichen Gruppen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber zugrunde. Eine gewisse Gegensätzlichkeit ist bereits verfassungsrechtlich in Art. 9 Abs. 3 GG angelegt: Der für die Grundrechtsberechtigung zentrale Begriff der „Koalition“ erfordert nach hergebrachtem Verständnis eine Gegnerunabhängigkeit bzw. -freiheit und grenzt die Beteiligten somit strikt voneinander ab.⁴

¹ *Fraenkel*, Die politische Bedeutung des Arbeitsrechts, in: Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik, 1966, 247 (253 f.).

² Vgl. etwa *Kissel*, Arbeitsgerichte zwischen Recht und Politik, 1988, S. 26; *Däubler*, RdA 1999, 18 (19).

³ In diese Richtung auch *Zöllner*, DB 1970, 54 (57): „Der Entscheidung der Frage etwa, ob Kettenarbeitsverträge zulässig sind, lässt sich zwar durch ein Lippenbekenntnis zum Sozialstaat größere Dignität verleihen, jedoch schwerlich größere Überzeugungskraft.“; vgl. des weiteren *Kissel*, Arbeitsgerichte zwischen Recht und Politik, 1988, S. 7 ff.

⁴ Vgl. *Zöllner*, DB 1970, 54 (59–62); das Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit für die Tariffähigkeit einer Koalition geht auf die Rechtsprechung des RAG in den 1920er-Jahren zurück, vgl. *Neumann*, Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, in: Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik, 1966, 113 (134).

Diese gesellschaftliche Spaltung spiegelt sich ferner im arbeitsrechtlichen Diskurs, insbesondere in Arbeitsrechtswissenschaft und -publizistik, wider.⁵

Aus ähnlichen Gründen kommt es immer wieder zu Phasen politischer Blockade, während derer die arbeitsrechtliche Gesetzgebung im Sinne einer „Versteinerung“ fast gänzlich innehält.⁶ Gemessen daran, inwieweit vom Gesetzgeber grundsätzlich bedeutsame gesellschaftliche Fragen angegangen werden, besteht die bis heute andauernde Stagnationsperiode bereits seit den 1970er-Jahren. Die letzte wirklich „groß“ angelegte, von nationaler Ebene ausgehende Reform datiert vom 15. 1. 1972, als die sozialliberale Regierung Brandt („mehr Demokratie wagen“) eine umfassende Neuordnung der Betriebsverfassung beschloss und in diesem Rahmen auch § 613a BGB neu einführt.⁷ Die Betriebs- und Tarifparteien können in solchen Phasen nur begrenzt für Abhilfe sorgen. Zwar sind sie ihrer Grundstruktur nach apolitisch, ersichtlich z. B. aus dem Verbot politischer Streiks bzw. parteipolitischer Betätigung nach § 74 Abs. 2 S. 3 BetrVG, und damit grundsätzlich zur unideologischen Kompromissfindung in der Lage. Jedoch geht damit einher, dass ihre Tätigkeit v. a. auf den Erhalt des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Gleichgewichts durch Ausgestaltung der gegenseitigen Leistungspflichten bzw. sonstigen alltäglichen Arbeitsbedingungen gerichtet ist (vgl. Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG: „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“).⁸ Für die Bestimmung der regulativen Rahmenbedingungen bleiben die staatlichen Stellen verantwortlich. Angesichts der ausgeprägten politisch-ideologischen Durchwirkung des Arbeitsrechts jedoch kommt der Gesetzgeber dieser Aufgabe aus Gründen politischer Taktik bzw. Opportunität oftmals nicht selbst nach, sondern überlässt dies in weiten Teilen den Gerichten (z. B. Arbeitskampfrecht).⁹

Historisch hatte dies zur Folge, dass die Rechtsprechung in Deutschland notgedrungen als „Ersatzgesetzgeber“ auftrat und so überdurchschnittlichen Einfluss auf die Entwicklung vieler Teilbereiche des Arbeitsrechts gewonnen hat. Hierdurch konnte sich – von den Zeiten des Totalitarismus abgesehen – trotz allem ein relativ unideologisches dogmatisches Grundgerüst des Arbeitsrechts entwickeln. Gerade die richterlichen Grundsätze bilden historisch betrachtet nicht selten eine Konstante im sonst wechselhaften arbeitsrechtlichen Normbestand.¹⁰ Essentiell dafür, dass die

⁵ Wobei laut *Buschmann*, FS Kittner, 2021, 110 (113–115) insbesondere bei literarischen Veröffentlichungen und Fachveranstaltungen ein deutliches quantitatives Übergewicht zugunsten der Arbeitgeberseite besteht.

⁶ *Fraenkel*, Die politische Bedeutung des Arbeitsrechts, in: Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik, 1966, 247 (254–260).

⁷ *Däubler*, RdA 1999, 18 (19–21).

⁸ Vgl. *Wank*, Politik und Arbeitsrecht, 1990, S. 9–23 (zum Verbot politischer Streiks), 24–40 (zum betriebsverfassungsrechtlichen Verbot parteipolitischer Betätigung).

⁹ Dies dürfte in tendenziell noch größerem Ausmaß für das kollektive als für das individuelle Arbeitsrecht gelten, vgl. *Zöllner*, DB 1970, 54 (55, 57 f.).

¹⁰ Zum „Kompromisscharakter“ der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung bereits zu Zeiten der Weimarer Republik vgl. *Neumann*, Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsge-

Arbeitsgerichte zumindest das akuteste Regelungsbedürfnis in einer von diametralen Interessengegensätzen geprägten Marktwirtschaft befriedigen sowie ihrer Funktion als Vermittler und Garanten des sozialen Friedens nachkommen können, ist eine weitreichende rechtmethodische Handlungsfreiheit.¹¹ Die Inanspruchnahme einer solchen durch die Rechtsprechung insgesamt, womit ein wachsender Einfluss derselben auf die traditionell den Gesetzgebungsorganen überlassene Rechtsetzung einherging, ist insbesondere seit der Weimarer Republik zu beobachten. Federführend war insoweit gerade auch die als Weiterentwicklung der Gewerbegerichte¹² ebenfalls zu dieser Zeit begründete selbstständige Arbeitsgerichtsbarkeit und das dieser eigene soziale Verantwortungsbewusstsein. Im Kaiserreich hatte sich die letztinstanzlich noch der ordentlichen Gerichtsbarkeit obliegende arbeitsrechtliche Rechtsprechung größtenteils darin erschöpft, die autoritär-reaktionäre Linie des Staates zu vertreten, indem sie etwa der Repression von Gewerkschaften Vorschub leistete.¹³ Beginnend in den 1920er-Jahren mit dem „Aufwertungsurteil“ des Reichsgerichts verlegte sich die Rechtsprechung indes auf ein wesentlich „eigenmächtigeres“ Vorgehen, indem sie zunehmend Gesetzgebungsakte anhand der verfassungsmäßigen Grundrechte kontrollierte und dieselben ferner auch zur selbstständigen richterlichen „Rechtsetzung“ im Wege der Rechtsfortbildung heranzog.¹⁴ Im Bereich des Arbeitsrechts ist z.B. die Entscheidung im sog. Kieler Straßenbahnfall zu nennen, in welcher das Reichsgericht beruhend auf der Sphärentheorie die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers im Fall des streikbedingten Arbeitsausfalls verneinte.¹⁵ Dies lässt sich vor dem Hintergrund einer insbesondere aufgrund Art. 157, Art. 159, Art. 165 WRV eher „kollektivistisch“ anmutenden Weimarer Arbeitsverfassung, im Gegensatz zur „individualistisch“-liberalen Konzeption des aus dem Kaiserreich stammenden BGB, als eine verfassungskonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung des hergebrachten bürgerlichen Schuldrechts interpretieren.¹⁶ Mittels der Grundrechte und einer allmählichen Abkehr vom strengen Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts kam es somit beginnend unter der Weimarer Reichsverfassung, welche ohnehin von der Angst vor einer „Parlamentsdik-

richtlichen Rechtsprechung, in: Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik, 1966, 113 (131–134); ähnlich *Kahn-Freund*, Der Funktionswandel des Arbeitsrechts, in: Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik, 1966, 211 (228–233), welcher der Richterschaft dieselbe „allgemeine entpolitisierende Tendenz jedes Beamtentums“ attestiert.

¹¹ *Kissel*, Arbeitsgerichte zwischen Recht und Politik, 1988, S. 19 ff.

¹² Die noch zu Zeiten des Kaiserreichs im Jahr 1890 eingeführte Gewerbegerichtsbarkeit wies zwar bereits einige Eigenschaften des modernen erstinstanzlichen arbeitsgerichtlichen Verfahrens auf (z.B. durch Fokussierung auf einvernehmliche Verfahrensbeendigung und geringe Verfahrenskosten), jedoch fehlte es an übergeordneten, die Einheit und Qualität der Rechtsprechung absichernden Instanzen, vgl. *Collin*, FS Kittner, 2021, 118 (122).

¹³ *Bender*, FS Kittner, 2021, 62 (65–69); *Kempen*, FS Kittner, 2021, 208 (212).

¹⁴ Vgl. *Zöllner*, DB 1970, 54 (55 f.).

¹⁵ RG, Urt. v. 6. 2. 1923, Az. III 93/22, RGZ 106, 272.

¹⁶ Vgl. *Pothhoff*, Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, in: Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik, 1966, 1 (insb. 7 f., 25–27, 46–57).