

Vom Flashmob zum Pfandbon – Glanz und Elend im deutschen Arbeitsrecht

*Richter am BAG Christoph Schmitz-Scholemann**

Das deutsche Arbeitsrecht ist an sich in Ordnung. Es hat eigentlich nur drei Probleme, nämlich Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Arbeitsrichter. In den folgenden vierzehn Kapiteln sind Beispiele für spezifisch problematische Verhaltensweisen aller drei Gruppen enthalten. Dabei rechne ich die Anwälte zu ihren jeweiligen Parteien. Die arbeitsrechtlich tätigen Professoren sind selbstverständlich überhaupt kein Problem, denn sie sind ja diejenigen, die die Lösung kennen. Leider gilt insoweit aber dasselbe, was im Fußball gilt: Die einzigen, die wissen wie es wirklich geht, sitzen immer auf der Tribüne.

I. Das Thema

Ich will ganz kurz erklären, wie es zu diesem sonderbaren Titel gekommen ist: »Vom Flashmob zum Pfandbon – Glanz und Elend im deutschen Arbeitsrecht«. Ich denke, wir alle, jedenfalls die Glücklichen unter uns, haben gelegentlich soziale Kontakte außerhalb der arbeitsrechtlichen Familie. Bei mir ist das auch so und nicht selten werde ich dann auf mei-

nen Beruf angesprochen. Nun genießen Richter ein erstaunlich hohes soziales Ansehen. Nach einer FORSA-Umfrage von 2011 rangieren sie an siebter Stelle knapp hinter Piloten und sogar kurz vor den Müllmännern¹, das schützt aber leider nicht vor so hinterhältigen Fragen wie z. B. der eines befreundeten Galeristen, ob ich als Richter nicht eine ziemlich ruhige Kugel schieben würde, er habe in der FAZ einen Artikel von einem gewissen *Volker Rieble* gelesen, wonach die Arbeitsrichter statt Urteile zu schreiben die Leute immer zu Vergleichen prügeln². Darauf konnte ich natürlich mit *Platon*, *Nomoi I 628 a*³, antworten, dass der beste Richter nicht der ist, der die Schlechten beiseite räumt, sondern der sie bessert, indem er sie mit den Guten aussöhnt⁴.

Es kamen aber weitere Fragen, z. B. ob ich die letzte Late-Night-Show von *Markus Lanz* gesehen habe, wo ein anderer Fachmann für Arbeitsrecht aufgetreten sei und gesagt habe, das *BAG* wäre schuld an den dauernden Streiks bei der Bahn und auf den Flughäfen, wieso man diesen kleinen erpresserischen Gewerkschaften nicht das Handwerk lege und andererseits wie gnadenlos mit Whistleblowern umgegangen werde und warum eigentlich die Banker, die eine ganze Volkswirtschaft ruinieren, Boni in Millionenhöhe kassieren, während die Arbeitsrichter eine Verkäuferin wegen 1,30 Euro in den Orkus schicken. Und warum man nichts gegen Lohndumping unternehme und so weiter und so fort.

Auf Anhieb ist man natürlich verschnupft über solche Kritik, die vielleicht gerade wegen ihrer Einfältigkeit so vielfältig verbreitet ist. Doch auch hier rief mich *Platon* zur Ordnung, *Nomoi I, 635 a*, der gerade den Kritiker der Rechtszustände ermuntert: »Darum zögere nicht, unsere Gesetze zu tadeln. Denn etwas Unschönes zu erkennen ist nicht verwerflich, sondern es pflegt daraus eine Heilung für denjenigen hervorzugehen, der das Vorgebrachte nicht mit Groll, sondern mit Wohlwollen aufnimmt«⁵. Also habe ich versucht, einige der im Umlauf befindlichen negativen Urteile und Vorurteile über das Arbeitsrecht zu untersuchen und mit meinen Erfahrungen zu vergleichen. Das Ergebnis trage ich Ihnen jetzt vor. Fachlich werden Sie nicht viel Neues hören. Es ging mir nicht um Nahaufnahmen einzelner Rechtsprobleme, sondern um einen Überblick, der neben grundsätzlichen Rechtsfragen auch das Arbeitsrecht als soziales Biotop einbezieht. Ich spreche dabei nicht im Namen des Gerichts, dem ich angehöre, vertrete keine Verbandsinteressen und fühle mich auch

sonst keiner der Filialen des Weltgeistes verpflichtet. Ich spreche nur für mich, auch wenn ich mich, wie wir alle, aus dem stetig sprudelnden Quell des arbeitsrechtlichen Wortguts, das ja auch viele von Ihnen bereichern, gern bediene, und zwar ohne, dass ich das immer gesondert erwähnen werde⁶. Die Liste der glänzenden Namen, deren Trägern ich zu danken hätte, wäre zu lang geworden.

II. Biographisches

Beginnen wir mit etwas Positivem: Die meisten Arbeitsrechtler sind zu diesem Fach gekommen, weil sie sich persönlich dafür interessieren und nicht, weil gerade nichts anderes frei war. Diese Übereinstimmung zwischen erwünschtem und ausgeübtem Beruf ist gewiss ein Grund dafür, dass in arbeitsrechtlichen Kreisen ein, gemessen an der juristischen Grundpopulation, eher wacher, selbstbewusster, geselliger⁷ und wenig an Hierarchien interessierter Typus vorherrscht. Auch hat das Arbeitsrecht beim Griff in die Biographien mitunter eine goldene Hand. Mich z. B. hat es vor elf Jahren aus dem Rheinland nach Thüringen gelockt, wo sich meine familiäre Existenz mit einem im besten Sinne nationalen Projekt, nämlich dem Wiederauswachsen Deutschlands, ganz alltagspraktisch und unspektakulär verbindet. Das empfinde ich als ein Geschenk. Und die zwanzig Jahre davor am *ArbG Düsseldorf* waren für mich schon deswegen eine glanzvolle Zeit, weil in einer der vielen hundert Sitzungen eines Tages eine jugendlich-fröhliche Rechtsanwältin aus einer großen Kanzlei vor mir stand, die neben meiner – aus ihrer Sicht zu arbeitnehmerfreundlichen – Rechtsauffassung auch meinen damaligen Haarschnitt beanstandete und mich später heiratete, wofür ich ihr bis heute danke.

III. Ein wenig Statistik am Anfang

Dass man als Arbeitgeber bei den Arbeitsgerichten keinen Blumentopf gewinnen kann, ist eine verbreitete Meinung. Für diese Meinung gibt es ein Indiz aus der Geschichte des Arbeitsrechts: Es ist ja im

19. Jahrhundert nicht ausschließlich als Maßnahme zur Förderung der deutschen Industrie erfunden worden, sondern – wir erinnern uns an *Gerhart Hauptmanns* Drama »Die Weber« – hauptsächlich als Schutzrecht gegen Hungerlöhne, Kinderarbeit, überlange Arbeitszeiten usw.⁸. Bis heute sind die Gesetze des Arbeitsrechts tendenziell als Schutzvorschriften für Arbeitnehmer gegenüber dem als wirtschaftlich überlegen gedachten Arbeitgeber konzipiert. Ob das noch durchweg der sozialen Wirklichkeit entspricht, wird bezweifelt. Trotzdem: Die Anwendung des Gesetzes kann den Gerichten gewiss nicht als unfaire Benachteiligung der Arbeitgeber angelastet werden. Dennoch darf, ja muss man fragen, ob es eine solche unfaire Benachteiligung durch die Gerichte gibt oder ob sie ein Mythos ist. Meines Wissens erstellt nur ein einziges Gericht eine insoweit vielleicht aussagefähige Statistik. Es ist das *BAG*. Die Erhebungen zeigen ein im Wesentlichen konstantes Verhältnis von gewonnenen zu verlorenen Prozessen in der Größenordnung 55:45, und zwar zu Gunsten der Arbeitgeberseite. Aber, aber, sagen manche Unternehmer, wenn sie diese Zahlen hören, allein die Existenz der Arbeitsgerichte ist schon Elend genug; selbst wenn wir am Ende Recht bekommen, müssen wir doch immer mehr Zeit und Geld in immer mehr Prozessen vertun. Die Statistik⁹ sagt dazu Folgendes: Die Anzahl der Klagen vor den Arbeitsgerichten ist in den letzten Jahren trotz stetig steigender Anzahl der Arbeitsverhältnisse um rund 30% gesunken. 2010 waren es noch etwa 400 000. Das heißt: In rund 98% aller Arbeitsverhältnisse gab es 2010 keinen Prozess. Etwa 92% aller arbeitsrechtlichen Klagen enden streitlos, also z. B. durch Vergleich oder Klagerücknahme. Die Arbeitsgerichtsbarkeit hat damit die höchste Vergleichsquote und mit etwa drei Monaten auch die kürzeste Verfahrensdauer aller Gerichtszweige. Die Finanzgerichte z. B. brauchen sechsmal so lang. Die Gerichte für Arbeitssachen aller Instanzen mit ihren rund 1000 Richterinnen und Richtern kosteten im Jahr 2007 rund 350 Mill. Euro. Das ist in absoluten Zahlen eine Stange Geld. Jedoch beträgt der Anteil an den öffentlichen Haushalten lediglich 0,03% und ungefähr 3% dessen, was die Justiz insgesamt einschließlich Strafvollzug kostet. Ein Richter kommt den Staat übrigens ungefähr so teuer wie zwei Strafgefangene. Allerdings muss der Richter für Unterkunft und Verpflegung selbst sorgen.

IV. Kleinteiligkeit

Nun zu einem Aspekt, den man getrost zum Elend der *Zunft* zählen darf. Das deutsche Arbeitsrecht unterscheidet nicht ausreichend zwischen wichtigen und unwichtigen Fragen. Wir finden viel Detailverliebtheit und eine Pedanterie, die manchmal an Besessenheit erinnert. Wie könnte man sonst durch zwei Instanzen über einen einzigen Buchstaben in einem Zeugnis streiten, wie 1984 in Düsseldorf geschehen? Der Arbeitgeber hatte geschrieben, die Klägerin sei eine »integere« Persönlichkeit, die Klägerin meinte, es müsse »integre« Persönlichkeit heißen, weil das Adjektiv »integer« bei der Beugung das erste »e« verliere¹⁰. In solchen Kleinlichkeiten ist das deutsche Arbeitsrecht groß. Ob das an den Arbeitnehmern oder Arbeitgebern oder an den Rechtsanwälten oder den Richtern liegt? Ich weiß es nicht. Es ist nur ein kleiner Trost, dass auch andere Gerichtszweige von dieser Krankheit befallen sind. So kämpft z. B. die Ziviljustiz einschließlich des *BGH* seit einem Jahrzehnt mit der Frage, ob sich der sitzende Lindt-Schokoladen-Goldhase mit Stoffbändchen und Glöckchen einerseits und der sitzende Riegelein-Schokoladen-Goldhase ohne Stoffbändchen und Glöckchen andererseits in rechtserheblicher Weise ähnlich sehen oder nicht, wobei die Beurteilung inzwischen dadurch erschwert wird, dass der ursprünglich als Anlage zur Akte gereichte Riegelein-Goldhase im Laufe des zweiten Revisionsverfahrens spurlos verschwunden ist¹¹. Da er naturgemäß nicht entspringen konnte, wird gemutmaßt, er sei entweder geschmolzen, was aber Spuren in der Akte hinterlassen hätte, oder er sei von einem verzweifelten wissenschaftlichen Mitarbeiter nächtens verspeist worden¹². Nun denn: Vielleicht ist ja die Neigung zur Übergenaugigkeit eine deutsche Nationaleigenschaft oder eine juristische Deformation professionelle¹³. Zur Illustration eine kleine Reihe von arbeitsrechtlichen Fragen, über die sich in den letzten Jahren zwei, meist sogar drei Gerichtsinstanzen gebeugt haben:

- Darf ein Bewachungsunternehmen seine in der Fluggastkontrolle tätigen weiblichen Mitarbeiter ohne Mitbestimmung des Betriebsrats anweisen, die Fingernägel entweder gar nicht oder nur einfarbig zu lackieren? Nein, weil verschiedenfarbige Fingernägel das einheitliche Gesamtbild nicht beeinträchtigen.

- Darf es die Länge der Fingernägel bestimmen? Ja, weil damit der Gefahr vorgebeugt wird, dass Passagiere Kratzwunden davontragen. Diese Antworten stammen vom *LAG Köln*¹⁴.
- Darf ein Krankenpfleger eine Nebentätigkeit als Leichenbestatter ausüben? Nein, weil »die Gefahr eines Zielkonflikts naheliegt«¹⁵.
- Hat der Chorsänger eines bayrischen Chors Anspruch auf ein Einzelzimmer während einer Gastspielreise? Im Prinzip nein, außer, wenn er stark schnarcht *und* sich sein Zimmergenosse darüber beschwert¹⁶.
- Ist es für die ordnungsgemäße Unterrichtung des Arbeitnehmers über den bevorstehenden Betriebsübergang von Bedeutung, ob der Vorname des Geschäftsführers des Betriebserwerbers irrtümlich mit »Jochen« statt richtig mit »Joachim« angegeben wird? Wahrscheinlich ja, allerdings ist diese Grundsatzfrage wie so viele andere noch nicht abschließend geklärt¹⁷.
- Muss der Betreiber eines westfälischen Kulturorchesters einer bei ihm beschäftigten Violinistin die Kosten für ihre Fahrt zur Abnahme der reparierten Geige beim Geigenbauer bezahlen? Ja, sogar dann, wenn der Geigenbauer in der Schweiz wohnt. Denn, so das *BAG*, die Abnahme »erfordert grundsätzlich die körperliche Hinnahme.«¹⁸
- Kann der Arbeitgeber frei entscheiden, in welchem Umschlag er ein Arbeitszeugnis an den Arbeitnehmer schickt? Ja, aber er sollte sicherheitshalber einen DIN-A4-Umschlag benutzen. Denn ansonsten muss er das Zeugnis knicken, das darf er zwar im Prinzip, aber die Knicke müssen so zart sein, dass man sie auf Photokopien nicht erkennen kann¹⁹.

Ein Gericht kann natürlich nicht eine Klage abweisen, weil ihm der Streit kleinkariert vorkommt²⁰. Man kann Erbsenzählerei und Pedanterie auch nicht per Gesetz verbieten. Ich selbst – Schande über mein Haupt! – habe mich auch schon in bittere Auseinandersetzungen über die Frage ver-bissen, ob das Wort Betriebsrat den Genitiv auf s oder es bildet²¹. Allerdings könnte der Gesetzgeber zur Überzeugung kommen, dass z. B. über Zeugnisformulierungen nur in einer Instanz gestritten werden kann und,

dass die meisten Eingruppierungen und sehr viele Streitigkeiten um die Auslegung von Tarifverträgen sich schneller, sachnäher und kostengünstiger in Schiedsstellen erledigen lassen, deren Entscheidungen dann nur noch in eng begrenztem Rahmen gerichtlich überprüfbar sein müssten. Der Rechtsstaat muss nicht für jeden Buchstaben mit allem justiziellen »pomp and circumstance« auf den Plan treten.

V. Komplikationswut

Nur ganz kurz streifen will ich einen Aspekt, der mit der Kleinteiligkeit zusammenhängt, weil sich auch hier die Gerechtigkeitsliebe zu einer fast triebhaften juristischen Kleingärtnerei steigert. Es ist die Komplikationswut.

Ich gebe zu: Die wachsende Komplexität des Rechts beruht zu einem guten Teil auf der wachsenden Komplexität des Wirtschaftsgeschehens und ist insoweit unvermeidbar. Eine weitere Ursache ist aber auch die Abneigung des Gesetzgebers gegen eine Gesetzgebung, die den Namen verdient. Ein Beispiel ist die Frage des Mindestlohnes. Der Gesetzgeber ist dafür und dagegen. Das Ergebnis ist, dass wir neben einem von der Rechtsprechung geschaffenen flächendeckenden Mindestlohn von 2/3 des jeweiligen Tariflohnes²² viele verschiedene Branchenmindestlöhne haben, denen unterschiedlich waghalsige Rechtskonstrukte zu Grunde liegen, die ihrerseits in verstreuten und für den Laien völlig intransparenten Rechtsnormen der Entdeckung ihrer Verfassungs- oder Europarechtswidrigkeit entgegendämmern. Ein schönes Beispiel für überflüssige Komplexität zeigt sich in manchen gesetzlich vorgeschriebenen Schutzredundanzen. Nach geltendem Kündigungsrecht kann ein und derselbe Umstand, wie beispielsweise die Schwerbehinderung, mehrfach zu berücksichtigen sein. So spielt die Schwerbehinderung in der Sozialauswahl (§ 1 III 1 KSchG) eine Rolle, sie muss dem Betriebsrat mitgeteilt (§ 102 I BetrVG) werden, sie bedarf der Berücksichtigung im Rahmen der sozialrechtlichen Schutzvorschriften mit Kündigungsrelevanz (z. B. § 84 SGB IX), sie hat diskriminierungsrechtliche Bedeutung (§ 1 AGG) und sie steht im Zentrum des Sonderkündigungsschutzes nach § 85

SGB IX. Jedes Mal ist der Blickwinkel ein etwas anderer, aber letztlich geht es immer um den Schutz des Schwerbehinderten. Es ist, als ob in einem Krankenhaus die Anweisung bestünde, dass auf eine Wunde fünf Pflaster geklebt werden müssen, am besten noch in fünf verschiedenen Abteilungen. Und am Schluss besteht das Hauptproblem gar nicht mehr darin, die Wunde zu heilen oder zu pflegen, sondern in den Kompetenzstreitigkeiten der Ärzte und den Unverträglichkeiten der Pflaster. Das schadet natürlich vor allem dem Patienten, in unserem Fall der Gerechtigkeit. Ein Teil der Arbeit des für Kündigungen zuständigen 2. Senats des BAG besteht darin, die verfahrensrechtlichen Inkohärenzen zu vermeiden oder zu beseitigen, die sich ergeben, wenn Betriebsverfassungsrecht und Kündigungsschutz aufeinandertreffen²³ oder die unterschiedlichen Systeme des Sonderkündigungsschutzes mit dem allgemeinen Kündigungsschutz gleichzeitig anwendbar sind²⁴. Alle diese Probleme könnte der Gesetzgeber meiner Meinung nach leicht und ohne Senkung des materiellen Schutzniveaus abschaffen, indem er jeglichen Sonderkündigungsschutz im Kündigungsschutzprozess konzentriert.

VI. Das liebe Geld

Von manchen Prozessen kann man sich nicht vorstellen, dass sie geführt würden, wenn derjenige, der sie anzettelt, sie selbst bezahlen müsste. Rechthaben ist ein teures Vergnügen, aber man muss nicht immer nur das Schlechte anschauen. Wirtschaftlich gesehen ist ein von Anwälten geführter Rechtsstreit niemals ohne jeden Nutzen, wenn es auch nicht immer der Nutzen der Partei ist. Ob schon einmal jemand ermittelt hat, welchen finanziellen Gewinn die Existenz des Arbeitsrechts im Portemonnaie von abhängig und frei beschäftigten Juristen erzeugt, weiß ich nicht. Also hier meine freilich laienhafte und sehr überschlägige Berechnung: Wenn von den jährlich rund 400 000 Klägerinnen und Klägern nur die Hälfte anwaltlich vertreten würde und jeder Anwalt im Schnitt nur 1000 Euro berechnen könnte, schlugen bereits knapp 200 Millionen Euro p. a. zu Buche. Nähmen wir an, auch die Hälfte der Arbeitgeber ließe sich vertreten, müssten wir den Betrag verdoppeln und noch ein

bisschen draufschlagen, weil die Arbeitgeber nach meiner Beobachtung im Schnitt die teureren Anwälte haben. Wenn ich es recht sehe, rechnen Spitzenkanzleien mittlerweile Stundensätze zwischen 350 und 500 Euro ab. So käme für Beratung in Gerichtsverfahren leicht eine halbe Milliarde zusammen. Rechnet man denselben Betrag für die außergerichtliche Beratung, kommt man auf eine Milliarde. Die Arbeitsgerichte kosten jährlich etwa 350 Millionen Euro. Was bei den Gewerkschaften und den Arbeitgeberverbänden für die Beratung und Prozessführung ausgegeben wird, weiß ich nicht. Allein bei der DGB-Rechtsschutz GmbH stehen allerdings rund 360 ausgebildete Juristen und etwa genauso viele Verwaltungsmitarbeiter in Lohn und Brot. Wenn ähnlich viele auf Arbeitgeberseite unterwegs sind, kämen bei unterstellt 5000 Euro Lohnkosten pro Monat und Mitarbeiter noch an die 100 Mio. Euro hinzu. Zu veranschlagen wären ferner die Gehälter des arbeitsrechtlich orientierten wissenschaftlichen Personals, die Weiterbildungs- und Tagungsindustrie, das Einigungsstellenwesen, die Verlage, Rechtsschutzversicherungen, Datenbanken usf. Alles in allem müsste das Arbeitsrecht als Wirtschaftsbranche einen Jahresumsatz in der Nähe von wenigstens 2 Mrd. Euro erzeugen, was immerhin dem Umsatz der Ersten Fußballbundesliga entspricht und das, obwohl es in Gerichten bis heute weder Trikot- noch Bandenwerbung gibt. Verglichen mit dem auf 14 Mrd. Euro geschätzten Jahresumsatz der in Deutschland tätigen 400 000 Prostituierten²⁵ erscheinen die 2 Mrd. Euro allerdings jämmerlich.

Ob das nun Glanz oder Elend bedeutet, will ich nicht beurteilen. Trotzdem scheint mir doch irgendwie zu passen, was die alten Chinesen sagten: »Unklares Recht ist reines Gold.« Und das jedenfalls glänzt.

VII. Flashmob und andere Gemeinheiten

Ich weiß nicht, woran der Durchschnittsdeutsche denkt, wenn er die Stichworte Streik-Flashmob-Tarifeinheit hört. Ich denke dann an mich. Ich sehe mich wahlweise auf einem kalten Bahnsteig oder einem zugigen Flughafen sitzen und auf Spartengewerkschaften fluchen. Der Zorn ist eigentlich ungerecht, denn zumindest die Bahn hätte vermutlich auch

dann Verspätung, wenn nicht gestreikt würde, nur eben aus einem anderen Grund, z. B. weil es zu kalt oder zu heiß ist, wegen »Störungen im Betriebsablauf« oder einfach »aus vorangegangener Fahrt«.

Streiks und Aussperrungen sind nicht von Richtern erfunden worden, historisch gesehen war erst der Arbeitskampf, dann kam das Arbeitskampfrecht. Dieses Recht ist, wie das Recht überhaupt, ein Versuch, gesellschaftliche Interessenkonflikte in geordnete und gewaltfreie Bahnen zu lenken. Die zivilisatorische Leistung des Rechts besteht ja, überspitzt gesagt, darin, Streitigkeiten lieber in langen Prozessen als in kurzen Schlägereien beizulegen. Das ist eine gute Idee. Selbst wenn die Ergebnisse nicht immer gerecht sind: Es gibt einfach weniger Verletzte. Und was dort geschieht, wo es keinen funktionierenden Rechtsstaat gibt, sehen wir jeden Abend im Fernsehen.

Die Rechtsprobleme des Arbeitskampfs sind die bedeutendsten im Arbeitsrecht. Und das wichtigste, was man sich immer wieder klar machen muss, ist, dass sie gesetzlich deutlich unterreguliert sind. Ich glaube es ist eine Schwäche des Arbeitsrechts, dass die sonst doch sehr fleißigen gesetzgebenden Körperschaften sich bis heute der freilich schwierigen, aber doch für die Rechtsordnung zentralen Aufgabe entziehen, die Regeln für die Verteilungskämpfe zu bestimmen. Alles, was das geschriebene Recht zu diesen Fragen bieten kann, finden wir in Art. 9 III GG. Die Vorschrift lautet: »Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig.« Im Wesentlichen aus diesen beiden Sätzen musste das *BAG* das gesamte Arbeitskampfrecht und weite Teile des Tarifrechts entwickeln. Ich sage: Es *musste* das tun, denn ein Gericht darf, anders als der Gesetzgeber, die Entscheidung nicht verweigern²⁶. Und wenn der Gesetzgeber keine Regeln vorgibt, müssen die Richter Regeln schaffen, damit ihre Entscheidungen rational nachvollziehbar und überprüfbar sind. Bei der Entwicklung dieser Regeln bestehen viele Probleme. Zwei will ich benennen.

Erstens: Das Arbeitskampfrecht und die Grundlagen des Tarifvertragsrechts sind, weil eben einfaches Gesetzesrecht fehlt, weitestgehend Verfassungsrecht. Das *BAG* hängt gewissermaßen am Tropf des *BVerfG*. Das bedeutet konkret im Fall des Arbeitskampfrechts: Seit der Aufgabe

der sogenannten Kernbereichstheorie durch das *BVerfG* im Jahre 1995²⁷ und noch deutlicher im Jahre 1999²⁸ sind die Maschen des rechtlichen Netzes sehr weit geknüpft. Eine Einschränkung der Betätigung von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden ist nur zulässig, und nun wörtlich das *BVerfG* »zum Schutz anderer verfassungsrechtlich begründeter Positionen, insbesondere zum Ausgleich konkurrierender Positionen desselben Grundrechts.« Nur in diesen Grenzen kann also ein Gericht Tarifvertragsparteien vorschreiben, welcher Mittel, welcher Taktik, welcher Strategie sie sich im Arbeitskampf bedienen dürfen und welcher nicht. Nur in diesen Grenzen kann ein Gericht die Gründung und Tätigkeit neuer Gewerkschaften beschränken. Nur in diesen Grenzen kann es verhindern, dass konkurrierende Gewerkschaften in einem Betrieb tätig sind. Jede Entscheidung in diesem Bereich verlangt damit eine verfassungsrechtliche Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen. Das geschieht jeweils einzelfallbezogen nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, was zur Folge hat, dass die Ergebnisse nicht leicht vorhersehbar sind.

Das zweite Problem ist die Koalitionsfreiheit selbst. Das *BVerfG* sagt: »Das Prinzip der freien sozialen Gruppenbildung ist ... konstituierend für die demokratische und rechtsstaatliche Ordnung des Grundgesetzes Für Koalitionen ... i. S. des Art. 9 GG ... sind die Solidarität ihrer Mitglieder und ein geschlossenes Auftreten nach außen von besonderer Bedeutung. Vor allem darauf beruht ihre Fähigkeit, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder wirksam zu fördern und zu wahren. Tarifautonomie steht von Verfassungs wegen nur solchen Koalitionen zu, die in der Lage sind, den von der staatlichen Rechtsordnung freigelassenen Raum des Arbeitslebens durch Tarifverträge sinnvoll zu gestalten. Voraussetzungen dafür sind die Geschlossenheit der Organisation und die Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler«²⁹. Soweit das *BVerfG*.

Dahinter steht ein, wie ich finde, sehr kluger politischer Gedanke: Der Inhalt von Arbeitsverträgen, insbesondere der Preis der Arbeit, soll, anders als in einer Diktatur, vom Staat nicht oder nur in engen Grenzen vorgeschrieben werden. Die Arbeitsbedingungen sollen aber auch nicht, wie es einer liberalistischen Idee entspräche, immer vom Arbeitnehmer mit dem typischerweise mächtigeren Arbeitgeber einzeln vereinbart wer-

den. Zwischen den Staat und den Einzelnen schieben sich vielmehr organisierte Interessengruppen. So sollen staatliche, politisch motivierte Eingriffe in die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ebenso auf ein Mindestmaß beschränkt werden wie die Gefahr individueller Willkür weitgehend zurückzudrängen ist. Das funktioniert nur, wenn die sozialen Gegenspieler mit einer gewissen Macht ausgestattet sind. Sonst können sie nicht befriedend wirken. Arbeitnehmerorganisationen, die sich infolge des Mangels an Mächtigkeit und Gegnerfreiheit zu als unfair niedrig empfundenen Lohnabschlüssen drängen lassen, verlieren ihre Legitimation. Sie bringen dadurch das gesamte System der Koalitionsfreiheit in Misskredit. Der Ruf nach staatlichem Eingriff in Gestalt von Mindestlöhnen ist nahezu zwangsläufig die Folge.

Ich will mit diesen Bemerkungen nicht sagen, dass Entscheidungen des *BAG* auf diesem Gebiet keine Irrtümer enthalten könnten. Ich will nur sagen, aus welchem rechtlichen Geist sie meiner Meinung nach geboren sind. Es geht nicht, wie gerne gemutmaßt wird, um Gewerkschaftsfreundlichkeit oder Arbeitgeberhörigkeit. Es geht darum, den von der staatlichen Rechtsordnung freigelassenen Raum des Arbeitslebens als solchen zu bewahren, damit er möglichst gerecht gestaltet werden kann. Die Verfassungsorientierung bringt es mit sich, dass jede Entscheidung im Arbeitskampfrecht auf eine Abwägung von Grundrechtspositionen hinausläuft. Damit tritt der Ordnungsgehalt des Rechts in den Hintergrund, die materielle Einzelfallgerechtigkeit und damit zwangsläufig die richterliche Gerechtigkeitsauffassung gewinnen an Gewicht. Schauen wir uns ein paar Entscheidungen aus den letzten Jahren an, die viel Kritik erfahren haben:

1. *Beispiel: Sympathiestreik*. Früher galt: Man darf nur diejenigen Arbeitgeber bestreiken, die die Streikforderung erfüllen sollen und können. Heute haben wir aber manchmal äußerst komplizierte, steuerrechtlich, unternehmensrechtlich oder mitbestimmungsrechtlich motivierte Unternehmensspaltungen und Verflechtungen, die teilweise dazu führen, dass ein Streik nach altem Muster den eigentlichen wirtschaftlichen Entscheidungsträger gar nicht mehr trifft. Darf die Gewerkschaft jetzt irgendein druckempfindliches Unternehmen eines Firmenkonglomerats bestreiken, um ein anderes Unternehmen, das vielleicht sogar einem anderen Wirtschaftszweig angehört, in die Knie zu zwingen? Ja, sagt das *BAG*, das

kann gerechtfertigt sein, aber nur im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, also z. B. muss das bestreikte Unternehmen zumindest die Möglichkeit haben, auf die Erfüllung der Forderung Einfluss zu nehmen³⁰. Wahrscheinlich darf auch der Unterstützungstreik nicht größere Wirkungen haben als der Hauptstreik. Dass diese Grundsätze durchaus zur Eindämmung problematischer Streikformen taugen, hat man meiner Meinung nach Anfang des Jahres bei der Entscheidung des *ArbG Frankfurt a. M.*³¹ über den beabsichtigten Unterstützungstreik der Fluglotsen gesehen. Übrigens fand ich es beeindruckend, mit welcher ruhigen Professionalität die drei Richter der 9. *Kammer* des *ArbG Frankfurt a. M.* ihre wirklich schwierige Entscheidung zu später Stunde und unter einem regelrechten Trommelfeuer von öffentlichen Meinungsäußerungen getroffen haben. Ich finde das war, ganz abgesehen vom Ergebnis, ein Glanzpunkt, vor allem, wenn man sich ansieht, wie ängstlich und ungeschickt sich der Gesetzgeber und auch die sozialen Gegenspieler in dieser Frage anstellen.

2. *Beispiel: Flashmob.* Wie kann in einer Branche, deren Arbeitnehmer in sehr kleinen Einheiten arbeiten und die aus Sicht der Gewerkschaften unterorganisiert sind, Druck aufgebaut werden? Vielleicht gar nicht? Oder muss man hier im Interesse der Koalitionsfreiheit in dem oben beschriebenen Sinn sogenannte neue Kampfformen zulassen, also die berühmten Flashmobs? Das *BAG*³² hat Flashmob-Aktionen nicht ein für allemal erlaubt oder verboten. Es hat gesagt, jede Aktion müsse im Einzelfall am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemessen werden. Im konkreten Fall hat es als zulässig angesehen, wenn die Gewerkschaft Leute zusammenrommelt, die auch Außenseiter sein können, die diese Filialen aufsuchen und dort den Betrieb durch Scheinkäufe oder den massenweisen Kauf von Pfennigprodukten aufhalten oder durcheinanderbringen. Das *BAG* sagt: Der Arbeitgeber kann sich ja wehren, indem er die Filiale schließt. Das Argument hat nicht jeden überzeugt. Eine große deutsche Tageszeitung schrieb, dieser Rat sei so gut wie der an einen zum Tode Verurteilten, er möge sich dadurch retten, dass er sich das Leben nimmt³³.

3. *Beispiel: Tarifeinheit.* Nach diesem Grundsatz durfte in einem Betrieb immer nur ein Tarifvertrag gelten³⁴. Der Arbeitgeber sollte es nur mit einer Gewerkschaft zu tun haben. Das ist jetzt anders. Im Prinzip kann jetzt eine kleine Gewerkschaft, vor allem, wenn sie sich aus schwer ersetz-

barem Personal zusammensetzt, den Arbeitgeber in einen Arbeitskampf zwingen. Das hat, wie wir Anfang 2012 beim Streik der Flugsicherer gesehen haben, unangenehme Folgen für den Arbeitgeber und dessen Kundschaft. Es führt natürlich auch, und das beklagen die großen Gewerkschaften, zu einer Entsolidarisierung auf Arbeitnehmerseite. Dementsprechend verläuft die Grenze zwischen Kritikern und Befürwortern der Tarifeinheit auch nicht, wie sonst oft, entlang den Grenzen zwischen Gewerkschafts- und Arbeitgeberlager. So konnte es geschehen, dass ein Betriebsratsvorsitzender, ein ins Management gewechselter ehemalige Gewerkschaftsvorsitzender und der Arbeitgeberpräsident einhellig die Streiks verurteilten. Das ändert aber nichts daran, dass der Grundsatz der Tarifeinheit jedenfalls richterrechtlich nicht mehr zu halten war. Er war mit den schon erwähnten verfassungsrechtlichen Erkenntnissen der späten 90er Jahre nicht mehr in Einklang zu bringen³⁵, ganz abgesehen davon, dass sich die sozialen Gegenspieler selbst in der Praxis längst nicht mehr durchgehend an den Grundsatz hielten.

VIII. Richterrecht

Am Beispiel des Arbeitskampfrechts haben wir gesehen, wie der Richter in die Rolle des Normgebers gedrängt werden kann. Richter³⁶ sind zum Auslegen und Anwenden des Gesetzes berufen, zur Gesetzgebung sind sie – ganz abgesehen von der labilen verfassungsrechtlichen Legitimation³⁷ – schlecht ausgerüstet. Nicht nur, dass auch ihnen Flüchtigkeitsfehler unterlaufen können³⁸. Wie leicht die Urteilskraft getrübt werden kann, zeigt eine sehr ernüchternde Untersuchung, die der Träger des Nobelpreises für Wirtschaftswissenschaften *Kahnemann* in seinem letzten Buch vorstellt: Danach korrelierten die Entscheidungen einer Gruppe von Richtern über bedingte Haftentlassung weniger stark mit dem Gesetz als mit dem Glukosegehalt ihres Bluts³⁹. Man hüte sich also vor unterzuckerten Richtern! Wichtiger ist etwas anderes: Wer Gesetze macht, die für eine Vielzahl von Fällen gelten sollen, muss vorher die gesellschaftliche Wirklichkeit studieren, empirische Daten erheben, Interessen sortieren und politische Ziele definieren. Politische Ziele definieren *darf* der Richter

nicht und alles andere *kann* er eigentlich nicht, es fehlt ihm das dazu nötige Wissen, es fehlt den Gerichten an der zur Generierung des Wissens nötigen Organisation. Dem entsprechend inkohärent tritt die Gerichtsbarkeit oft auf, wenn sie gesetzesgleiche Regeln aufstellt. Man kann das sehr hübsch verfolgen anhand der Rechtsprechung des *BAG* zu Tarifeinheit und zum Arbeitskampfrecht: Obwohl Art. 9 III GG nie geändert wurde, hat das *BAG* vor einigen Jahrzehnten den Grundsatz der Tarifeinheit geschaffen, um dann vor zwei Jahren das genaue Gegenteil, nämlich die Abschaffung dieses Grundsatzes, zu dekretieren. Es hat einst Sympathiestreiks unter Berufung auf Art. 9 III GG verboten, um sie vor fünf Jahren unter Berufung auf dieselbe Norm, zuzulassen. Richterrecht hat noch weitere Webfehler, die ein englischer Richter einmal in den Satz kleidete: *Bad cases make bad law*. Der Blick des Arbeitsrichters ist durch die prozessualen Vorschriften erheblich eingeengt. Er entscheidet immer einen *Fall*, er hat *ein* Problem zu lösen, meist zwischen *einem* Arbeitnehmer und *seinem* Arbeitgeber. Die Verflochtenheit dieses einen Falles mit allen übrigen Arbeitsverhältnissen, vielleicht auch mit der Branche, mit Konjunkturen und regionalen oder auch technischen Entwicklungen nimmt der Zivilrichter nur begrenzt wahr, ja er darf sie nur in engen Grenzen wahrnehmen. Dazu kommt noch sein beschränkter Zeithorizont. Für ihn ist der Fall mit dem Urteil abgeschlossen. Für alle anderen fangen mit dem Urteil die Probleme manchmal erst an.

Ist das Arbeitsrecht also, wie mancher kritische Geist argwöhnt, ein undemokratisches gesellschaftliches Subsystem, das von 35 roten Roben in Erfurt kommandiert wird, angeführt durch die Präsidentin des *BAG*⁴⁰?

Nein, das ist nicht so.

1. Mancher, der die Macht der Richter kritisiert, tut das nicht, weil er gegen diese Methode der Rechtsgewinnung ist, sondern weil ihm das Ergebnis nicht passt. Als der 7. *Senat* des *BAG* im letzten Jahr zu der für viele überraschenden, aber verfassungsorientierten Erkenntnis kam, das nach Gesetzeswortlaut *per saecula saeculorum* geltende, also ewige Vorbeschäftigungsverbot im Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) gelte nur für drei Jahre⁴¹, fiel die Kritik daran im eher arbeitgeberfreundlichen Stamm der arbeitsrechtlichen Familie nach meiner Erinnerung doch erstaunlich milde aus, während in dem anderen großen Familienstamm eine Art bandenmäßig begangener Verfassungsbruch vermutet und in ei-

ner Zeitschrift sogar der Vorwurf geäußert wurde, ich überspitze nur wenig, wir Richter seien ohnehin nichts weiter als durch Einigungsstellenhonorare gefütterte Knechte des Kapitals.

2. Richter entscheiden nicht kreationistisch, also aus dem Nichts heraus. Immer wieder hört man Vorwürfe wie, der oder jener *Senat* habe wieder mal seine privaten Gerechtigkeitsideen an die Stelle des objektiven Rechts gesetzt. Diese Meinung ist sehr unzutreffend. Sie ist sogar abwegig. Und zwar schon deshalb, weil ein *Senat* als *Senat* keine gemeinsamen privaten Vorstellungen hat. Ein *Senat* besteht aus fünf Richtern, die in aller Regel sehr unterschiedliche Vorstellungen von allem Möglichen haben. Richter sind in ihren vorrechtlichen Einstellungen und Prägungen mindestens so unterschiedlich wie die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft für Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltsverein; und auch in rechtlichen Fragen sind sie sehr selten von vornherein derselben Ansicht⁴². Es bedarf oft schwieriger, anstrengender und zäher Gespräche, damit sich fünf Richter auf eine gemeinsame Rechtsauffassung einigen, denn wie das *BVerfG* so treffend formuliert: »Bei der Rechtsfindung im konkreten Fall sind Aufgabe, Leistung und Verantwortung aller Mitglieder des erkennenden Gerichts völlig gleich.«⁴³ »Par ordre du mufti« geht da gar nichts⁴⁴!

Außerdem stehen wir Richter ja unter informeller Kontrolle, nicht von Staats wegen, sondern weil wir, zum Glück, Teil unserer lieben arbeitsrechtlichen Familie sind, die uns immer wieder mit sehr sachkundigen und engagierten Anwälten, Professoren, Personalleuten, Verbandsjuristen, Betriebsräten, Gewerkschaftern, Ministerialen und Fachredakteuren zusammenführt, durch Lektüre, bei Tagungen, Konferenzen, Gesprächszirkeln, Symposien. Wenn ich es recht sehe, wird bei diesen Zusammenkünften in Rede und Widerrede, in Streit und Debatte, manchmal auch beim networking in Kaffeepausen, ganz informell und wie von selbst der arbeitsrechtliche Argumentationshaushalt erarbeitet, der dann auch die Rechtsprechung vorprägt. Es ist sehr selten, dass in einem Urteil des *BAG* Gedanken vertreten werden, die zuvor noch nie gedacht und ausgesprochen oder niedergeschrieben worden wären. Allerdings ist auf diese Weise nur sichergestellt, dass wir Richter bei der Rechtsfortbildung nicht auf völlig *neue* Gedanken kommen. Auf *dumme* können wir immer noch reinfallen.

IX. Zwei Fälle aus dem Kündigungsrecht und einige Vorbemerkungen zu diesem Rechtsgebiet

Über das Kündigungsrecht wird oft Klage geführt. Man könne, so heißt es, in Deutschland niemanden einstellen, weil man ihn hinterher nicht mehr loswerde. Im Umfeld der Schlecker-Pleite wurden sogar Vorwürfe laut, die Schlecker-Frauen hätten durch ihre Kündigungsschutzklagen die Sanierung vermasselt.

Das klingt alles so, als seien die Arbeitnehmer kraft des Kündigungsrechts zu einer Art von resistenten Krankheitskeimen geworden. Richtig ist, dass das Allerheiligste unseres Kündigungsschutzrechts, nämlich der Bestandsschutz, eine Reihe schwer auflösbarer Probleme verursacht. Man könnte sagen: Das deutsche Kündigungsschutzrecht tut nicht, was es soll und soll nicht, was es tut. Der Kündigungsschutzprozess soll rechtswidrig gekündigten Arbeitnehmern den Arbeitsplatz erhalten. Das tut er in den allerwenigsten Fällen. Anwendung findet das Gesetz im Wesentlichen als Drohkulisse für Abfindungsvergleiche. Recht und Prozesswirklichkeit gehen hier weit auseinander. Ob das immer so bleiben muss, darüber darf man sicher nachdenken, ohne sich dem Vorwurf der sozialen Kälte aussetzen zu müssen. Allerdings wirken die materiellen Maßstäbe des Kündigungsschutzrechts nach meiner Beobachtung immerhin im Vorfeld von Kündigungsentscheidungen. Und das Gesetz bewirkt, dass der Arbeitnehmer in einer für ihn oft existentiellen Situation von seinem »Chef« verlangen kann, dass er ihm Rede und Antwort steht.

Außerdem: Im Kerngeschäft des Kündigungsrechts, nämlich bei den betriebsbedingten Kündigungen, sind Gesetzgeber und Rechtsprechung nach meinem Eindruck in den letzten gut 15 Jahren dem Interesse an einer sowohl sozial gerechten als auch effektiven Anpassung des Personalstandes an verringerte Beschäftigungsmöglichkeiten deutlich entgegengekommen. Von der Kurzarbeit bis zur mitbestimmten Namensliste hat sich das Recht während des Konjunkturerinbruchs 2008/2009 ebenso bewährt wie sich Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften bewährt haben.

Abgesehen davon ist das Kündigungsrecht auch deshalb so schwer zu strukturieren, weil es von Einzelfällen lebt, die oftmals viel über die jeweils aktuelle politisch-gesellschaftliche Stimmungslage erzählen. Anfang

der 80er Jahre war es die Anti-Strauß-Plakette als Kündigungsgrund⁴⁵, nach der Wiedervereinigung hatte ich über die Kündigung eines Arbeitnehmers aus Chemnitz zu entscheiden, dessen Weiterverwendung in Westdeutschland, vor allem in Bayern, der Arbeitgeber für unzumutbar hielt, weil der Mann einen kräftigen sächsischen Dialekt sprach⁴⁶. Vor kurzem ging es im *BAG* darum, ob ein muslimischer Ladenhelfer sich weigern darf, alkoholische Getränke zu tragen⁴⁷. Die für den Ladenhelfer günstige Entscheidung veranlasste einen Zeitgenossen übrigens zu der Anregung an die Pressestelle des *BAG*, das *Gericht* solle sich in Bundes-Sharia-Gericht umbenennen. Auch das Problem der so genannten Bagatellkündigung wäre gewiss nicht so heiß gekocht worden, wenn es nicht vor dem Hintergrund der Finanzkrise verhandelt worden wäre.

Die Wiedergabe des Falls Emmely⁴⁸ erspare ich mir, die Geschichte ist bekannt und ebenso bekannt ist, wie entschieden wurde, nämlich zu Gunsten der Arbeitnehmerin. Die Problemlage war facettenreich und die Entscheidung war sehr schwierig. In solchen Fällen kann man als Richter durchaus zwei Herzen in der Brust tragen und muss sich dann doch – freilich am besten mit dem Kopf – für eines entscheiden.

Die am heftigsten diskutierte Frage war, ob es eine Bagatellgrenze geben sollte. Ich weiß gar nicht, wie oft die Frage gestellt wurde, ob es nicht ungerecht sei, wenn einem Bankmanager für die von ihm angerichteten Milliardenschäden noch Boni ausgezahlt würden, während die kleine Verkäuferin fristlos rausfliege und ob ich als Richter noch nie ein Blatt Papier aus dem Büro habe mitgehen lassen. In diese Richtung zielten auch Gesetzesinitiativen im Bundestag. Selbst der altrömische Rechtsgrundsatz »De minimis non curat praetor« wurde herangezogen. Das *BAG* ist in dieser Frage, wie ich trotz vielfacher Kritik finde, zu Recht, konservativ geblieben. Es hat sich gegen jede Bagatellgrenze ausgesprochen. Der springende Punkt, ob nämlich der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer noch über den Weg trauen kann, hat eben mit dem Wert des Diebstahlobjekts nur sehr bedingt etwas zu tun.

Auf sehr viel Skepsis sind auch die Ausführungen des *Senats* zur Bewertung des Prozessverhaltens der Klägerin gestoßen, die ihr Fehlverhalten in sehr wenig überzeugender Weise geleugnet hatte. Der *Senat* hat dieses ziemlich ungebärdige und widerspruchsvolle Bestreiten nicht zu Lasten der Klägerin berücksichtigt. Ihm ist deshalb vorgeworfen worden, er

prämiere letztlich die Prozesslüge. Das ist mir – offen gesagt – viel zu hoch gegriffen. Dass sich Parteibehauptungen im Laufe eines Prozesses als unzutreffend herausstellen, ist ja keine Seltenheit und beschränkt sich keineswegs auf Arbeitnehmervortrag. Man möchte gar nicht glauben, wie viele bis zur ersten Kammersitzung felsenfest behauptete endgültige Betriebsschließungen – also wasserfeste Kündigungsgründe – sich im Berufungsverfahren in leicht als solche erkennbare Betriebsübergänge – also glasklare Nichtkündigungsgründe – verwandeln. Ich kann mich sehr gut an einen Fall erinnern, in dem angeblich die Abteilung Hausmeisterei aus rein wirtschaftlichen Erwägungen geschlossen wurde und sich später herausstellte, dass es überhaupt nur einen einzigen Hausmeister gab, der allerdings den Fehler begangen hatte anzukündigen, er wolle einen Betriebsrat gründen, und für dessen Arbeiten der Arbeitgeber einen Tag nach der Kündigung händeringend Ersatz bei der Arbeitsagentur suchte. Ich würde sagen, das war keine besonders überzeugender Parteivortrag. Aber muss man gleich von Lug und Trug reden? Und nicht nur die Parteien und ihre Anwälte haben Probleme mit der Wahrheit. Ebenso kommt es vor, dass ein Gericht erster Instanz nach Beweiserhebung eine Tatsache x als erwiesen ansieht, die zweite Instanz nach erneuter Beweiserhebung die gegenteilige Tatsache für bewiesen hält, die dritte Instanz jedoch die Entscheidung der zweiten wegen Verletzung rechtlichen Gehörs aufhebt, die Sache zurückverweist und daraufhin sich die zweite Instanz in anderer Besetzung dazu durchringt, doch wieder die Tatsache x als bewiesen zu betrachten. Wen soll ich jetzt als Lügner bezeichnen? Ich will damit nicht bewusst falschen Prozessvortrag rechtfertigen. Ich will nur sagen, dass lügen und im Prozess eine Behauptung nicht beweisen können zwei verschiedene Paar Schuhe sind. Es gibt bewiesene Unwahrheiten und es gibt sehr viele unbewiesene Wahrheiten.

Soviel fürs Erste zu Emmely. Am folgenden Fall möchte ich zeigen, wie Grundsatzfragen sich manchmal recht alltäglich im Allzumenschlichen auflösen, wenn man sie näher betrachtet. Das Hauptproblem in Fällen des § 2 III AGG liegt offenkundig in dem Wort »unerwünscht«. An diesem Wort entzündet sich manche prinzipielle Kontroverse. In ihrem rechtlich und tatsächlich delikaten Umfeld hat sich das *LAG Thüringen* in einem bemerkenswerten Urteil⁴⁹ souverän bewegt.

Der Fall: Ein 53 Jahre alter Gasmonteur zog gegen seine fristlose Kündigung vor Gericht. Im Tatbestand des *LAG*-Urteils heißt es lapidar:

»Am Morgen des 7. 9. 2004 wechselte der Kläger bei der Kundin *M* den Gaszähler ... Unstreitig gab es in der Folgezeit zwischen beiden regen Funkverkehr, auf den der Ehemann der Kundin *M* aufmerksam wurde.«

Irgendein dummes Gefühl hatte den Ehemann dazu verleitet, das Mobiltelefon seiner Frau einer genaueren Prüfung zu unterziehen. Es stellte sich heraus, dass seine Teure in gut 48 Stunden 15 Anrufe und nicht weniger als 264 Short Messages vom Gasmann erhalten hatte. Der Ehemann stellte seine Frau zur Rede und sie gab ihm eine Schilderung, die sie auch vor Gericht in aller Unschuld wiederholte: Der Monteur sei ihr nur dienstlich bekannt. Er habe sie bei seinem Kundendienstbesuch am 7. 9. 2004 gleich von oben bis unten betatscht. Sodann sei sie allerdings »mit ihm in den Keller gegangen und habe ihm die Taschenlampe gehalten ... nach Austausch des Zählers habe der Kläger ... weitergefummelt ... Nach der Bezahlung habe er die Wohnung verlassen, sie aber mit SMS ‚vollgejuchzelt‘, dass er sie bräuchte, liebte und solche Sachen. Sie habe ihm geantwortet und ... so getan, als ob auch sie auf ihn stünde.«

Der Ehemann glaubte seiner Frau. Der Arbeitgeber glaubte ihr ebenfalls und kündigte dem Monteur fristlos, der nun seinerseits nicht anstand den rein dienstlichen Charakter der Beziehung zu versichern. Die Richter glaubten keinem der Beteiligten. Sie glaubten – kurz gesagt – nicht an unerwünschte Belästigung, sondern an erwünschte Belustigung. Und so behielt der Monteur seinen Arbeitsplatz. Ob er auch seine Frau und die Kundin ihren Mann behielt, ist nicht bekannt.

X. Litigation PR

Strategische Rechtskommunikation, auch Litigation PR genannt, ist ein Phänomen, das im Strafrecht und im Recht des Persönlichkeitsschutzes seit langem gang und gäbe ist, im Arbeitsrecht aber noch in den Kinderschuhen steckt. Es geht um den gezielten, oft kampagneartig organisierten Versuch, den Ausgang eines Gerichtsverfahrens durch mediale Er-

zeugung von öffentlichem Meinungsdruck zu beeinflussen. Den Richtern wird dabei für den Fall einer populären Entscheidung nicht Geld versprochen, sondern, freilich subkutan, öffentlicher Ruhm. Da Ruhmsucht nach der Beobachtung vieler Seelenforscher die letzte große Versuchung alternder Männer ist, scheint es Erfolg zu versprechen, die Meinungsmaschine in Gang zu setzen, um informellen Druck auf Obergerichte aufzubauen.

Ob es z. B. im Fall Emmely eine solche gezielte Kampagne gegeben hat, weiß ich nicht. Auffällig war natürlich schon, wie im Vorfeld der Entscheidung des *BAG* sowohl in den Boulevard-Medien als auch in der Fachpresse polemisiert wurde: Das ging von Talkshow-Tribunalen bis zu hochkarätig besetzten Tagungen gleich vor der Haustür des *BAG*. Wie verhält man sich als Richter dazu? Man hat nicht viele Optionen. Man kann Litigation PR nicht verbieten, denn die Meinung ist frei. Ein Gericht kann auch keine Gegenkampagne organisieren. Ebenso wenig kann man sich als Richter in einem demokratischen Rechtsstaat einbunkern oder ins Kloster ziehen. Man soll ja mitten in der Gesellschaft stehen und aus dem Leben heraus urteilen und außerdem können auch bestellte Meinungsäußerungen etwas Richtiges treffen. Ich glaube, die einzige Möglichkeit besteht darin, nach dem Motto einer leider inzwischen eingestellten Fernsehserie zu verfahren, die sich »Der 7. Sinn« nannte und der Verkehrssicherheit gewidmet war: Gefahr erkannt, Gefahr gebannt. So ganz furchtbar schwer zu bemerken ist es ja nicht, wer aus welchen Gründen vermutlich welche Meinung vertritt. Die Angst vor persönlicher Kränkung durch Urteilsschelte kann, ja muss man sich schlichtweg abgewöhnen. Nachdem ich als junger Richter an einem einzigen Vormittag sowohl als Büttel der Multis als auch als Totengräber der freien Marktwirtschaft bezeichnet worden war und einem älteren Kollegen meinen Kummer mitteilte, sagte er zu mir: Ein Richter ist nicht passiv beleidigungsfähig⁵⁰.

XI. Vertrauen und Vertrauensschutz

In den letzten Jahren hat ein Begriff in den verschiedensten rechtlichen Zusammenhängen eine Rolle gespielt, mit dem sich Juristen sehr schwer tun. Es ist das »Vertrauen«. Es handelt sich um ein, wie ich finde, sehr schönes deutsches Wort. Doch verhält es sich wie bei vielen sehr schönen deutschen Worten: Man kann viel dazu empfinden, aber sich kaum etwas Genaueres dabei denken⁵¹. Jedenfalls ist Vertrauen etwas, das man gerade in unsicheren Zeiten braucht. Wer sicher ist, muss nicht vertrauen. Das Exakteste, was man zu diesem Phänomen finden kann, ist von Biochemikern zu hören. Vertrauen als innere Haltung eines Lebewesens wird nämlich durch ein Hormon beeinflusst. Es heißt Oxytocin und begünstigt nachweisbar Monogamie, jedenfalls bei amerikanischen Präriefeldmäusen. Bei Menschen kann seine Ausschüttung durch Umarmungen, Singen und bei Säuglingen durch Nuckeln begünstigt werden; es wirkt auf Kombattanten beruhigend und deeskalierend und ist in den USA als Nasenspray erhältlich.

Rechtlich sieht die Sache schwieriger aus. Ich will mich auf zwei arbeitsrechtliche Anwendungsfelder des Vertrauensbegriffs beschränken, nämlich die verhaltensbedingte Kündigung und den rechtsstaatlich gebotenen Schutz des Vertrauens in Gesetz und Rechtsprechung.

1. *Beispiel: Noch einmal Emmely.* Im Fall der wegen unberechtigter Einlösung zweier Pfandbons gekündigten Verkäuferin *Barbara Emme* ist dem 2. Senat des BAG vorgeworfen worden, er habe mit dem Begriff des »Vertrauenskapitals« den Eindruck erweckt, als erwerbe jeder Arbeitnehmer im Laufe des Arbeitsverhältnisses ein der Höhe nach nicht näher definiertes, aber doch erkleckliches Guthaben, von dem er hin und wieder durch kleinere Diebstähle oder Unterschleife ein paar Euro abheben könne, ohne Auswirkungen auf den Bestand seines Arbeitsverhältnisses fürchten zu müssen. Dieser Eindruck ist – natürlich – falsch. Das Wort »Vertrauenskapital«, das übrigens aus einer Entscheidung des *BVerfG* von 1981⁵² stammt, kommt im gesamten Text des Emmely-Urteils nicht ein einziges Mal vor. Es steht lediglich in der Pressemitteilung vom 10. 6. 2010 und sollte nichts weiter sein als ein bildlich-griffiger Ausdruck dafür, dass Vertragspartner sich umso mehr aufeinander verlassen, je länger sie ungetrübt miteinander umgegangen sind. Das dürfte als Erfahrungstatsache

kaum zu bestreiten sein. Was bedeutet das aber im Arbeitsverhältnis? Wer vertraut hier eigentlich wem? Wenn der Arbeitgeber, wie meistens, eine juristische Person ist und nur durch seine Organe handeln kann, wie soll ich mir da das wechselseitige Vertrauen vorstellen? Muss der Vorstandsvorsitzende des Einzelhandelsfilialisten persönlich Vertrauen in seine Verkäuferinnen haben, die er im Zweifel doch gar nicht kennt? Und wie sieht es umgekehrt aus? Oder kann man Vertrauen delegieren?

Kürzen wir ab. Die Grundaussage des Urteils vom 10. 6. 2010 ist: Durch einmaliges Fehlverhalten ist das Vertrauen nicht zwangsläufig unwiederbringlich zerstört. Es ist regelmäßig damit zu rechnen, dass eine Abmahnung den Übeltäter auf den Pfad der Tugend zurückführt. Ich würde sagen, das ist eine optimistische Sichtweise. In jedem Fall ist es eine positive Prognose, die im Voraus genau so wenig zu widerlegen ist wie das Gegenteil beweisbar ist. Maßgeblich für die Stellung der Prognose ist nach der überkommenen Kündigungsdogmatik – die man leicht kritisieren aber nur schwer abschaffen kann – ein objektiver Maßstab. Wenn Richter von einem objektiven Maßstab sprechen, dann meinen sie zwangsläufig immer sich selbst. Das läuft darauf hinaus, dass der Richter die Prognose stellt. Da der Richter die Zukunft auch nicht besser vorhersehen kann als jeder Börsenanalyst oder sonstige Wahrsager, kann sich die positive Prognose als falsch herausstellen. Emmelys Arbeitgeber kann sie widerlegen, wenn Emmely noch einmal zugreift, obwohl der 2. Senat des BAG es ausdrücklich nicht von ihr erwartet. Jedenfalls dann kann der Arbeitgeber kündigen. Stellt der Richter eine negative Prognose, kann sie weder bestätigt noch widerlegt werden, denn der Arbeitnehmer hat in diesem Fall keine Möglichkeit, seine Vertragstreue zu beweisen. Er ist ja gekündigt und dauerhaft außer Haus. Kurz gesagt: Wenn man die Regel so aufstellt wie es der 2. Senat gemacht hat, haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine zweite Chance. Wenn man es anders macht, hat der Arbeitnehmer keine zweite Chance. Ich will nicht behaupten, dass das eine zwingende logische Begründung ist. Aber wenn man als Grundsatz einer liberalen Handlungsethik akzeptiert, dass regelmäßig diejenige von mehreren möglichen Entscheidungen vorzugswürdig ist, die die Summe der gesetzestreuen Handlungsoptionen der Kontrahenten erhöht, dann müsste man zumindest akzeptieren, dass es für die Emmely-Entscheidung rationale und gut vertretbare Gründe gibt.

2. *Beispiel: CGZP*. Ein sehr schwieriges Kapitel ist der Schutz des Vertrauens in Gesetze und Rechtsprechung. Hier besteht ein schwer auflösbarer Konflikt zwischen zwei Notwendigkeiten. Die eine Notwendigkeit besagt, dass sich das Recht ändern können muss und zwar – von demokratiethoretischen Erwägungen einmal abgesehen – ganz einfach deshalb, weil das Leben in Bewegung ist. Die gegenläufige Notwendigkeit besteht darin, dass ich als Bürger eine faire Chance beanspruchen darf, mich rechtstreu zu verhalten. Wenn der Staat seine Gebote und Verbote durch Gesetze und Urteile kundtut, und ich mich als wirtschaftlicher Akteur daran gehalten habe, sollte ich vor rückwirkenden Überraschungen mit unter Umständen katastrophalen wirtschaftlichen Folgen sicher sein. Dennoch sind sowohl das *BVerfG* als auch der *EuGH* mit der Gewährung von Vertrauensschutz sehr zurückhaltend. Ob den Arbeitgebern der Überlassungsbranche, die sich auf unwirksame CGZP – Tarifverträge verlassen haben, geholfen wird, halte ich für zweifelhaft⁵³. Auf gefestigte Rechtsprechung können sie kaum vertraut haben, weil es zu der entscheidenden Frage bis zum 14. 12. 2010 keine gab. Nun könnte man sagen, man hat auf das Gesetz vertraut. Dagegen spricht, dass in vielen Musterarbeitsverträgen der Branche schon Vorkehrungen für den Fall der Unwirksamkeit der in Bezug genommenen CGZP – Tarifverträge enthalten sind. Das sieht so aus, als sei man sich von Anfang an nicht sicher gewesen. Das *BVerfG* ist, wie eine Entscheidung vom 26. 9. 2011⁵⁴ zeigt, sehr zurückhaltend bei der Gewährung von Vertrauensschutz gegen Rechtsprechungsänderungen. Dort steht, ich pointiere mit nur geringer Boshaftigkeit, der Bürger könne sich zwar auf den Wortlaut des Gesetzes verlassen, aber nicht darauf, dass ein Gesetz nur nach dem Wortlaut ausgelegt werde, er müsse insbesondere auch mit einer teleologischen Reduktion rechnen, die zu einem scheinbar wortlautfernen Ergebnis führen könne. Kurz gesagt: Wenn die Ampel mir grün zeigt, dann ist mein Glaube, dass sie grün ist, verfassungsrechtlich geschützt. Nicht geschützt ist mein Glaube, dass ein Gericht mir später nicht trotzdem mitteilen wird, das Grün sei zwar Grün, gelte in diesem Fall aber doch als Rot.

XII. Umgehungsintelligenz

Vor einigen Jahren sprach ich vor Rechtsanwälten und Personalleitern über die betriebsbedingte Kündigung. Am Schluss erhob sich einer der Teilnehmer und sagte, das sei ja gut und schön, was die Rechtsprechung so alles vom Arbeitgeber verlange, aber eigentlich sei er zu der Veranstaltung nicht deshalb gekommen, um zu erfahren, wozu er verpflichtet sei, sondern er wolle wissen, wie er um das, wozu er verpflichtet sei, einigermaßen legal herumkommen könne. Etwas später hörte ich von einem mir befreundeten Personaldirektor, dass sein Unternehmen, wenn größere Umstrukturierungen anstehen, regelrechte Wettbewerbe veranstaltet, bei denen Anwaltsteams großer Kanzleien gegeneinander um den preiswertesten Weg zur Durchführung von Massenentlassungen konkurrieren. Das Arbeitsrecht spiele, so mein Freund, bei der Ausarbeitung dieses Wegs eher die Rolle von Blitzer-Warnungen im Verkehrsrundfunk. Das Ziel laute also nicht etwa, die gesetzlichen Regeln möglichst vollständig einzuhalten, sondern: Sich beim Übertreten der Vorschriften gar nicht oder so selten wie möglich erwischen zu lassen, und wenn doch, dann wenigstens mit kalkulierbaren Kosten. Von anderer Seite hörte ich, dass manche Kanzleien in solchen Situationen nicht nur den rechtlich korrekten, aber umständlichen und teuren Weg mit ihren Mandanten erörtern, sondern auch den so genannten »Just-do-it-way« behandeln, der darin besteht, sich schlichtweg nicht ums Gesetz zu kümmern und zwar in der durchaus realistischen Annahme, dass die bei weitem überwiegende Anzahl der Arbeitnehmer ohnehin nicht klagt.

Was soll man als Richter dazu sagen?

Zugegeben: Wenn das Recht mit seinen Regeln die Praxis überfordert, muss man vielleicht auch über das Recht nachdenken. Verstehen kann man auch, dass ein Unternehmer das vitale Lebensphänomen wirtschaftlicher Produktivität in den Vordergrund stellt und die Gesetze wie Slalomstangen zu umkurven sucht. Streiten kann man z. B. darüber, ob die Anwendung von § 613 a BGB in der Insolvenz nicht deutlich dysfunktional ist. Trotzdem: Man muss den Gesetzen nicht deshalb gehorchen, weil sie gut sind, sondern weil sie Gesetze sind⁵⁵. Das Recht will, dass derjenige, der irgendetwas von rechtlichem Belang tut, sich nach Buchstabe und Geist des Gesetzes richtet und das, was er nicht darf, unterlässt und

sich nicht damit begnügt, es nur zu verstecken. Die Sache wird nicht besser dadurch, dass auch von Arbeitnehmerseite gezielt das Recht missbraucht wird, z. B. der Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte: Unter www.unkuendbar.net findet der Interessierte im Internet folgenden Hinweis:

»Angst vor Jobverlust? Mit unserer Hilfe verbessern Sie Ihren Kündigungsschutz erheblich! Dies erreichen wir durch einen GdB, einen eingetragenen Grad der Behinderung!«

»Wir zeigen Ihnen, dass psychische Störungen kein Tabu mehr sind, sondern besonders effiziente Gründe darstellen, mit denen Sie ... verbesserten Kündigungsschutz ... schnell und sicher erreichen.« Der Preis für eine Vollberatung beträgt übrigens 3000 Euro. Mit zum Leistungsumfang gehört die »...Vermittlung ... von Fachärzten aus dem Bereich Neurologie/Psychiatrie im gesamten Bundesgebiet ..., die sich als sehr »verständnisvoll« in vielen Belangen erwiesen haben«.

XIII. Einige Bemerkungen zum europäischen Recht

An dieser Stelle sind einige Bemerkungen zum europäischen Recht veranlasst. Als ich 1980 Arbeitsrichter wurde, war mein Verhältnis zum europäischen Recht eher locker, ähnlich einem Urlaubsflirt. Man mochte sich um so mehr, je weniger man voneinander wusste. Luxemburg kannte man hauptsächlich von der Echternacher Springprozession und als preisgünstige Tankstation auf dem Weg nach Spanien. Das hat sich gewaltig geändert. Die Sache ist ernst geworden, obwohl die Heimstatt des *Europäischen Gerichtshofs* für manche vorübergehend als Inbegriff aleatorischer Rechtsfindung gilt, mit deren Hilfe vieles, was uns gut und teuer war, durcheinander gebracht wurde, vom Betriebsübergang über das Urlaubsrecht bis zur Sozialauswahl. Inzwischen anerkennen wir natürlich die Autorität des *Gerichtshofs* und bemühen uns, seinen Forderungen gerecht zu werden. Trotzdem gibt es ein Strukturproblem, das man am besten im Bereich der Grundrechte erkennt, wo gegenwärtig mindestens drei einander überschneidende Normenkomplexe bestehen. Sie sollen den Bürger schützen, was sie gelegentlich auch tun, stürzen ihn und seine Richter

aber noch öfter in Verwirrung. Auf der nationalen Ebene nehmen sich das *BVerfG* sowie 16 Landesverfassungsgerichte der im GG und in den Landesverfassungen verbürgten Grundrechte an. Auf der europäischen Ebene sichert der *EuGH* für die Bürger der 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Grundrechte der GRC. Hinzu tritt der *EGMR* in Straßburg. Dieser für die EMRK zuständige *Gerichtshof* hat in den letzten Jahren eine anregende Judikatur entwickelt. Wer den Begriff Menschenrechtsverletzung mit Vorgängen wie Todesstrafe, Folter, Polizeiterror oder allenfalls noch mit den Umtrieben von Papparazzi und gewissen Miktionsattitüden eines Welfenprinzen in Verbindung gebracht und das deutsche Arbeitsrecht insoweit für einigermaßen unverdächtig hielt, muss nun erkennen, dass die Fäden der Menschenrechte in Straßburg wesentlich feiner gesponnen werden als erwartbar. Dies geschieht unter tätiger Mit Hilfe von Richtern, die z. B. aus der Ukraine, Georgien, Aserbaidschan und der Russischen Föderation entsandt werden, Staaten, deren Regierungen jedenfalls nicht auf den ersten Blick als menschenrechtsverliebt erscheinen.

Alle diese für Grundrechte zuständigen Gerichte judizieren in kaum aufeinander abgestimmten Verfahren. Dabei bedürfen auch sehr unterschiedliche Rechtskulturen der Koordination, neben dem romanischen, dem angelsächsischen, dem deutschsprachigen auch der postkommunistische Rechtskreis. Man hat die derzeitige Rechtslage als chaotisch bezeichnet. Der wissenschaftliche Ausdruck lautet natürlich anders, wie ich kürzlich dem Vortrag eines mild gestimmten Verfassungsrichters entnahm. Man spricht nicht von Tohuwabohu, sondern von einem »rechtlichen Mehrebenensystem sui generis mit struktureller Interferenzneigung«. Ich finde, das klingt schon viel beruhigender, so ähnlich, wie man ja ein »Plagiat« nicht mehr »Plagiat« nennt, sondern »hypertextuelle Partizipation« – und »dumme Ausreden« heißen auch nicht mehr »dumme Ausreden« sondern »unterkomplexe Erklärungsmuster«.

Wie auch immer: Eines der Ergebnisse fehlender europäischer Koordination ist, dass z. B. ein Handwerksmeister, der seinen Gesellen entlässt und die Kündigungsfrist nach dem im Bundesgesetzblatt ordnungsgemäß veröffentlichten und absolut eindeutigen § 622 II 2 BGB richtig berechnet, trotzdem falsch liegt, weil die Norm nach dem Willen des *EuGH* nicht mehr angewandt werden darf. Da er sich auf das geschriebene

Recht nicht verlassen kann – wer will es ihm verübeln, wenn er daraus die Folgerung zieht, das Gesetz Gesetz sein zu lassen und sich seinen Weg soweit möglich nach eigenem Gusto zu bahnen? Das ist ein kleines Beispiel für das, was man den Verlust der Steuerungsfunktion und der vertrauenspendenden Kraft des Rechts nennen muss. Das *BVerfG* will die Kohärenz der Rechtssysteme offenbar mit einer Verschärfung der Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV herstellen⁵⁶. Ich habe Zweifel, ob das gut gehen kann, denn es würde, wenn man die vom *BVerfG* aufgestellten Voraussetzungen für eine Vorlagepflicht als »kategorischen Imperativ« für alle Gerichte in der EU nähme, vermutlich zu einem europaweiten Stillstand der Rechtspflege führen – in Luxemburg wegen hoffnungsloser Überlastung und in allen anderen Ländern wegen massenhaften Verfahrensaussetzungen. Was das in einer auf kurze Verfahrensdauer angewiesenen lebhaften Materie wie dem Arbeitsrecht bedeutet, will man sich gar nicht ausmalen. Man unterbricht ja auch nicht Fußballspiele für zwei bis drei Jahre, um die Auslegung einer UEFA-Regel zu klären. Das ist ein etwas hinkender Vergleich, trotzdem sollte sich das *BVerfG*, dessen Zuständigkeit für die Auslegung von Art. 267 AEUV mir auch nicht ganz klar ist, überlegen, ob es den Fachgerichten, die ja auch europäische Richter sind, nicht etwas Vertrauen schenkt.

Trotz allem: Auch wenn der Weg nach Europa schwierig ist, muss er gegangen werden. Wo Neues entstehen soll, muss ein neuer Weg gebahnt werden. Und da gilt der schöne Satz des spanischen Dichters *Machado*: »Der Weg entsteht im Gehen«.

XIV. Das Schrifttum

Das letzte Kapitel heißt »Schrifttum« und beinhaltet eine kleine, nur zum Teil erfundene Geschichte. Im *BAG* in Erfurt traf ich vor rund zwei Jahren einen chinesischen Wissenschaftler, der druckreifes Deutsch sprach und ein Buch über die Spuren der Jurisprudenz in Goethes Spätwerk vorbereitete. Wir kamen ins Gespräch und Professor *Dschuang-Dsi*, wie ich ihn nennen will, erwies sich als äußerst wissbegierig. Er wollte alles über das deutsche Recht wissen, und als ich ihm sagte, dass ich ihm diesen

Wunsch nicht erfüllen könne, weil allein der gegenwärtige Inhalt der Basisdatenbank Juris knapp 4 Mio. Dokumente enthalte – bei beck-online sind es vielleicht noch mehr –, wofür bei einer geschätzten mittleren Zeichenmenge pro Dokument von 20 000 (einschließlich Leerzeichen) eine Lesezeit von mindestens 800 Jahren anzusetzen wäre, willigte er ein, dass wir unsere Gespräche auf das deutsche Arbeitsrecht konzentrierten.

Ich zog also einige der in der Bibliothek stehenden äußerst dickleibigen arbeitsrechtlichen Kommentar-Bücher aus den Regalen und packte sie Herrn *Dschuang-Dsi* auf sein Leseputz. Nach einer Woche trafen wir uns wieder. Herr *Dschuang-Dsi* bedankte sich höflich und sagte ungefähr Folgendes:

»Die Deutschen leiden offenbar an einer kaum zu befriedigenden Schreibwuth. Da es ... aber immer nur den wenigsten gegeben ist, durch eigene Erfindungskraft und anmuthige Darstellung den Beifall ihrer Zeitgenossen sich zu erwerben, so begnügen sich die meisten, die das einmal dem Verderben geweihte Papier nicht begnadigen wollen, hier und da aufgeraffte Gedanken zu einem Buche zusammenzustoppeln, oft ohne eine Spur von eigenem Urtheil. Auch gilt es bei ihnen nicht für Plagiat, die Bücher anderer Gelehrten als ihre eigenen zu verkaufen, wenn sie nur hier und da ein paar eigene Worte hinzugefügt haben ...« Das alles, fuhr mein Chinese listig lächelnd fort, hatte aber den Vorteil, dass ich mich nur »mit einem dieser Bücher bekannt zu machen brauchte, um sie alle zu kennen ... und ... je mehr Gleichgültiges und nicht zur Sache gehöriges ich eingeschoben fand, um so schneller kam ich zu Ende.«

Soweit Professor *Dschuang-Dsi*⁵⁷. Ich finde, er hat übertrieben. Aber nur ein bisschen.

XV. Resumee

Hier endet mein Rundgang. Ich weiß nicht, ob für Sie der Glanz oder das Elend überwiegt. Ich traue mir kein Urteil zu, denn ich bin ja nicht neutral. Ich bin sehr gerne Arbeitsrichter. Es ist ein wunderbarer Beruf. Und so ganz schlecht kann es auch um das Arbeitsrecht in Deutschland nicht bestellt sein: Vielleicht hat es ja, trotz aller Fehler, einen kleinen

Beitrag dazu geleistet, dass unser Deutschland, anders als in früheren Epochen und anders als andere Länder, seit fast 65 Jahren ein insgesamt friedfertiges Klima in den Arbeitsbeziehungen hat und vielleicht gerade deshalb im Großen und Ganzen auch prosperiert. Gelegentlich sollte man vielleicht auch daran denken, dass zwei Kernstücke des deutschen Arbeitsrechts, nämlich das Betriebsverfassungsrecht und das Kündigungsschutzrecht, ihre Entstehung dem Zusammenwirken der beiden sogenannten »Lager« verdanken, die sich in den Nöten nach den beiden schrecklichen Kriegen im Stinnes/Legien-Abkommen und dem von dem Wuppertaler Unternehmer Vorwerk vorangetriebenen Hattenheimer Entwurf zusammenfanden, um einen Beitrag zum inneren Frieden in Deutschland zu leisten.

Und überhaupt: Wer sagt, in den ganz alten Zeiten sei alles besser und mit alttestamentarischer Ordnung vor sich gegangen, der kennt das alte Testament nicht. Man lese einmal im Zweiten und Dritten Buch Mose. Die Unordnung und Pedanterie der mosaischen Gesetzgebung springt einen förmlich an. Selbst das nächtliche Wasserlassen war gesetzlich geregelt. Deshalb schrieb *Martin Luther* in der Vorrede zum Alten Testament ganz zu Recht:

»Was ists aber, daß Moses die Gesetze so unordentlich unternander wirft, ... daß gleich verdrossen ist zu lesen und zu hören? Antwort: Mose schreibt, wie sichs treibt. Daß sein Buch ein Bild und Exempel ist des Regiments und Lebens. Denn also geht es zu, wenn es im Schwange gehet, daß itzt dies Werck, itzt jenes getan sein muß ...

Gott regiert also alle Gesetze unternander wie die Stern am Himmel und die Blumen auf dem Felde stehen, daß der Mensch muß alle Stunde zum jeglichen bereit sein.«

Gott befohlen!

Anmerkungen:

- * Der Autor ist Richter am *BAG* in Erfurt. Dem Beitrag liegt sein Vortrag auf der 63. Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht am 10.3.2012 in Dresden zu Grunde. Mitunter ist die Vortragsform beibehalten worden.

- ¹ Möglicherweise gibt es in der Bevölkerung einen Bonus für Berufe, in denen Dienstkleidung getragen wird.
- ² Natürlich, damit sie mehr Zeit für Tennis und einträgliche Nebenbeschäftigungen haben.
- ³ Platon, Werke in acht Bänden, Griechisch und Deutsch, Teil I, deutsche Übersetzung von Schöpsdau, 4. Aufl., (2005), S. 13.
- ⁴ Dass sich an den Grundlagen der Vergleichskunst in den letzten drei Jahrhunderten nicht viel geändert hat, zeigt ein Anleitungsbuch vom Ende des 17. Jahrhunderts: Döpler schreibt in seinem »Theatrum Poenarum, Suppliciorum Et Executionum Criminalium, Oder Schau-Platz Derer Leibes und Lebens-Straffen, Welche nicht allein vor alters bey allerhand Nationen und Völckern in Gebrauch gewesen, sondern auch noch heut zu Tage in allen Vier Welt-Theilen üblich sind ...« (Sondershausen 1693, S. 208 ff): der Richter solle es » ... seine größte Freude seyn lassen wenn er durch güthliches Zureden die Partheyen vergleichen kann.....Denn wenn das Rechten auch nichts kosten würde, so macht es doch das Gemüthe unruhig, vertreibt den Segen Gottes, hindert die Werke des Berufs und erweckt ruchlose und rachgierige Leute. Sonderlich wird sich heutzutage ein friedfertiger Mann ... bereden lassen, wenn man ihm den zweifelhaften Ausgang der Prozesse, indem die Bescheide und Urtheile wie die Würfel im Brette plumpswise fallen, die große Kostbarkeit bei so vielen Instanzen und Verschickungen der Akten, und Advokaten, so sich wie die Barbieri und Bader auf Wunden, also auf Zanck und Hader freuen, ... vorhält ...Wollen aber über alles zureden vermahnen und warnen keine Gründe helffen und man will oder kann keinen Frieden erzwingen: so mercke der Richter wohl, welche Parthey halsstarrig ist, da vergesse er alsdann im Bescheide, wann die auf dem fahlen Pferde befunden wird, das Interesse, Unkosten und Strafen nicht.«
- ⁵ Platon (o. Fußn. 3), S. 33.
- ⁶ olker Rieble möge mir verzeihen.
- ⁷ Das Motto des legendären Prärierichters »Judge Roy Bean« – bekannt aus Lucky Luke, H. 31 – »Gerechtigkeit und kühles Bier« – kommt nicht zu kurz.
- ⁸ Vgl. Linsenmaier, Die Arbeitsgerichtsbarkeit, Teil I, Von Lyon nach Erfurt – Zur Geschichte der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit, bundesarbeitsgericht.de
- ⁹ Vgl. etwa Grotmann-Höfling, AuR 2011, 433; *ders.*, AuR 2010, 504; *ders.*, AuR 2006, 429.
- ¹⁰ ArbG Düsseldorf, NZA 1985, 812 = NJW 1986, 1281.
- ¹¹ BGH, NJW-RR 2011, 331 Goldhase II.
- ¹² Alles hat sein Gutes: Die Einsichten der Rechtsprechung in das Wesen des Hasen nehmen an Tiefenschärfe und philosophischem Gehalt von Verfahren zu Verfahren deutlich zu. So fand das OLG Frankfurt in seinem vorläufig letzten Berufungsurteil zu der These, für einen Schokoladenhasen gebe es nur drei Existenzformen, weil »ein Schokoladenhase eben entweder sitzen, stehen oder liegen muss.« Dieses (ontologische) Frankfurter Goldhasentheorem scheint allerdings dem BGH noch nicht einzuleuchten. Denn offenbar hat er

gegen das Urteil des OLG Frankfurt die Revision zugelassen. Zu Recht, wie ich finde: Denn selbstverständlich können Goldhasen mehr als stehen, sitzen oder liegen. Es mag zwar sein, dass sie nicht fliegen und nicht laufen können, aber zerlaufen können sie auf alle Fälle, vgl. OLG Frankfurt, GRUR-RR 2012, 255 Rdnr. 33; jetzt anhängig beim BGH, unter I ZR 72/12.

- ¹³ Natürlich geht es beim Hasen auch um sehr viel Geld, vgl. jetzt auch EuGH, EuZW 2012, 589 Anm. Grundmann = GRUR 2012, 925: Die Anmeldung des Goldhasen als Gemeinschaftsmarke wurde rechtskräftig abgelehnt. Ihm fehle die Unterscheidungskraft, weil Hasen zum typischen Formenschatz von Schokoladewaren gehören, vor allem um die Osterzeit.
- ¹⁴ LAG Köln, NZA-RR 2011, 85.
- ¹⁵ BAG, DB 2002, 1560 = BeckRS 2002, 41006.
- ¹⁶ BAG, NZA 1990, 981 = AP Nr. 41 zu § 611 BGB Bühnengagementsvertrag.
- ¹⁷ BAGE 119, 91 = NZA 2006, 1268.
- ¹⁸ BAG, NJW 2012, 797.
- ¹⁹ BAG, NZA 2000, 257 = AP Nr. 23 zu § 630 BGB.
- ²⁰ So zu Recht ArbG Düsseldorf, NZA 1985, 812.
- ²¹ Nach Auskunft eines Germanisten gibt es darauf weder eine richtige noch eine falsche Antwort.
- ²² Cum grano salis, vgl. zuletzt BAG, NZA 2012, 974.
- ²³ Vgl. BAGE 134, 154 = NZA 2010, 1235.
- ²⁴ Sehr instruktiv: BAG, NZA 2012, 610.
- ²⁵ Die Branchen sind natürlich nicht miteinander zu vergleichen, allerdings verdanke ich den Titel für diesen Vortrag dem Roman des französischen Schriftstellers de Balzac: Glanz und Elend der Kurtisanen.
- ²⁶ Auch das wird gelegentlich bestritten: Geulen, Plädoyer für Entscheidungsverweigerung, in: Vismann/Weitin (Hrsg.): Urteilen/Entscheiden, 2006, S. 51 ff.; dagegen aber: Fögen, Rechtsverweigerungsverbot. Anmerkungen zu einer Selbstverständlichkeit, ebda., S. 37 ff.
- ²⁷ BVerfGE 93, 352 = NZA 1996, 381.
- ²⁸ BVerfG, NZA 1999, 713.
- ²⁹ BVerfG, NZA 1999, 713.
- ³⁰ Vgl. BAGE 123, 134 = NZA 2007, 1055.
- ³¹ ArbG Frankfurt a. M., NZA 2012, 579.
- ³² BAG, NZA 2009, 1347 = AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.
- ³³ Ob diese Bemerkung nur witzig ist oder ob sie auch einen rechtlichen Kern hat, wird man erfahren, wenn das *BVerfG* über die seit drei Jahren anhängige Verfassungsbeschwerde entscheidet.
- ³⁴ BAGE 67, 330 = **NZA 1991, 736**.
- ³⁵ BAG, NZA 2010, 1068.
- ³⁶ Verfassungsrichter sind hier ausdrücklich nicht gemeint.
- ³⁷ Die Erklärung des Richtervereins des RG vom 8.1.1924, mit der er ankündigte, ein von der damaligen Regierungsmehrheit geplantes Gesetz nicht anwenden zu wollen, zeigt, in welche Untiefen sich Richter begeben, wenn sie

allzu selbstbewusst handeln. Vgl. Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung*, 6. Aufl. (2005), S. 69 ff., 86 ff.; vgl. auch Grimm, NJW 1997, 2724.

- ³⁸ So verwandelt sich z. B. in einer auch von mir unterschriebenen Entscheidung des BAG, NJOZ 2005, 3779 – das *corpus delicti* des Falles, nämlich eine Waschmaschine (AEG-Öko-Lavamat, Rdnr. 3) unversehens in einen alten Kühlschrank (Rdnr. 23).
- ³⁹ Kahnemann, *Schnelles Denken – langsames Denken*, 2012, S. 60 f.
- ⁴⁰ Krit. zum Richterrecht, Rieble, NJW 2011, 821.
- ⁴¹ BAG, NZA 2011, 905.
- ⁴² Dass man die Unterschiede auch überbetonen kann, zeigt der Fall BVerfG, NJW 2012, 2334.
- ⁴³ BVerfG, NJW 2012, 2334.
- ⁴⁴ Dass in einem Gericht unterschiedliche Auffassungen über Rechtsfragen herrschen können, hat der Gesetzgeber eingeplant, wie die Möglichkeit der Divergenzvorlage zeigt, dazu Dörner, in: *Festschr. f. Bepler zum 65. Geburtstag*, 2012, 101 ff.
- ⁴⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 21.12.1983 – 7 AZR 131/82 unveröff.
- ⁴⁶ Vgl. Handelsblatt 19.5.1998, S. 4.
- ⁴⁷ BAG, NJW 2011, 3319.
- ⁴⁸ BAGE 134, 349 = NZA 2010, 1227.
- ⁴⁹ LAG Thüringen, LAGE Nr. 8 zu § 626 BGB 2002.
- ⁵⁰ Vgl. auch Tyradellis, *Leuchtet ein. Medien als Orte der Entscheidung*, in: *Vismann/Weitün (o. Fußn. 26)*, S. 143 ff., der seinem Aufsatz als Motto zwei Zeilen aus einem Song von Depeche Mode aus dem Jahre 1986 voranstellt: »Let me hear you make decisions / without your television!«
- ⁵¹ Am rätselhaftesten ist mir das »Vertrauen der Märkte« – wo doch schon die Römer wussten, dass den Märkten nie zu trauen ist: Sonst hätten sie schwerlich ein und denselben Gott für Händler und Diebe gehabt, nämlich Hermes/Merkur.
- ⁵² BVerfG, NJW 1982, 155; BVerfGE 58, 81; in der Abweichenden Meinung Katzenstein heißt es: »Der »ehrbare Kaufmann« ist auch deshalb ein wünschenswertes Vorbild, weil das von ihm erworbene und pfleglich behandelte Vertrauenskapital eine wesentliche Grundlage seines wirtschaftlichen Erfolgs ist.« (Rdnr. 162).
- ⁵³ Vgl. auch BAG, Beschl. v. 22.5.2012 – 1 ABN 27/12, BeckRS 2012, 70480 Rdnrn. 8, 21 ff.
- ⁵⁴ BVerfG, NJW 2012, 669.
- ⁵⁵ BlaisePascal (1623–1664), *Pascals Gedanken über die Religion und einige andere Gegenstände*, Aus dem Französischen übersetzt von Karl Adolf Blech. Mit einem Vorwort von August Neander, Berlin 1840, S. 174/175. *Zerstreute Gedanken über Moral*.
- ⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 29.5.2012 – 1 BvR 3201/11, BeckRS 2012, 55223.
- ⁵⁷ Offenbar hatte er zuvor intensiv das folgende Buch studiert, aus dem seine Ausführungen, wie ich später erfuhr, wörtlich übernommen sind: Freiherr v. Pufendorf, *Severin von Monzambano eines Veronesers ungescheuter offen-*

herziger Discurs, oder Gründlicher Bericht Von der wahren Beschaffenheit und Zustand Des Teutschen Reichs. Geschrieben an seinen Bruder Laelium von Mozambano, Herrn zu Trezzolan, und Aus dem Lateinischen ins Teutsche übersetzet Durch ein ungenantes Glied der hochlöblichen Fruchtbr(ingenden) Gesellschaft zu Weimar (1669).