

Gegen den Strich



Festschrift für Klaus Adomeit

Herausgegeben
von
Peter Hanau
Jens T. Thau
Harm Peter Westermann



Luchterhand 2008

I. Überkommenes Lagerdenken

Klaus Adomeit hat in der Festschrift Hilger/Stumpf schon im Jahr 1983 wegweisend von den Seinsschwierigkeiten des Arbeitsrechtlers berichtet.¹ Zu den Merkwürdigkeiten rechnet bis heute die Arbeitsrechtsignoranz gegenüber dem kleinen und schwachen und deshalb schutzbedürftigen Arbeitgeber. Das von ihm gesetzte Fragezeichen gegenüber der Richterrechtsmacht kehrt stets wieder, in jüngerer Zeit freilich für die ordentliche Justiz² – die doch immer für sich beanspruchen kann, das Gesetz auszulegen und insofern wenigstens eine Komposition des Gesetzgebers spielt. Im Arbeitsrecht und vor allem im Arbeitskampfrecht nimmt das BAG hingegen eine unbegrenzte Rechtsetzungsmacht in Anspruch die – wie die Entscheidungen zum Partizipations- und Unterstützungsarbeitskampf³ – freie Rechts(er)findung zulässt.⁴ Freilich scheint seit der vollkommenen Freigabe des Richterrechts durch die Entscheidung des BVerfG aus 1991⁵ das Arbeitsrecht von methodischer Resignation erfüllt.⁶ Adomeit berichtete damals schon über das Lagerdenken im Arbeitsrecht.⁷

Nun ist es nicht neu, dass die im Arbeitsrecht Tätigen in die beiden Schubladen von Arbeitgeberlager und Gewerkschaftslager eingeordnet werden. Rechtsanwälte werben mitunter damit, dass sie nur »eine Seite« vertreten, offenbar in der – berechtigten – Annahme, dass die potenziellen Mandanten diese Spezialisierung schätzen. Das geht dann mitunter so weit, dass Unternehmen mit gewerkschaftlichem Hintergrund (Bund-Verlag) vorgeworfen wird, ihre Interessen von *Jobst-Hubertus Bauer*, einem »Arbeitgeberanwalt«, vertreten zu lassen. Dass die Wahl des Rechtsanwaltes frei sein muss (§ 3 BRAO), weil es um einseitige anwaltliche Interessenvertretung geht, gerät aus dem Blick. Freilich gibt es wohlthuende Ausnahmen: Rechtsanwälte, die beide Seiten vertreten, um das Arbeitsleben von beiden Seiten zu kennen. Vom Lagervorwurf sind auch nicht die Arbeitsrichter frei. Gerade aber nicht nur in den unteren Instanzen – so wird behauptet – finde mitunter eine einseitig-sozialpolitisch motivierte Rechtsfindung (oder -setzung) statt. *Reuter* formuliert für das Kündigungsrecht plastisch: »Da das relative Gewicht der Interessen nicht vorgegeben, sondern der Einschät-

1 Adomeit, Über einige Schwierigkeiten, ein Arbeitsrechtler zu sein, FS Hilger/Stumpf (1983) S. 1 ff.

2 Etwa *Hirsch*, Auf dem Weg zum Richterstaat, JZ 2007, 853 m. w. N. und schon *Dieterich*, Freiheit und Bindung des Richters, RdA 1986, 2.

3 BAG vom 19. 6. 2007 – 1 AZR 396/06 – DB 2007, 2038.

4 Auch hiergegen schon Adomeit (Fn. 1) S. 14: stare decisis!

5 BVerfG 26. 6. 1991 – 1 BvL 779/85 – BVerfGE 84, 212 = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1991, 809

6 Resignativ schon Adomeit (Fn. 1) S. 13: keine weiteren Urteilsanmerkungen. Diese Ankündigung hat er gottlob nicht eingehalten, etwa seine kritische Anmerkung zu BAG vom 26. 9. 2002 – 2 AZR 636/01 – SAE 2003, 237.

7 S. 9, schon das wissenschaftliche Gespräch mit Vertretern der Arbeitgeberverbände gereichte seinerzeit zum Vorwurf.

zung des abwägenden Richters anheimgegeben ist, ermöglicht sie in einer gerade für das durch Lagerdenken geprägte Arbeitsrecht verhängnisvollen Weise **Parteinahme ohne Rechtsbeugung**. Es ist ein Fanal, wenn man aus der Beratungspraxis hört, für die Prognose über den Ausgang eines Kündigungsschutzprozesses sei die Kenntnis der Einstellung des zuständigen (Berufs-)Richters wichtiger als die Kenntnis des einschlägigen Gesetzes- und Richterrechts.⁸ Die Arbeitsgerichtsbarkeit ist mit ihren Beisitzern »lagergemäß strukturiert« und repräsentiert einen sozialen Dialog durch institutionelle Beteiligung der Verbände. Früher hat man dies als Ausformung des Klassenkampfes vor Gericht gesehen.⁹ Die eigenständige Arbeitsgerichtsbarkeit selbst wurde früher vom »Gewerkschaftslager« mit eben diesen Forderungen belegt: Die Arbeitsgerichte müssten mit »sozialempfindenden« Richtern besetzt sein,¹⁰ um die fehlende Kodifikation des Arbeitsrechts mit einer progressiven Rechtsprechung zu kompensieren,¹¹ ja eine »Sozialisierung des Rechtes«¹² betreiben. Diese Parteilichkeit ist inzwischen gar zu einem Arbeitskreis »Arbeitsrecht von Links« geronnen, dem auch namhafte Arbeitsrichter angehören. *Hanau* hat dazu das Nötige bereits gesagt.¹³

Auch das Programm wissenschaftlicher Tagungen ist ähnlich »lagermäßig« strukturiert: Arbeitsrechtlicher Praxisbezug wird durch vortragende Antagonisten präsentiert; mitunter geben sich Veranstalter Mühe, solche »Ausgewogenheit« auch bei den vortragenden Wissenschaftlern herzustellen.

Auch die Arbeitsrechtswissenschaft wird gern unterteilt; so wird etwa der Kollege *Däubler* streng dem Gewerkschaftslager zugeordnet; der Verfasser dieses Beitrags wird von vielen dem Arbeitgeberlager zugerechnet und mag sich darüber nicht beklagen. Ertragreich ist eine solche Zuschreibung allemal.

II. Unwissenschaftlichkeit »sozialpolitischer Korrektheit«

Aus wissenschaftlicher Sicht ist diese Zweiteilung zu hinterfragen: Sie unterstellt erstens eine Bipolarität, so als ob es im Arbeitsrecht um einen »Klassenkampf« gehe, der Parteilichkeit notwendig impliziere. Sie unterstellt zweitens, dass der einem Lager zugeordnete Wissenschaftler seine Meinung in den Dienst einer Seite stelle, also im Kern unwissenschaftlich arbeite. Insofern also geht es um den wissenschaftlichen Zustand des Arbeitsrechts, um die Frage, inwieweit die Ergebnisoffenheit des Diskurses als Zentralvoraussetzung wissenschaftlicher Arbeit überhaupt gewährleistet sein kann.

Folge des Lagerdenkens ist mitunter die Forderung, der »Gerechte möge sich in der Mitte halten«. Doch wer sagt, wo sich diese befindet? Das läuft letztlich auf einen intellektuellen Basarhandel hinaus, bei dem die »beiden Lager« ihre rechtlichen Vorstellungen äußern – mö-

8 *Reuter*, Unternehmerische Freiheit und betriebsbedingte Kündigung, RdA 2004, 161, 167, Hervorhebung von mir.

9 Dazu *Graf*, Das Arbeitsgerichtsgesetz 1926 (1993), S. 189 f.

10 *Graf*, S. 199.

11 *Graf*, S. 255.

12 So der Titel von Heinz *Potthoff*, DRiZ 1926, 284.

13 *Hanau* Arbeitsrechtliche Bekenntnisse, RdA 2000, 314.

gen diese auch extrem sein. Aufgabe von Wissenschaft und Richtern wäre es sodann, im Dienst »sozialpolitischer Korrektheit« (ein von angesehenen Kollegen neulich in der FAZ ernstlich verwendeter Begriff) die Mitte auszuloten. Damit wird die Suche nach rechtswissenschaftlich fundierten Lösungen letztlich von einem unwissenschaftlichen Vorfeld geprägt. Folge ist zudem bei manchen eine gewisse Ängstlichkeit: Die »goldene« Mitte¹⁴ wird vor allem als Verbot eines von ihr abweichenden Standpunktes begriffen. Die eine oder andere wissenschaftliche Äußerung kommt mithin ohne Festlegung des Autors aus. Probleme und Meinungen werden geschildert; Lösungsansätze finden sich allenfalls im Konjunktiv. Sozialpolitische Korrektheit mündet in einen selbst auferlegten Maulkorb. Wer sich in der Szene der Arbeitsrechtler auskennt, mag sich gerade bei den jüngeren Kollegen fragen, wer noch wofür steht. *Klaus Adomeit* jedenfalls hat und hatte immer einen Standpunkt und steht auch zu diesem.¹⁵ Er scherte sich nicht darum, ob seine Meinung einem Lager »zu nahe« kam; denkt man nur an seine radikal-individualnützige Deutung des Günstigkeitsprinzips.¹⁶ So gewendet wird das Lagerprinzip als Waffe eingesetzt: Die Zuschreibung eines Autors zum – gegnerischen – Lager soll eine Meinung und ihr Argument entwerten. Diese zutiefst unwissenschaftliche Haltung findet sich dementsprechend auch nicht in veröffentlichten wissenschaftlichen Beiträgen. Im Internet, auf Kongressen und in sonstigen Fachgesprächen hingegen ist dies durchaus zu vernehmen: Ach »der« mit seiner »Arbeitgebermeinung« oder seinem »Gewerkschaftsanliegen«. Wie abseitig. In einer rechtswissenschaftlichen Diskussion kann nur das Argument und die Meinung als solche zählen. Von wem die Äußerung stammt, ist irrelevant. Ein Argument wird nicht dadurch stimmiger, dass es von der »richtigen«, also sozialpolitisch gerade noch erträglichen Seite geäußert wird. Und ein substantieller Angriff auf etablierte »bürgerliche« Positionen wird nicht deswegen unhaltbar, weil er aus der Feder von *Däubler* stammt.

Insofern erweist sich der »Nachteil« der Rechtswissenschaft, eine normative und keine empirische Wissenschaft zu sein, nachgerade als Vorteil: Wir haben in der Auseinandersetzung nur das Argument. Es ist werthaltig, ruht aber in sich selbst.¹⁷ Die Gefahren empirischer Wissenschaft, einem Ergebnisanliegen interessierter Kreise zu erliegen, trifft den Juristen nicht. Allenfalls in Randbereichen, in denen ein wenig Empirie durch Befragungen der Rechtsbetroffenen geleistet wird, mag man das »Design« der Fragebögen und die Methode der Auswertung in Zweifel ziehen.

Selbst ein Gutachten, das im Auftrag einer »Seite« erstellt worden ist, überzeugt oder überzeugt eben nicht. Man mag es als (auszuweisendes) Gutachten in der Tat kritisch lesen¹⁸ – doch muss man die geführten Argumente bewerten und nicht die (vermeintliche) Lagerzugehörigkeit des Autors oder den Umstand, dass es sich um ein vergütetes Gutachten handelt. »Einseitig« ist eine Publikation dann und nur dann, wenn sie einseitig argumentiert, Gegenstimmen ignoriert und erkennbar nicht um die den Wissenschaftler treibende »Wahr-

14 Zur goldenen Mitte als Rechtsprinzip: *Fan*, Das Zhong-Yong-Prinzip (Golden Mean) im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, FS Löwisch (2007) S. 99.

15 Eindrucksvoll der von Adomeit verantwortete Abschnitt A des Lehrbuches *Hanau/Adomeit*, 14. Auflage (2006).

16 *Adomeit*, Das Günstigkeitsprinzip – neu verstanden, NJW 1984, 26.

17 Dazu schon *Fischer*, Anmerkung zur Burda-Entscheidung des BAG vom 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98 – EzA Art. 9 GG Nr. 65, S. 66.

18 *Fischer* (Fn. 17) S. 27; grundlegend Peter *Ulmer*, Zum Für und Wider des Publizierens von Rechtsgutachten, NJW 1983, 2923.

heit«, »Richtigkeit« und »Objektivität« ringt, mithin die geforderte Nachdenklichkeit vermissen lässt.¹⁹ Soweit ich sehen kann, sind die weitaus meisten Rechtsgutachten keine einseitig parteidienlichen Schriftsätze, sondern von einem sorgfältigen Für und Wider geprägt. Der Umstand, dass es sich um ein Gutachten handelt, schlägt sich nicht in einer bestimmten Sichtweise nieder, sondern daran, dass der Sachverhalt vom Auftraggeber stammt (und allein von diesem zu verantworten ist). Dementsprechend begründen typischerweise Sachverhaltsfehler die Angreifbarkeit von Gutachten. Ob diese Objektivität von Rechtsgutachten nun in erster Linie dem Ethos der Autoren zu verdanken ist oder aber der eher »kaufmännischen« Erwägung, dass einseitige Gutachten ihr Ziel beim Adressaten eben drum nicht erreichen und mithin den Gutachter entwerten, kann dahinstehen.

Lagerdenken im Arbeitsrecht erweist sich so als intellektuelles perpetuum mobile: Das Lagerargument will genau jene unwissenschaftliche Vorprägung der Diskussion erreichen und verfestigen, dem es seine Existenz verdankt.

III. Ursachen des Lagerdenkens

1. Einseitige Schutzrichtung des Arbeitsrechts

Lagerdenken baut auf Bipolarität. Es braucht also hinreichend interessenhomogene und interessengegensätzliche Lager. Nun ist jedes Rechtsgebiet von Interessengegensätzen geprägt. Das gilt für das Bankrecht nicht anders als für das Anwalts- oder Arztrecht. Der Bankkunde begehrt wie der Mandant oder Patient Schutz seiner Interessen vor seinem Vertragspartner, dem er auf gewisse Weise ausgeliefert ist. Gleichwohl ist dort das Lagerdenken nicht (so) stark ausgeprägt.

Das Arbeitsrecht ist insofern nichts Besonderes: Die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers von seinem Vertragspartner begründet seine Schutzbedürftigkeit. Das führt mitunter dazu, dass das Arbeitsrecht als Arbeitnehmerschutzrecht den Arbeitgeber aus dem Blick verliert: »Den Arbeitgeber und seine Interessen hat das Arbeitsrecht kaum richtig gesehen und anerkannt.«²⁰ Es gibt manche Aufsätze und auch Entscheidungen, in denen der Arbeitgeber als Rechtssubjekt und Vertragspartner keine Erwähnung findet. Die jüngste Rechtsprechung des Ersten Senates zum Unterstützungsstreik²¹ ist ein solcher Beleg: Weder sagt das Gericht, wie denn ein angegriffener Dritt-Arbeitgeber auf den Tarifwillen der Tarifpartei auf Arbeitgeberseite überhaupt Einfluss nehmen soll, noch spielt sonst gern bemühte Kampfparität eine argumentative Rolle. Die Entscheidung liest sich so, als wäre der Arbeitskampf ein einseitiges Koalitionsbetätigungsrecht der Gewerkschaften, die dabei ein umfassendes, verfassungsrechtlich gewährleistetes Selbsteinschätzungsrecht zu Lasten und zur Schädigung Dritter genießen. Hält man sich dagegen die sonstige grundrechtliche Abwägungsliteratur vor Augen, die die grundrechtlich geschützten Interessen beider Seiten hin und

19 Was *Dieterich* (Fn. 2) vom Arbeitsrichter fordert, darf man auch vom Wissenschaftler verlangen, der freilich weniger Verantwortung trägt, weil er nicht entscheidet. Inspirativ: *Engelen-Kefer*, Die Funktion juristischer Fachzeitschriften in sozialen Auseinandersetzungen am Beispiel »Arbeit und Recht«, *AuR* 1994, 123.

20 *Adomeit* in *Hanau/Adomeit* (Fn. 15) Rn. 38.

21 BAG (Fn. 3).

her beleuchtet, fällt die Merkwürdigkeit dieser verfassungsrechtlichen Argumentation auf: Der Streik ist zulässig, weil die Gewerkschaft ihn für notwendig hält!

Die Konzentration auf eine Seite ist ein methodisches Problem des Arbeitsrechts insgesamt. Das Problem liegt darin, dass jedes Recht als Friedensordnung den Ausgleich der widerstrebenden Interessen zur Aufgabe hat. Recht darf nicht parteiisch sein; das Arbeitsrecht aber ist es – und das nicht selten. Die unternehmerische Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers kommt arbeitsrechtlich immerhin mittelbar dann ins Spiel, wenn das Arbeitsrecht Fehlanreize setzt, die den Arbeitgeber zu einem letztlich arbeitnehmerschädlichen Verhalten bewegen: Das ist der typische »Bumerang-Effekt« jeder Schutznorm, die sich zu Lasten der Geschützten auswirken kann.²² Rückzahlungsklauseln für Weiterbildungskosten dürfen nicht so streng kontrolliert werden, dass dem Arbeitgeber jedes Amortisationsinteresse abgesprochen wird: Lohnen sich Bildungsanstrengungen für den Arbeitgeber nicht, so unterbleiben diese – zu Lasten der Belegschaft.

Indes ist solche Ausrichtung eines Rechtsgebietes ebenfalls nicht arbeitsrechtsspezifisch. Verbraucherschutz und Anlegerschutz konzentrieren sich ebenfalls auf »eine Seite« und geraten in Gefahr, die andere aus dem Blick zu verlieren. Und auch dort sorgt der Bumerangeffekt für die nötige Begrenzung: Wer das Rentabilitätsinteresse des Vermieters ignoriert, darf sich über Leerstände und ausbleibende Investitionen nicht wundern.

»Parteiische« Argumentationsmuster sind also erfrischend einseitig, aber keine Erklärung für das arbeitsrechtsspezifische Lagerdenken.

2. Kollektive Vermachtung: Lagerdenken als Relikt des Klassenkampfes

Das spezifisch arbeitsrechtliche Lagerdenken lässt sich nur durch den Einfluss der Kollektive erklären, den es in anderen Rechtsordnungen nicht gibt. Es geht also um das Gewerkschaftslager und das Arbeitgeberverbandslager.

Das war immer schon falsch, weil der Arbeitsmarkt nicht vollständig bipolar begriffen werden kann:

- Individualität – in Form der verbandsfreien Individuen – wird von vornherein ausgeblendet. Die »Einheitsgewerkschaft« nimmt für sich in Anspruch, Interessenvertreter aller Arbeitnehmer zu sein; die »Arbeiterklasse« mutiert zum »Zwangskollektiv« mit Einheitsrepräsentation²³. Die tariffreien Arbeitgeber können sich immerhin in Wirtschaftsverbänden und inzwischen in OT-Verbänden organisieren – werden aber mit arbeitsrechtlichen Positionen nicht wahrgenommen.
- Von vornherein ignoriert werden die Arbeitslosen. Sie haben weder Lobby noch organisiertes Lager, sondern stehen außerhalb des Arbeitsmarktes. Allenfalls die von Arbeitslosigkeit Bedrohten können – hinreichende Gewerkschaftswichtigkeit vorausgesetzt –

22 Eingehend zur Folgenabschätzung *Rieble/Junker* (Hrsg.), Folgenabschätzung im Arbeitsrecht (2007), ZAAR-Schriftenreihe Bd. 8 mit Beiträgen von *Karpen, Däubler, Rieble, Stoffels, Rost, Goos, Berg*.

23 Vgl. *Wiedemann*, Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan? RdA 1969, 321; hiergegen steht explizit das BVerfG mit seiner Absage an ständisch-korporativen Ordnungen im Mitbestimmungsurteil BVerfG vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u. a. – BVerfGE 50, 290, 353 unter C III 2 a; auch *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn. 1104 ff.

auf kollektive Rücksichtnahme rechnen,²⁴ die herrschende Deutung des Günstigkeitsprinzips räumt ihnen keine Vertragsrechte zur Arbeitsplatzsicherung ein.²⁵ Immerhin bietet die Schwarzarbeit einen Fluchtweg aus den kollektiven Systemen.²⁶

- Selbst »innerhalb« der Lager herrscht keine Interessenhomogenität. Das gilt nicht nur für kleine Verbände, die außerhalb der Dachverbände stehen und von diesen bekämpft werden, weil sie eben denjenigen Gruppenegoismus der Großverbände weitaus effektiver und unsolidarisch betreiben (Berufsgruppengewerkschaften). Und auch die großen Verbände zeichnen sich durch teils erhebliche Dissonanzen in ihren sozialpolitischen Auffassungen aus – man denke nur an die Differenzen zwischen Chemie und Metall, und zwar auf beiden Seiten.

So bescheiden ist Lagerdenken schon immer realitätsfremd, weil es andere als die bipolaren Verbandsinteressen ignoriert ausblendet und Einheitlichkeit auf beiden Seiten suggeriert. Lager sind DGB und bda. Lagerdenken zielt auf eine intellektuelle Zwangsvereinnahmung der Arbeitnehmer und Arbeitgeber in ihrer »Klasse«.

Dabei geht es traditionell um Macht: Nirgendwo werden Grabenkämpfe »der Lager« so intensiv ausgefochten, wie im kollektiven Arbeitsrecht. Mitbestimmung (im Betrieb und Unternehmen) und Arbeitskampf sind die Gefechtsfelder, auf denen um Macht gerungen wird. Dabei sind die Gewerkschaften notwendig in der Rolle des Angreifers, die eine ihnen günstigere Machtverteilung anstreben.

So konstatiert *Picker* zur Betriebsverfassungsreform 2001: »Die Novelle bleibt dem traditionellen Lagerdenken verhaftet, es ginge auch bei der Neuregelung der Betriebsverfassung unverändert darum, Regelungsmacht von der Seite der Arbeitgeber auf die der Arbeitnehmer umzuverteilen. Mit dieser Lager-Fixiertheit ignoriert sie jedoch, dass eben die Entwicklung der modernen Arbeitsverfassung den Arbeitnehmer immer mehr zum Marktteilnehmer emanzipiert und damit von dem Zwang paternalistischer Fremdbestimmung als Notlösung früherer Ausnahmekzeiten befreit hat. Mit dieser Veränderung aber ignoriert sie zugleich deren Folgen. Sie sieht oder beachtet nicht den durch diese Befreiung bedingten **grundsätzlichen Wandel der Interessenkonstellationen**. Und mit diesem verkennt oder verdrängt sie die weitere Folge einer fundamentalen **Veränderung auch der sozialen Fronten**.«²⁷

In der Tat: Drei wesentliche Entwicklungen stellen das Lagerdenken zusätzlich in Frage. Einmal ist mit dem Ausmaß an Wohlstand und dem erreichten Stand des Arbeitsrechtsschutzes inzwischen weithin ein erkleckliches Niveau erreicht. Der aus der historischen Ausbeutungslage gespeiste Klassenkampf ist nicht mehr glaubwürdig. Sozialisierungsversuche über die Unternehmensmitbestimmung²⁸ sind gescheitert. Das deutsche Modell hat sich nicht durchsetzen können.

Zweitens ist ein klassenkampforientiertes bipolares Lagerverständnis nur in einer geschlossenen Volkswirtschaft möglich. Die weltweite Marktöffnung (Globalisierung) verschafft den

24 *Adomeit* in *Hanau/Adomeit* (Fn. 1) Rn. 11 ff.

25 Auch dazu *Adomeit* (Fn. 16); mich hat er überzeugt: *Rieble*, Tarifvertrag und Beschäftigung, ZfA 2004, 1, 39 ff.

26 Instrukтив zur freiheitssichernden Funktion derselben: Konrad *Adam*, Lob der Schwarzarbeit, FAZ Nr. 216 vom 16. 9. 1995 (Bilder und Zeiten), ohne Seitenangabe.

27 *Picker*, Betriebsverfassung und Arbeitsverfassung, RdA 2001, 259, 290 f.

28 Wiederum *Adomeit* (Fn. 1) S. 10 ff.

Unternehmen und den Arbeitnehmern in anderen Staaten Wettbewerbschancen vor allem über die Lohnkosten. Dieser intensive Wettbewerb bedingt erstens, dass die Arbeitgeber nun nicht mehr vom profitgierigen Ausbeutungswillen getrieben sind (wenn sie es je waren) sondern selbst vom internationalen Wettbewerbsdruck getrieben werden, den sie an die Arbeitnehmer »durchreichen«.²⁹ Gegen diesen aber hat das »Arbeitnehmerlager« keine Rezepte, weil sich die Arbeitnehmer und Gewerkschaften in solchen Drittstaaten ihrerseits als Konkurrenten der deutschen Unternehmen und Belegschaften sehen und eine gemeinsame Lagerpolitik nicht möglich ist. Im Kern läuft jedes deutsche Besitzstandsdenken darauf hinaus, den eigenen Wohlstand durch Marktabstottung zu Lasten gerade der Armen zu verteidigen und diesen den einzigen Wettbewerbsvorteil zu nehmen, den sie haben: den niedrigen Lohn. Wer eigenen Wohlstand zu Lasten der Konkurrenten verteidigen will, hat sich von der bipolaren und »vertikalen« Lagerdogmatik längst in eine multipolare, horizontalwettbewerbliche Wettbewerbsgesellschaft bewegt.

Drittens drängen Arbeitsbedingungen nach Individualisierung: Der einzelne Arbeitnehmer hat höchst subjektive Vorstellungen über angemessene Arbeitsbedingungen. Individuelle Vertragsänderungsrechte (Teilzeit und Entgeltumwandlung) zeigen, dass der Gesetzgeber dies anerkennt. In der Betriebsverfassung ist mit § 75 Abs. 2 Satz 2 BetrVG der Individualitätsgedanke wenigstens als Programmsatz formuliert. Individuen mit individuellen Anliegen lassen sich nicht mehr so leicht »gleichschalten«. Auch das dürfte ein Grund für die nachlassende Organisationskraft der Gewerkschaften sein: Mit einem Organisationsgrad von rund 20 % unter den aktiv Beschäftigten sind heutzutage die Gewerkschaftsmitglieder die Außenseiter des Arbeitslebens.

Das gilt auch auf Arbeitgeberseite: Der Reichseinheitstarifvertrag hat ausgedient. Spezielle Arbeitsorganisationskonzepte und unterschiedliche wirtschaftliche Belastbarkeit drängen zu einer differenzierten unternehmensbezogenen Gestaltung von Arbeitsbedingungen. Das wiederum intensiviert den Wettbewerb auch unter tarifgebundenen Arbeitgebern.

Das Lagerdenken ist ein Relikt der Klassenkampfphase einer ehemals geschlossenen Volkswirtschaft. Es ist nicht nur unwissenschaftlich (damit könnte man leben) sondern vor dem Hintergrund der Wirklichkeit des Arbeitslebens eine letztlich kaum nachzuvollziehende Anmaßung.

IV. Vermachtung und Erstarrung als Konsequenz

Das Lagerdenken institutionalisiert ein intellektuelles Gegenmachtprinzip in der Auseinandersetzung um das richtige Arbeitsrecht – sowohl was die Rechtspolitik betrifft als auch die Rechtsanwendung. Das ist von vornherein falsch, weil die Suche nach dem richtigen Recht keine Machtfrage sein und nicht zum (Macht-)Kampf entarten darf. Das Gegenmachtprinzip des Art. 9 Abs. 3 GG ist ein Marktprinzip³⁰ – und darf zur »Rechtsetzung« nur im Rahmen der Tarifautonomie führen, weil der Tarifvertrag das vertragliche Instrument des Interessenausgleiches gleichberechtigter »Lager« ist.

29 Dazu schon *Rieble*, Staatshilfe für Gewerkschaften, ZfA 2005, 245, 260 ff.

30 Zentral: *Böhm*, Kartelle und Koalitionsfreiheit (1933) S. 28 f.; *Galbraith*, American Capitalism, The Theory of Countervailing Power, 2. Auflage 1956; *Bartholomeyczik*, Äquivalenz, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip, AcP 166 (1966) 30 ff.

Für die staatliche Rechtsetzung und Rechtsfindung ist Gegenmacht kein taugliches Modell. Der Staat ist nicht nur den »Lagerinteressen« und ihrem Binnenausgleich verpflichtet, sondern vor allem dem Gemeinwohl – und der Systemgerechtigkeit. Der Streit vor Gericht kann gleichfalls nicht nach Macht- oder Ohnmachterwägungen entschieden werden. Das wäre eine Einladung zur Kadijustiz – nach Maßgabe des richterlich-subjektiven Machtempfindens. Das aber ist wenigstens teilweise Realität: Weil der Arbeitgeber in aller Regel nur Geld verliert (das man ja ohnehin zu haben hat), wohingegen es für den Arbeitnehmer um Arbeitsplatz und Existenz oder das Persönlichkeitsrecht geht, neigt das »große Herz« in seiner Urteilskraft mitunter zu einer sozialen Verschiebung – »social drift«³¹ – gerade in der Anwendung von Generalklauseln. Das birgt die Gefahr der Klassenjustiz.

Das mündet in das Kernproblem unseres Arbeitsrechts: Ist der Richter berufen, mit *Gamillscheg* danach zu fragen, ob das allgemeine Zivilrecht im Arbeitsrecht jeweils seine »soziale Tauglichkeit«³² unter Beweis gestellt hat? Ist damit jede Zivilnorm mit einem allgemeinen Sozialvorbehalt versehen, der den Richter zur Freirechtsschöpfung (wie im Arbeitskampfrecht) ermächtigt – ähnlich den »Besonderheiten des Arbeitsrechts« in § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB, die »angemessen zu berücksichtigen« sind. Das ist von zivilrechtlich Denkenden stets und mit Recht bestritten worden³³.

Lagerdenken in der Rechtswissenschaft muss dazu führen, dass nicht das »richtige Recht«, sondern das als sozialpolitisch korrekt empfundene gelten soll. Denn über eine irgendgeartete »sozialpolitische Richtigkeit« oder gar »soziale Gerechtigkeit« kann man nicht ansatzweise streiten. Mit ihr lässt sich schlechterdings alles rechtfertigen, auch umfassende soziale Vormundschaft zu Lasten des freien Individuums durch die Verbände. Es handelt sich um eine inhaltsleere Worthülse, in die jeder packen kann, was ihm beliebt.

Eben wegen jener Beliebigkeit versucht das Lagerdenken den Kompromiss aus der Verkehrsauffassung – und zwar der widerstreitenden Lager – zu gewinnen. Schönes Beispiel für dieses Denken ist der Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes von *Henssler* und *Preis*:³⁴ Der Entwurf soll alles leisten: Vereinheitlichung, Vereinfachung und Kalkulierbarkeit (Normtransparenz) und beschäftigungsfördernde Flexibilität zugleich aber als »Restatement« im wesentlichen den Stand des aktuellen Arbeitsrechtes wiedergeben und damit – Zentralvoraussetzung – auf die Zustimmung der Sozialpartner treffen. Diese Zustimmung wird gar für den Normerlass vorausgesetzt.

Das Wichtigste am Arbeitsvertragsgesetz ist also nicht, was dort inhaltlich geregelt wird oder geregelt werden soll, sondern dass es auf Zustimmung stößt. Dabei geht es nicht um die Zustimmung der Facharistokratie des Arbeitsrechts (Bundesarbeitsrichter und Arbeitsrechtsprofessoren) und auch weniger um die der zur Abstimmung berufenen Bundestagsabgeord-

31 Eingehend von *Klitzing*, Ordnungsökonomische Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes (2004), S. 314, 321 ff. und 331 f.

32 *Gamillscheg*, Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts, AcP 176 (1976) 197 ff.

33 *Rückert*, »Frei« und »sozial«: Arbeitsvertragskonzeptionen um 1900, ZfA 1992, 225 ff.; gegen *Gamillscheg* vor allem *Zöllner* Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976) 221, 236 ff.; *ders.* Flexibilisierung des Arbeitsrechts, ZfA 1988, 265; *Richardi*, Der Arbeitsvertrag im Zivilrechtssystem, ZfA 1988, 221 ff.

34 Abgedruckt etwa in NZA 2006 Beilage 23.

neten; vielmehr wird nach allgemeinem Sozialkonsens gerufen. Eben dies heißt: Zustimmung der Sozialpartner, mithin der Lager.

Dass ist nicht nur verfassungsrechtlich anstößig, weil mit dieser »konzertierten Aktion« ein informeller Reichswirtschaftsrat konstituiert wird, dem ein außerhalb der Verfassung stehendes faktisches Vetorecht gegen das Arbeitsvertragsgesetz zugesprochen wird. Ein solcher Reichswirtschaftsrat verrät das demokratische Ideal, weil Arbeitnehmern und Arbeitgebern ein Sondereinfluss auf die Gesetzgebung eingeräumt wird³⁵. Es verhält sich nicht anders als beim Trialog des EGV: Dass Staat und autonome Koalitionen sich in einem Gesamtregelungsverfahren vereinigen, bevorzugt Gruppeninteressen und verstößt damit gegen den Grundsatz gleichen individuellen Einflusses auf die politische Willensbildung (Stimmrechtsgleichheit).

Das führt dann zweitens dazu, dass die Gesetzgebung für ein Arbeitsvertragsgesetz sich in erster Linie um einen Kompromiss bemüht, der den Kollektivrepräsentanzen gefallen kann, weil er deren Mitgliederinteressen Rechnung trägt. Ausgeblendet werden die womöglich abweichenden Interessen derjenigen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die nicht in den großen Verbänden organisiert sind und von diesen nicht repräsentiert werden, aber auch die Interessen Dritter (vor allem der Arbeitslosen) und der Allgemeinheit. Dabei sind Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände ohne weiteres in der Lage, ihren Interessenausgleich über ein Arbeitsverhältnisrecht mit den Individualnormen des Tarifvertrags in die eigenen regelnden Hände zu nehmen – soweit das staatliche Arbeitsrecht tarifdispositiv ist.

Diese Konsensorientierung führt dazu, dass die Autoren des Entwurfs eigene Reformvorstellungen nicht umsetzen können: So beschreibt *Preis* richtig die nachteiligen Wirkungen von Sonderkündigungsschutz für die geschützten Mütter und Schwerbehinderten³⁶ und schlägt ebenso vernünftig vor, jedenfalls die Sozialauswahl durch ein Abfindungssystem zu ersetzen.³⁷ Offenbar werden solche Vorschläge aber nicht als konsensfähig angesehen: Im Entwurf bewendet es beim klassischen Bestandskündigungsschutz.³⁸

Das mag man als realitätsbewusstes Politik- und Reformverständnis begreifen und auch verstehen. Es zeigt aber aus wissenschaftlicher Sicht einen erstaunlichen Denkansatz: Gefragt wird nicht mehr, wie der Kündigungsschutz aus Sachgründen aus sich heraus geordnet sein soll, sondern welches Ausmaß an Veränderung zustimmungsfähig ist.

Das Konsensmodell birgt überdies eine weitere Gefahr: Wenn schon der Erlass eines Arbeitsvertragsgesetzes Konsensbedürftig ist, dann gilt dies erst recht für jede Änderung. Das aber birgt eine erhebliche Versteinerungsgefahr. Bei einer Erstkonzeption lässt sich »Ausgewogenheit« im Sinne der sozialpolitischen Korrektheit immerhin dadurch herstellen, dass eine punktuelle Verschlechterung für das eine Lager durch eine Kompensation an anderer Stelle »geheilt« wird. Soll das ArbVG aber nach Inkrafttreten punktuell geändert werden (Kassation kraft Einsicht), so bedeutet das Sozialpartnervetorecht, dass jenes Lager, zu dessen »Lasten« die Korrektur ginge, diese entweder verhindern kann oder aber von einer gar nicht

35 Dazu *Rupp*, Konzertierte Aktion und freiheitlich-rechtsstaatliche Demokratie, in: Hoppmann (Hg), Konzertierte Aktion (1971), S. 1 ff.

36 *Preis*, Reform des Bestandschutzrechts im Arbeitsverhältnis, RdA 2003, 65, 67 f.

37 *Preis* (Fn. 36) RdA 2003, 72.

38 §§ 108 ff. ArbVG-E (Fn. 34), insbesondere bewendet es bei der klassischen Sozialauswahl, § 117 und beim Sonderkündigungsschutz, § 121.

sinnvollen aber kompensierenden Änderung an anderer Stelle abhängig machen kann. Das bedeutet eine Art Gesetzgebungsbasar: Über Norminhalte wird dann – wie bei Tarifverträgen, die aus eben diesem Grund ebenfalls nur schwer korrigierbar sind mithin sozialpolitische Relikte petrifizieren – verhandelt. Der zentrale Unterschied zwischen einseitig staatlich verantworteter und gemeinwohlorientierter Normsetzung einerseits und der bipolar verhandelten tariflichen Konfliktlösung schwindet.

Dass es auch anders geht, zeigen die (derzeit wieder umstrittenen) Arbeitsmarktkorrekturen in der Sozialversicherung: Zusammenlegung von Arbeitslosengeld und Sozialhilfe einerseits und drastische Verkürzung der Arbeitslosengeldbezugsdauer waren und sind sinnvoll – hätten aber niemals die Zustimmung des »Gewerkschaftslagers« erfahren.

Lagerdenken in der Gesetzgebung ist mithin eine Flucht aus der Regelungsverantwortung.

V. Ordnungsdenken als Alternative

Lagerdenken ist eine Krankheit. Die Therapie ist nicht einfach. Unabhängiges wissenschaftliches Denken muss sich am Rechtssystem und seinen Ordnungsvorstellungen orientieren. Ordnungspolitisches Denken ist zuerst eine Absage an jede Form von ergebnisorientierter Intervention: Gerichte und Gesetzgeber dürfen nicht einzelnen Parteien noch Institutionen im Wege eines letztlich nicht juristisch begründbaren Gnadenerweises Vorteile zusprechen.

Jede punktuelle Intervention schadet. Das ist an sich methodisches Allgemeingut, wie es in der Absage an Kadijustiz und Freirechtsschule zum Ausdruck kommt. Rechtsphilosophisch entspricht dem der Rawlsche Schleier des Nichtwissens, den das BVerfG sogar für die Finanzverfassung des GG fruchtbar gemacht hat.³⁹ Nichts anderes hat *Ulrich Preis* in seinem fundamentalen Werk *Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen* (1987) betrieben: Weg von der Einfallbetrachtung hin zu den Rechtsprinzipien und damit zur »rule of law«.

Positiv gewendet heißt das, dass sich das Arbeitsrecht vor allem an der Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien orientieren muss. Das heißt auch: Vertragsfreiheit ohne den Generalverdacht, der Arbeitnehmer könne mit ihr von vorn herein nichts anfangen.⁴⁰ Auch das kollektive Arbeitsrecht darf diese Basis nicht verlassen, wie dies für die systemische Einbindung der Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie⁴¹ und selbst die Vertragsakzessorietät der Betriebsverfassung⁴² herausgearbeitet worden ist. Für den Arbeitskampf fehlt eine entsprechende Sicht bislang; hier »intervenierte« das BAG nach sozialpolitischer Herzenslust. Nicht das Zivilrecht muss seine soziale Tauglichkeit als »Geltungsberechtigung« im Arbeitsrecht nachweisen; das Arbeitsrecht muss für seine Abweichungen vom Zivilrecht die Rechtfertigungslast tragen.

39 BVerfG vom 11. 11. 1999 – 2 BvF 2/98 u. a. – BVerfGE 101, 158 = NJW 2000, 1097.

40 *Adomeit* in *Hanau/Adomeit* (Fn. 15) Rn. 41 ff.

41 *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung (2000) S. 39 ff.; *Rieble*, Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5 ff.; *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie (2005) S. 55 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

42 *Reichhold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht (1995), S. 219 ff.

Zur richtigen Ordnung des Arbeitslebens gehört das Arbeitnehmerschutzprinzip. Es ist aber kein selbsttragender Wert, mit dem sich nach Belieben Sonderregelungen rechtfertigen ließen. Stets muss gefragt werden, welchem konkreten Schutzanliegen eine arbeitsrechtliche Sonderregelung dient und ob sie den gewollten Schutz bewirken kann – ohne schädliche Nebenwirkungen im Sinne verantwortungsvoller Folgenabschätzung.

Solches Ordnungsdenken gewinnt in der Arbeitsrechtswissenschaft an Boden. Deutlich wird das vor allem daran, dass die klassische interventionswillige Linke schwindet. Das Lagerdenken freilich wirkt fort vor allem bei jenen, die mitunter etwas verkrampt die Mitte der sozialpolitischen Korrektheit suchen. In diesem Sinne gehört zum Ordnungsdenken die Bereitschaft, sich unbeliebt zu machen und »sozialpolitisch Anstößiges« zu äußern. *Klaus Adomeit* ist ein Vorbild für solch unabhängiges Denken;⁴³ er hat den schönen Satz *Christian Friedrich Hebbels* stets beherzigt: »Jedenfalls ist es besser, ein eckiges Etwas zu sein als ein rundes Nichts«.

43 *Adomeit* in *Hanau/ Adomeit* (Fn. 15) Rn. 35 f. führt denn auch den früheren Präsidenten des BAG *Wißmann* mit dem arbeitsrechtstypischen Scheuklappendenken vor.