

Marie Diekmann

Die demokratische Bedeutung des kollektiven Arbeitsrechts

Der Arbeitskampf zwischen
Zivilrechts- und Grundrehtedogmatik

276 Seiten · broschiert · € 44,90
ISBN 978-3-95832-330-8

© Velbrück Wissenschaft 2023

Einleitung

I. Wie weit reicht die Demokratie?

Die Frage nach der Demokratie, nach ihrer Ausgestaltung und Reichweite ist keine rein rechtliche. Das Recht spielt dabei aber eine gewichtige Rolle. Es schreibt die Demokratie als Regierungsform fest, strukturiert demokratische Verfahren und macht mit den Grundrechten normative Prinzipien, die auch den Demokratiegedanken strukturieren, zum Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Entwicklung. Damit entzieht das Recht dem politischen Prozess auch bestimmte Grundsatzentscheidungen. Darüber hinaus schirmt es in Form des Privatrechts wichtige Bereiche des alltäglichen Lebens von demokratischer Mitbestimmung ab. Der Arbeitskampf steht sowohl als soziale Praxis sowie als Rechtsinstitut zwischen dem vom Recht als privat markierten Zivilrecht und dem der politischen Sphäre zugeordneten öffentlichen Recht. Er interveniert in die Sphäre des Privatrechts und fordert die Mitbestimmung der Lohnabhängigen entgegen der privatrechtlich normierten Alleinentscheidungsbefugnis des Eigentümers. Er fordert damit eine demokratische Praxis ein und ist selbst Bestandteil subalternen Demokratisierung. Der Streik, die protestweise Niederlegung der Arbeit, ist historisch eine der wichtigsten Formen des gewaltfreien Widerstandes. Dennoch kommt der Arbeitskampf in den meisten Demokratietheorien nicht einmal am Rande vor und auch innerhalb der Rechtswissenschaft wird er kaum mit dem Demokratieprinzip in Verbindung gebracht. Dies ist, insbesondere innerhalb der deutschen Rechtswissenschaft, erstaunlich angesichts der langen Geschichte der Wirtschaftsdemokratie, die auch ihre Spuren im Recht hinterlassen hat. Ich will im Folgenden versuchen, diese Spuren nachzuvollziehen sowie die Gründe der Marginalisierung des wirtschaftsdemokratischen Rechts zu verstehen. Dass Wirtschaft und Arbeit nach wie vor weitestgehend undemokratisch organisiert sind und vom Recht gegen Demokratisierung abgeschirmt werden, scheint mir nicht nur aus demokratischer Perspektive, sondern auch aus der Perspektive des Rechts problematisch. Das Recht, so meine normative Ausgangsintuition, könnte sehr viel stärker an demokratischen Normen ausgerichtet werden und so auch eine demokratischere Organisation von Wirtschaft und Arbeit befördern. Die vorliegende Arbeit lässt sich einerseits verstehen als ein Projekt immanenter Kritik, als Versuch der kritischen Weiterentwicklung und Stärkung des rechtlichen Demokratieverständnisses, genauer: als Versuch, eine demokratische Teleologie des Rechts zu skizzieren. Ich konzentriere mich auf das Arbeitsrecht und die Demokratisierung ökonomischer Herrschaft, versuche dabei aber, das Recht als Ganzes ebenso

wie andere aus demokratischer Perspektive problematische und rechtlich verfasste Herrschaftsverhältnisse nicht aus dem Blick zu verlieren. Dabei will ich die Entwicklung der Arbeitskampfdogmatik in ihrem historischen Kontext nachvollziehen, sodass sich die Untersuchung andererseits auch lesen lässt als Geschichte der Arbeitskampfdogmatik, die sich wiederum als Entwicklungsgeschichte eines Rechtsinstituts verstehen lässt, das, zunächst von einem eigentumszentrierten Zivilrecht geprägt, zunehmend von der sich entwickelnden Grundrethedogmatik beeinflusst wird. Die Geschichte des Arbeitskampfes wird darin zu einer Geschichte verpasster Chancen zur Demokratisierung der Gesellschaft, in welcher sich die Verstrickung des Rechts in illegitime Herrschaft fortschreibt. Es soll aber auch die Entwicklung des Rechts hin zu einer stärkeren Orientierung an Freiheit und Gleichheit der Menschen gezeigt werden, sodass sich die Entwicklung des Arbeitskampfrechts auch als Emanzipationsgeschichte lesen lässt, in welcher die normative Dynamik moderner Grundrechte zur Wirkung kommt und ideologische Schließungen überwunden werden. Dabei wird gegen Ende der Arbeit jedoch auch deutlich, wie stark sich die Anforderungen an ein demokratisches Recht angesichts moderner Wirtschafts- und Arbeitsbeziehungen verändert haben. Insofern fällt es schwer, aus der Analyse konkrete dogmatische Empfehlungen abzuleiten, es können aber, so hoffe ich, grundsätzliche Probleme, vor denen das Recht heute steht, aufgezeigt werden.

2. Das rechtliche Demokratieprinzip

Das Demokratieprinzip gehört zu den zentralen Staatsorganisationsprinzipien und steht insoweit juristisch nicht in Frage. Entsprechend gehört das Demokratieprinzip auch zum Standardrepertoire der juristischen Ausbildung. Juristische Lehrbücher führen Jurastudierende bereits im ersten Semester in das juristische Demokratieverständnis ein. Dabei wird unterschieden zwischen einem demokratietheoretisch aufgeladenen und einem rechtlichen Demokratiebegriff.¹ Letzterer meine wesentlich die parlamentarische Ordnung und das allgemeine Wahlrecht. Darüberhinausgehende demokratietheoretische Überlegungen seien gerade nicht Sache des Rechts. Schaut man hingegen in umfangreichere Standardwerke, wie das *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik*, findet sich dort bereits einiges mehr zum Demokratieverständnis des Rechts. So etwa in dem Beitrag *Demokratie als Verfassungsprinzip* des ehemaligen Verfassungsrichters Ernst-Wolfgang Böckenförde. Demokratie, so wird darin

¹ Z.B. Ipsen, Staatsrecht I, S. 23; Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, S. 72.

deutlich, kann auch nach juristischem Verständnis noch mehr beinhalten als Parlamentswahlen. Böckenförde meint:

»Das demokratische Prinzip, wie es Art. 20 Abs. 2 GG als nähere Ausgestaltung der Volkssouveränität formuliert, ist bezogen auf die Ausübung von Staatsgewalt in der Bundesrepublik Deutschland. Es verhält sich nicht zur Demokratie als Lebensform, auch nicht zur ›Demokratisierung der Gesellschaft‹, die im Namen eines universal verstandenen Demokratieprinzips zuweilen gefordert wird. Eine solche Demokratisierung der Gesellschaft, was immer darunter im Einzelnen verstanden werden mag, ist durch die Errichtung der Demokratie als Staats- und Regierungsform rechtlich weder geboten noch verboten, sie mag allerdings insoweit naheliegen, als die Funktionsfähigkeit der Demokratie nicht unabhängig von bestimmten gesellschaftlichen Voraussetzungen ist.«²

Das Grundgesetz beschränkt das Demokratieprinzip demnach nicht zwingend auf Wahlen. Zwar gebietet das Demokratieprinzip keine darüber hinausgehenden demokratischen Verfahren und Institutionen, es verbietet sie aber auch nicht, sondern legt sie, laut Böckenförde sogar nahe. Die praktische Ausgestaltung und Weiterentwicklung ist demnach eine Frage politischer Aushandlung. Eine zentrale Rolle in diesem Aushandlungsprozess spielen die Grundrechte, die gleichsam in Form demokratischer oder politischer Grundrechte die individuelle Selbstbestimmung in der politischen Sphäre sichern³ sowie als Grenze des gesetzgeberischen Ausgestaltungsspielraums fungieren.⁴ Den politisch-demokratischen Grundrechten kommt eine für die demokratische Öffentlichkeit konstituierende Funktion zu. Darunter fallen insbesondere die Meinungs-, Presse-, Informations-, Verbands- und Versammlungsfreiheit. Welche Grenzen die Grundrechte aber der Demokratisierung der Gesellschaft und des Rechts setzen, ist nicht ganz klar. In Konflikt mit Demokratisierungsprojekten abseits oder ergänzend zum Parlamentarismus können etwa der formelle Gleichheitssatz, aber auch die Eigentumsgarantie oder die Berufsfreiheit geraten. Ob und in welcher Form hier Normenkonflikte auftreten, ist nicht nur abhängig von dem jeweiligen Demokratisierungsvorhaben, sondern ebenso von dem rechtlichen Demokratie- und Grundrechteverständnis. Böckenförde bleibt bei einem eher konservativen Demokratiebegriff, der Demokratie im Grunde als *einheitlichen* Prozess versteht, in dem *ein* Staatsvolk entscheidet.⁵ Alle anderen Spielarten demokratischer Verfahren und Institutionen – von basisdemokratischen Verfahren über demokratische Selbstverwaltung innerhalb der

² Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band II, S. 429 (434).

³ Böckenförde, ebd., S. 429 (454).

⁴ Böckenförde, ebd., S. 429 (434).

⁵ Vgl. Böckenförde, ebd., S. 429 (445 ff.).

öffentlichen Verwaltung, von föderalen Einheiten oder Betrieben bis hin zu spezifischen Verfahren zum Minderheitenschutz oder zur Betroffenenbeteiligung innerhalb demokratischer Verfahren – erscheinen somit als potentiell im Konflikt mit der auf Ebene des Nationalstaats organisierten Demokratie. Dabei sieht Böckenförde die Demokratie durchaus als voraussetzungsreiches Unterfangen, das nicht in rechtlichen Regeln aufgeht. Die Demokratie ist laut Böckenförde angewiesen auf eine Emanzipationsstruktur der Gesellschaft.⁶ Damit gemeint ist zum einen, dass die Demokratie inkompatibel sei mit Sippen- oder Standeszugehörigkeiten ebenso wie mit Religionen mit universalem Herrschaftsanspruch,⁷ zum anderen aber auch, dass sie einen gewissen Bildungsgrad und daher ein entwickeltes Schulsystem voraussetzt.⁸ Ebenso ist die Demokratie nach Böckenförde auf ein demokratisches Ethos angewiesen, eine normative Orientierung (primär bei den politischen Eliten), die nicht nur die eigenen Interessen, sondern auch andere Menschen im Blick behält.⁹ Auch eine relative »Homogenität« der Bevölkerung sieht Böckenförde als Voraussetzung der Demokratie.¹⁰ Entsprechend werden zu große Unterschiede kultureller Art, aber auch hinsichtlich der sozio-ökonomischen Lage auch als demokratisches Problem aufgefasst.¹¹ Nun klingt bei Böckenförde nicht nur ein wenig zu viel des autoritären Gesellschaftsverständnisses Carl Schmitts an, der gesamte Blick bleibt, auch wenn er auf die gesellschaftlichen Voraussetzungen referiert, analytisch zu sehr auf den Nationalstaat gerichtet. Doch auch wenn man sich unter der gesellschaftlichen Emanzipationsstruktur der Demokratie etwas anderes vorstellen kann, als Böckenförde es tut, zeigt er doch, dass auch das rechtliche Demokratieprinzip mehr umfasst als auf den ersten Blick vermutet. Der rechtliche Demokratiebegriff beruht demnach nicht nur auf gesellschaftlichen Voraussetzungen, er ist auch normativ offener, als er im ersten Moment erscheint. Das Grundgesetz schreibt einige Institutionen fest, wie allgemeine Wahlen oder das Recht auf Meinungsfreiheit. Davon abgesehen obliegt es der Gesellschaft, eine demokratische Kultur zu entwickeln und neben dem parlamentarischen-politischen Prozess weitere demokratische Institutionen und Verfahren zu schaffen. Der Sozialstaat, der annähernd gleiche Lebensverhältnisse der Menschen oder zumindest ein ökonomisches und soziales Existenzminimum garantieren soll, ist für Böckenförde logische Folge des demokratischen Prinzips, das ökonomische und soziale Fragen zum Gegenstand politischer Verhandlung macht.¹² Böckenförde

6 Böckenförde, ebd., S. 429 (471).

7 Böckenförde, ebd., S. 429 (472 f.).

8 Böckenförde, ebd., S. 429 (475).

9 Böckenförde, ebd., S. 429 (483).

10 Böckenförde, ebd., S. 429 (472 ff.).

11 Vgl. Böckenförde, ebd., S. 429 (473).

12 Böckenförde, ebd., S. 429 (493).

geht dabei davon aus, dass der demokratische Prozess dazu neige, den Sozialstaat auszudehnen und so sozioökonomische Ungleichheit abzubauen. Ob sich das, nach einer langen Phase der Neoliberalisierung und einer Finanzkrise, noch so eindeutig behaupten lässt, muss allerdings in Frage gestellt werden. Wichtig scheint mir aber der von Böckenförde aufgezeigte Zusammenhang zwischen sozioökonomischer Gleichheit und Demokratie: Massive Ungleichheit birgt Gefahren für den demokratischen Prozess. Der demokratische Prozess wiederum ist im Idealfall inhaltlich darauf ausgerichtet, Ungleichheiten zu verringern und also ähnliche Chancen und Lebensbedingungen für alle Menschen (oder zumindest alle Bürger:innen) zu schaffen. Dabei weist Böckenförde auch auf den problematischen Zusammenhang zwischen ökonomischer und politischer Macht hin.¹³ Während die Demokratie die politische Macht der Idee nach gleich verteilt, erweist sich diese infolge sozioökonomischer Ungleichheit real als sehr ungleich verteilt. Die Demokratisierung der Gesellschaft, die Böckenförde zwar als zwingende Forderung des Rechts verneint, aber für rechtlich zulässig und aus Sicht des Demokratieprinzips naheliegend befindet, zielt entsprechend auf die Ermöglichung symmetrischer Beziehungen und Lebensweisen ab, die einen demokratischen Diskurs und die Ausbildung eines »demokratischen Ethos« ermöglichen. Demokratie, so könnte man allgemeiner sagen, ist ein voraussetzungsreiches und schwieriges Unterfangen, das sich nicht auf gleiche Wahlen und Freiheitsrechte beschränkt, sondern angewiesen ist auf eine demokratisch verfasste Gesellschaft, die sich in demokratischen Praktiken ausbilden und entwickeln muss. Oskar Negt stellt entsprechend fest:

»Demokratie ist die einzige staatlich verfasste Gesellschaftsordnung, die gelernt werden muss – nicht ein für allemal, so als könnte man sich einen gesicherten Regelbestand aneignen, der fürs ganze Leben ausreicht, sondern immer wieder, in tagtäglicher Anstrengung bis ins hohe Alter hinein. Und solch ein Lernprozess ist ohne praktische Übung nicht möglich.«¹⁴

Anders als die Aristokratie ist die Demokratie kein Elitenprojekt, beziehungsweise, wenn und soweit sie es ist, stellt dies ein ernstzunehmendes Problem dar. Der demokratische Rechtsbegriff verweist entsprechend auch auf die nichtrechtlichen Bedingungen der Demokratie und

13 Böckenförde hält »Vermachtung und Monopolisierung« der »politische[n] Meinungs- und Willensbildung« für demokratiegefährdend und erwähnt in diesem Zusammenhang auch »Wirtschaftsmacht« (Böckenförde, ebd., S. 429 (456 f.)). Der Zusammenhang zwischen Demokratie und wirtschaftlicher Macht bleibt aber diffus und die daraus resultierenden Probleme bleiben unterbelichtet.

14 Negt, in: NGFH 12 (2010), 63 (65).

des Rechts und impliziert mithin die normative Forderung, diesen in der Rechtsentwicklung Rechnung zu tragen. Damit ist nur eine sehr grobe Richtung vorgegeben, und ich werde in den folgenden zwei Kapiteln versuchen, die komplexe Frage nach einer demokratischen Rechtsentwicklung weiter inhaltlich zu füllen. Allerdings bleiben eine gewisse Offenheit und Unbestimmtheit wichtige Merkmale der Demokratie. Zentral scheint mir an dieser Stelle Folgendes: (1.) Demokratie meint auch im Rechtssinne mehr als allgemeine Wahlen; (2.) Demokratie ist voraussetzungsreich und angewiesen auf eine demokratische Gesellschaft; (3.) das Grundgesetz schreibt einige Institutionen der Demokratie fest, überlässt die Ausgestaltung der Demokratie aber ansonsten dem politischen Prozess; (4.) ungleiche Lebensverhältnisse und einseitige Vermachtung des politischen Prozesses gefährden den demokratischen Prozess.

3. Wirtschaftsdemokratie

Dabei bleibt eine Spielart der Demokratie bei Böckenförde vollständig ausgeblendet: die Wirtschaftsdemokratie. Diese zielt auf eine demokratische Organisation der Wirtschafts- und Arbeitsbeziehungen, wendet also die Grundsätze demokratischer Herrschaft auch auf den Bereich der Ökonomie und der Arbeit an, zielt, wie Fritz Naphtali formuliert, auf »ein Gemeinwesen der Wirtschaft, das einen wirtschaftlichen Gemeinwillen verkörpert« ab.¹⁵ Wirtschaftsdemokratische Institutionen und Verfahren sollen die gesellschaftlichen Bedingungen für demokratische Selbstbestimmung, wie sie im politischen Raum verlangt und vorausgesetzt werden, auch im Bereich von Wirtschaft und Arbeit ermöglichen.¹⁶ Dabei handelt es sich um ein sehr heterogenes Konzept, das zwar in der Weimarer Verfassung verankert war und auch im Grundgesetz ange-dacht ist, aber nie richtig in die Praxis umgesetzt wurde.¹⁷ Dennoch gibt es in Deutschland mit dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), dem Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG), dem Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) und dem Montan-Mitbestimmungsgesetz (MontanMitbestG) vergleichsweise viele gesetzliche Regelungen, die zumindest in Ansätzen demokratische Prinzipien auch in der Wirtschaft verankern. Diese bleiben jedoch deutlich hinter dem zurück, was etwa Fritz Naphtali als demokratische Wirtschaftsorganisation verstand. Dafür lassen sich viele Gründe finden: Gewerkschaften, Sozialdemokrat:innen und

¹⁵ Naphtali, *Wirtschaftsdemokratie*, S. 31.

¹⁶ Bieling, *Demokratie, Macht und Einflussnahme: theoretische Perspektiven und Kontroversen*, BpB 2019, online: <https://www.bpb.de/politik/wirtschaft/lobbyismus/276194/demokratie-macht-und-einflussnahme>.

¹⁷ Siehe hierzu: Kapitel 3.

Sozialist:innen gelang es nicht, dauerhaft politische Mehrheiten zu organisieren, um die juristischen Möglichkeiten auch praktisch zu nutzen, sondern sie verstrickten sich in Kämpfe gegeneinander. Dabei scheint es rückblickend, als hätte die Wirtschaftsdemokratie in Deutschland niemals wirklich eine Chance gehabt, auch praktisch erprobt zu werden. Während die Weimarer Verfassung einerseits weitgehende demokratische Institutionen auf dem Gebiet der Wirtschaft verfassungsrechtlich verankerte, hatten große Teile der politischen und wirtschaftlichen Eliten sich zu diesem Zeitpunkt nicht einmal mit der politischen Demokratie abgefunden. Hinzu kam eine Wirtschaftskrise, welche die andauernde politische Krise noch befeuerte und schließlich im Faschismus endete. Doch auch nach der Niederlage Deutschlands und des Faschismus wurden wirtschaftsdemokratische Reformen schnell wieder äußerst schwierig. Der durch den Kalten Krieg befeuerte Antagonismus zwischen Kapitalismus und Kommunismus ließ Nuancen innerhalb und zwischen den beiden Polen wirtschaftlicher Organisation immer weniger zu. Doch bei all diesen politischen und ökonomischen Gründen, die zur Verhinderung wirtschaftsdemokratischer Praktiken beitrugen, sollen auch die rechtlichen Gründe nicht vergessen werden. Hierbei spielen nicht nur Jurist:innen, deren Werte und politische Vorstellungen eine gewichtige Rolle, sondern auch das Recht selbst. Böckenförde nennt als unüberwindbare Grenze sozialstaatlicher Reformen die »rechtsstaatliche Eigentums-gewährleistung«, die ihm zufolge »in ihrem Inhalt und ihren Grenzen zugleich die Möglichkeiten und Grenzen sozialstaatlichen, auf sozialen Ausgleich und soziale Umverteilung in der Gesellschaft gerichteten Handelns [bestimmt]«. ¹⁸ Entscheidend für den Spielraum hinsichtlich der Demokratisierung von Wirtschaft, Arbeit, aber auch der Zivilgesellschaft insgesamt, ist, so wird hier deutlich, die Reichweite des Eigentumsrechts, das als juristischer Trumpf gegen die Demokratisierung fungiert. Böckenförde zeigt einerseits große Offenheit und sogar eine gewisse Sympathie für Konzepte der Demokratisierung. Diesen gesteht er zu, normativ plausibel, da von der Verfassung »nahegelegt« zu sein. Gleichzeitig macht er aber deutlich, dass sich diese Konzepte nicht als rechtliche Forderungen formulieren lassen, dass sie normativ nahegelegt, aber eben nicht dogmatisch gefordert sind. Damit verweist Böckenförde auf eine Diskrepanz zwischen Normativität des Rechts und Dogmatik. Dogmatik in diesem Sinne meint die faktische Rechtsgeltung, also die gegenwärtig herrschende Rechtsauslegung, bestehend aus Rechtsprechung sowie rechtswissenschaftlichen Anwendungsdiskursen. Dogmatik, so könnte man auch sagen, ist eine bestimmte, aktuell gültige empirische Version der Normativität des Rechts. Sie ist somit zum einen von Theorien über das Recht, aber auch von der über sie hinausgehenden Normativität des

¹⁸ Böckenförde, ebd., S. 429 (494).

Rechts abzugrenzen, die, insoweit sie keine faktische Geltung erlangt, als normatives Potential im Recht angelegt bleibt und, sobald sie Rechtsgeltung erlangt, zur Dogmatik gerinnt.¹⁹ Klingt Böckenfördes Position im ersten Moment nach einer sehr liberalen Diskursposition, die offen ist für unterschiedlichste demokratische Konzepte, so verengt er den Diskursraum mit dem Hinweis auf das Eigentumsrecht sogleich wieder. Denn das Eigentumsrecht garantiert die Herrschaft des Eigentümers über Rechtsobjekte, die somit demokratischer Kontrolle entzogen sind. Die Reichweite privater Herrschaft ist dabei nicht allein durch die (abstrakte) rechtliche Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsordnung bestimmt, sondern auch durch die empirische Verteilung von Vermögen. Dabei dient der Gesellschaftsvertrag als Legitimationsquelle sowohl für die politische als auch für die ökonomische Ordnung durch den Staat.²⁰ Während in der politischen Sphäre die individuelle Freiheit in ein System demokratischer Mitbestimmung transformiert wird, übersetzt sich die individuelle Freiheit in der ökonomischen Sphäre in die Privatautonomie. Diese wiederum findet ihre normative Grundlage in den grundrechtlichen Freiheiten und Garantien, die sie gleichsam absichern. Philosophisch oder legitimationstheoretisch betrachtet, bilden sich aus dem Prinzip individueller Freiheit zwei Arten rechtlicher Freiheit aus: in der öffentlichen Sphäre die politischen Freiheiten und Grundrechte, in der privaten Sphäre die Privatautonomie und das Eigentum. Über das Eigentumsrecht und seine Ableitungen sowie das Zivilrecht überhaupt, auch in seinen inter- und transnationalen Ausprägungen, wurden dabei feudale und patriarchale Privilegien ebenso wie Kolonialverhältnisse in demokratische Verhältnisse überführt und somit gleichsam zum Teil derselben. Das Rechtssubjekt, welches über das Recht mit Rechtsmacht ausgestattet wird, ist zwar formuliert als Abstraktum, war aber niemals als solches existent und nicht einmal als solches konzipiert.²¹ Historisch war das Rechtssubjekt gedacht als Herrscher über Grund und Boden sowie über Produktionsmittel, über Sklaven und Kolonisierte, über Frauen und Kinder sowie über Arbeiter:innen. In konsequenter Fortführung des

19 Die praktische Rechtsanwendung bezieht sich regelmäßig auf rechtstheoretische oder auch sozialwissenschaftliche und historische Annahmen, die so zum Bestandteil der Dogmatik werden. Da die konkrete Rechtsgeltung auch umstritten ist und sich »herrschende Meinung« und praktische Rechtsanwendung ändern können, ist die Dogmatik selbst mehrdeutig. Die begriffliche Nähe zum Dogma zeigt jedoch an, dass die sich faktisch in Geltung befindliche Rechtsdogmatik eine Eindeutigkeit im Sinne Niklas Luhmanns (dazu in Kapitel 1) behauptet und versucht, sich gegen ebenfalls im Recht angelegte Deutungen, also das durch die Dogmatik ausgeschlossene normative Potential des Rechts, abzuschirmen.

20 Böckenförde, ebd., S. 429 (430 ff.).

21 Siehe hierzu: Kapitel 1.

Aufklärungsgedankens, aufgrund historischer Entwicklungen und nicht zuletzt aufgrund teils blutiger Kämpfe derjenigen, die in der rechtlichen Herrschaftsbeziehung untergeordnet wurden, gilt diese Feststellung so heute nicht mehr gleichermaßen. Sie ist aber auch nicht durch die Universalisierung der Rechte widerlegt. Die Herrschaftsbeziehungen haben sich vielmehr anders ausgerichtet und operieren primär über die Annahme rechtlicher Gleichheit.²² Damit ist ein nicht zu unterschätzender normativer Fortschritt zu konstatieren, der allerdings unvollständig bleibt. Eine zentrale Rolle bei der Umstellung vordemokratischer Herrschaft auf private Herrschaft innerhalb der Demokratie spielen die rechtlichen eigentums- und zivilrechtlichen Institutionen. Sie sichern private Herrschaft nach wie vor gegen politische Forderungen nach weitergehender Demokratisierung ab, indem sie Demokratisierung privater Herrschaft als Rechtsbruch oder sogar als Verletzung der Menschenrechte framen. Innerhalb der Rechtsdogmatik entsteht so eine Diskrepanz zwischen der Thematisierung politischer und privater Herrschaft, die, blickt man auf den Text des Grundgesetzes, so nicht zwingend ist. Mit Blick auf die Verfassung lässt sich vielmehr eine Diskrepanz konstatieren zwischen ihrer wirtschaftspolitischen Offenheit und ihrer dogmatischen Schließung über das Eigentums- und Privatrecht. Somit lässt sich ergänzend Folgendes festhalten: (5.) Das Eigentumsrecht und seine grund- und zivilrechtlichen Ableitungen entziehen große Teile des gesellschaftlichen Lebens dem Grundsatz der Demokratie; (6.) es besteht somit ein normatives Spannungsverhältnis im Recht zwischen Demokratie und Eigentumssicherung; (7.) das Recht, oder zumindest die Rechtsauslegung, tendiert dazu, die normative Spannung einseitig zugunsten des Eigentumsrechts aufzulösen.

4. Aufbau der Arbeit

In der Arbeit will ich die Demokratietheorie des Rechts mit Hinblick auf die sich anschließende Untersuchung der Dogmatik des Arbeitskampfrechts in der Bundesrepublik kritisch weiterentwickeln. Dazu soll zunächst eine demokratische Teleologie des Rechts skizziert und anschließend eine kritische Evaluation der Arbeitskampfdogmatik vorgenommen werden. Mit demokratischer Teleologie ist eine normative Entwicklungsperspektive des Rechts gemeint, die das empirische Recht nach Auslotung der theoretischen Transformationspotentiale der Rechtsform demokratisch ausrichten soll. Der demokratischen Teleologie ist eine

22 Insbesondere für die Herrschaft über Kinder gilt dies nicht. Zu den Schwierigkeiten eines angemessenen Umgangs des Rechts mit Kindern, siehe: Mühlbacher: Adulthood und Familialismus in den Diskursen ums Recht.

kritische Analyse der Rechtsform vorangestellt, welche die Potentiale des Rechts, aber auch seine Grenzen und paradoxalen Verstrickungen beleuchten soll. Hierzu werden verschiedene rechtstheoretische Ansätze miteinander verknüpft, mit dem Ziel, die spezifische Handlungslogik und normative Dynamik des modernen Rechts zu fassen. Die einleitend formulierten Thesen (1. bis 7.) stecken den analytischen und normativen Rahmen der Arbeit ab und reflektieren dabei bereits Erkenntnisse aus der empirischen Rechtsanalyse. Die Analyseperspektive ist also nicht rein theoretisch entwickelt, sondern empirisch informiert. Die demokratische Teleologie verlangt zudem eine interdisziplinäre Perspektive. Sie kann nicht aus dem Recht oder der Rechtsdogmatik alleine entwickelt werden. Dabei sollen nicht einfach Forschungsergebnisse aus anderen Disziplinen genutzt werden, sondern der interdisziplinäre Ansatz soll einen anderen Blick auf das Recht ermöglichen als er alleine aus der Innenperspektive des Rechts heraus möglich ist. Diese Perspektivverschiebung hat auch Auswirkungen auf den Aufbau der Arbeit: Die Arbeit ist in ihrem Aufbau nicht an rechtsdogmatischen, sondern an sozialwissenschaftlichen Arbeiten orientiert, das heißt, es gibt einen theoretischen Teil, der abstrakt (wenn auch empirisch informiert) die Fragestellung entwickelt, entlang derer in dem folgenden Teil das empirische Recht betrachtet wird. Im empirischen Teil wird detailliert und kleinteilig überprüft, ob die theoretisch formulierten Annahmen stimmen sowie die dort gewonnenen Erkenntnisse in die Theorie zurückgespielt. Dabei unterscheide ich zwischen rechtswissenschaftlicher Diskussion und Rechtsprechung. Der empirische Teil soll zudem das Komplexitätsniveau erhöhen und Aspekte beleuchten, die in der reinen Theoriearbeit zu kurz kommen, etwa auch historische Kontingenzen und Zufällen Beachtung schenken. Während die Theorie den Blick der empirischen Analyse lenkt, interveniert die Empirie in die Leerstellen der Theorie. In den beiden Theoriekapiteln wird eine immanente Kritikperspektive auf das Recht entwickelt, die zunächst einen emphatischen Demokratiebegriff formuliert und danach fragt, ob und wie weit sich die undemokratisch organisierten Wirtschafts- und Arbeitsverhältnisse symmetrischer, demokratischer ausrichten lassen und welche Rolle das Recht dabei spielt. Da das Recht als Handlungsraum mit spezifischer normativer Struktur und Geschichte verstanden wird, erfolgt die sich dem theoretischen Teil anschließende Betrachtung der Dogmatik in drei Phasen, bei denen zu Beginn in den 1950er-Jahren eine ideologische Schließung mittels einer autoritären Zivilrechtsdogmatik konstatiert wird. Dem folgt 1980 im Zuge der Entwicklung der modernen Grundrechtsdogmatik eine Wende im Sinne einer demokratischeren Ausrichtung des Rechts und schließlich nach der Jahrtausendwende eine noch weitere Demokratisierung – allerdings inmitten einer mittlerweile derart stark veränderten sozialen Wirklichkeit, dass die demokratische Entwicklung des Rechts ins Leere zu laufen droht. Im Fokus der

Evaluation des Arbeitskampfrechts stehen Fallstudien, die im Kontext der jeweiligen gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklung diskutiert werden. Dabei konzentriere ich mich auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampf. Allerdings kann dies sinnvoll nicht ganz ohne Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie des internationalen Rechts erfolgen. Im Fokus steht nicht so sehr die vollständige Dogmatik des Arbeitskampfrechts, sondern vor allem die Demokratisierung des Rechts am Beispiel der Arbeitskampf-dogmatik. Die Fallstudien sind so ausgewählt, dass sich die im Theorie-teil bereits abstrakt beschriebene Entwicklung zeigen lässt. Dabei wird nicht nur die Geschichte eines Rechtsinstituts nachvollzogen, sondern auch ein Stück Demokratieggeschichte, in der sich eine ambivalente Entwicklungsdynamik zeigt. Einerseits sehen wir eine progressive Reform-bewegung im Umfeld des Rechts und im Recht selbst. Gleichzeitig zeigen sich regressiv beharrungskräfte in doppelter Hinsicht: in reaktionären Gegenpositionen aber auch in den reformerischen Akteuren selbst, die sich in einer widersprüchlichen Realität zurechtfinden müssen und selbst in Widersprüchen und Kämpfen verstricken. Die Positionsbestimmungen sind dabei durchaus komplex und schwierig, zumal wir es in der Demokratie regelmäßig mit politischen Kompromissen zu tun haben.

In einem ersten Kapitel wird zunächst eine theoretische Annäherung an die Normativität der Rechtsform vorgenommen. Das Recht lässt sich demnach als ein normativ ambivalent strukturierter Handlungsraum beschreiben, der bereits in seiner Form normativ an Gleichheit und Freiheit der Menschen orientiert ist, dabei aber immer auch Herrschaft und Unterwerfung absichert und legitimiert. Nicht nur, dass bereits die ideengeschichtlichen Konzepte von Freiheit und Gleichheit von Anfang an auf die Rechtfertigung von Herrschaft ausgerichtet sind, das Recht integriert verschiedene Ungleichheitsideologien, verleiht ihnen unter anderem mittels der sich ausdifferenzierenden Privatrechtseinrichtungen dauerhafte Geltung, objektiviert sie in einem ausdifferenzierten System sozialer und ökonomischer Herrschaft. Dabei ermöglicht die Normativität des Rechts jedoch auch die Etablierung subalternen Rechtspositionen, die sich historisch in der Universalisierung der Rechte sowie der Materialisierung des Rechts zeigt. Auch wenn das Recht eine spezifische normative Grammatik zur Durchsetzung emanzipatorischer Politiken bereitstellt, bleibt es abhängig von sozialen Akteuren, die ihre Rechte einfordern, und von denjenigen, die das Recht ausgestalten und interpretieren. Dabei produziert das moderne Recht mit der Fokussierung des Rechtssubjekts von Anfang an eine solipsistische Verzerrung und tendiert dazu, diejenigen, die in der hegemonialen Herrschaft untergeordnet bleiben, aber auch die intersubjektive Abhängigkeit des Subjekts insgesamt auszublenden. Allerdings verweist das Recht in seiner ambivalenten Normativität auf eben jene intersubjektiven Beziehungen, die

im demokratischen Verfahren und in der demokratischen Ausrichtung des Rechts zur Geltung kommen.

Die Frage nach der demokratischen Ausrichtung des Rechts wird anschließend im zweiten Kapitel in einer Skizze einer demokratischen Teleologie des Rechts weiter theoretisch ausgelotet. Hierfür werden mit Christoph Menke, Andreas Fischer-Lescano und Daniel Loick drei eher ästhetisch argumentierende Rechtskritiken auf Hinweise für eine demokratische Ausrichtung des Rechts, beziehungsweise eine demokratische Transformation der Rechtsform, hin untersucht. Anhand der Diskussion dieser Theoriebeiträge sollen ein Sensorium für ein demokratisch ausgerichtetes Recht entwickelt, aber auch Grenzen und Probleme einer Demokratisierung deutlich gemacht werden. Dabei rückt immer wieder die ideologische Schließung des Rechts in Form seiner Depolitisierung in den Fokus, die durch ein selbstreflektierteres, sensibleres oder auch ein politischeres Recht überwunden werden soll. Allerdings, so ergibt es sich insbesondere aus der Kritik an Menke und Fischer-Lescano sowie in Anlehnung an Loick, kann eine solche Politisierung sinnvoll nur kontext- und inhaltsabhängig vollzogen werden. Mit einem Blick auf die Überlegungen Hugo Sinzheimers und Wolfgang Abendroths wird der philosophischen Diskussion nicht nur eine stärker am empirischen Recht orientierte Kontextualisierung gegeben, sondern auch das kollektive Arbeitsrecht als bereits ausgearbeitete demokratische und das Recht politisierende Praxis im Recht thematisiert.

Im dritten Kapitel werden die Anfänge der heutigen Arbeitskampfdogmatik in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts beleuchtet. Diese wird nur verständlich in ihrem historischen Kontext. Insbesondere die Auswirkungen der NS-Zeit begünstigten eine autoritäre Ausrichtung des Rechts und die Marginalisierung wirtschaftsdemokratischer Positionen. So etablierte die frühe Rechtsprechung, entgegen kritischen Stimmen aus der Rechtswissenschaft, eine eigentumszentrierte Rechtsdogmatik und diskreditierte den gewerkschaftlichen Arbeitskampf. Dabei erfolgte die Begründung der Arbeitskampfdogmatik über einen direkten Zugriff auf Verfassungsnormen und vermeintlich objektive Gerechtigkeitsforderungen. Dies lässt sich insbesondere anhand der Zusammenschau zweier kurz aufeinander folgender Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zur rechtlichen Wirkung der Aussperrung und zum politischen Streik zeigen. Die Entscheidungen zeugen von einem autoritären Demokratieverständnis und einem stark verzerrten Blick auf die unmittelbar zurückliegende Geschichte, steckten aber auf viele Jahre den dogmatischen Rahmen des Arbeitskampsrechts ab.

Im vierten Kapitel steht dann die sukzessive Wende der Rechtsprechung im Fokus, die sich 1980 in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts manifestierte, aber nur mit Rückblick auf die vorhergehenden gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen verständlich wird. Die

Demokratisierung der Gesellschaft zeigt sich demnach auch im Recht und wird durch einen Generationenwechsel in den Gerichten begünstigt. Die Entwicklung der Grundrechedogmatik, die auch durch die internationale Menschenrechtsfundierung des Streikrechts unterstützt wird, prägte zu diesem Zeitpunkt bereits maßgeblich die Dogmatik des kollektiven Arbeitsrechts. Das Bundesarbeitsgericht verabschiedete sich nicht nur von seiner vorherigen streikfeindlichen Haltung, sondern richtete auch das Verhältnis zwischen Recht und Realität neu aus und kam so zu einer Neubewertung von Streik und Aussperrung. Bereits zu diesem Zeitpunkt deutete sich jedoch an, dass die Wirtschafts- und Arbeitsbeziehungen einem grundlegenden Wandel unterworfen waren und den ehemals so zentralen Arbeitskämpfungsmitteln daher sehr viel weniger praktische Bedeutung zukommen würde.

Im fünften Kapitel werden schließlich ebenjene veränderten Wirtschafts- und Arbeitsbeziehungen in den Blick genommen. Im Fokus stehen dabei Veränderungen der normativen Struktur von Gesellschaft, Arbeit und Subjektivität. Diese lassen sich mit Flexibilisierung und Singularisierung schlagwortartig zusammenfassen und erzeugen eine derart grundlegende Neuausrichtung, dass die Voraussetzungen des kollektiven Arbeitsrechts in Frage stehen. Diese Diagnose ergibt sich maßgeblich aus der Diskussion einer Reihe von sozialphilosophischen und arbeitssoziologischen Thesen, die eine Neuausrichtung der Bedingungen von Subjektivierung und damit auch von kollektiver Organisation nahelegen. Zudem werden neoliberale Techniken zur Beherrschung und Integration von Widerstand diskutiert. Im Ergebnis steht der gewerkschaftliche Arbeitskampf daher vor fundamental veränderten Bedingungen. Die anschließend vorgestellte Fallstudie wird entsprechend als vorsichtiger Versuch der Gewerkschaften, sich an die neuen Bedingungen anzupassen, gewertet. Die bereits erfolgte ideologische Öffnung und Demokratisierung des Rechts durch die Rechtsprechung wird in der »Flashmob-Entscheidung« fortgeführt und ermöglicht – in begrenztem Rahmen – die tentative Erforschung neuer Arbeitskämpfungstaktiken. Bemerkenswert ist jedoch die Reaktion der Rechtswissenschaft, bei der einige sachliche Beiträge von einer Art juristischem Shitstorm übertönt werden, der kein gutes Licht auf den Zustand der Rechtswissenschaft als Wissenschaft und wichtiger juristischer Fachzeitschriften wirft. Trotz der positiven Entwicklung der Rechtsprechung bleibt zum Schluss Unklarheit darüber, wie eine weitere Entwicklung in Richtung einer Demokratisierung des Rechts und der Arbeit gelingen kann.