

Geschriebenes und gelebtes Arbeitsrecht

Thomas Kania

Wenn es darum geht, die Krise in Deutschland zu meistern, ist das Arbeitsrecht gerne Mittelpunkt der Diskussionen. Lockerungen des Arbeitsrechts sollen den Standort Deutschland (wieder) attraktiv machen, gefährden aber angeblich gleichzeitig das soziale Fundament des Landes. Angesichts dieses Interessenwiderstreits waren die Reformen des Arbeitsrechts in den letzten Jahren denn auch überschaubar und lassen sich – nur unwesentlich verkürzt – wie folgt zusammenfassen: 1996 lockerte die Kohl-Regierung im Rahmen des so genannten arbeitsrechtlichen Sparpakets ein wenig den gesetzlichen Kündigungsschutz; 1999 wurden diese Lockerungen von der Schröder-Regierung fast vollständig wieder rückgängig gemacht, um dann weitere fünf Jahre später als Teil der „Agenda 2010“ im Wortlaut identisch mit den Regelungen von 1996 wieder belebt zu werden.

Ein solches Hin und Her und die anderen marginalen Korrekturen bewirken nur eins, nämlich, dass das Arbeitsrecht noch unüberschaubarer und komplizierter wird. Diese dschungelhafte Komplexität des Arbeitsrechts ist aber unabhängig von den Inhalten und der politischen Richtung ein maßgeblicher Faktor für die zunehmende Zurückdrängung und innere Verabschiedung vom Arbeitsrecht. Dazu folgende Bestandsaufnahme und Argumentation zur Anregung weiterer Diskussionen:

DAS GESETZLICHE ARBEITSRECHT

In der aktuellen Ausgabe „Arbeitsgesetze“ (erschieden bei DTV) sind mehr als 100 Gesetze und Verordnungen aus dem Bereich des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts aufgeführt, die (theoretisch) die Grundlage eines Arbeitsverhältnisses sind und von Personalverantwortlichen und Arbeitnehmern ebenso wie von Betriebsräten und Gewerkschaften zu beachten wären. Kein Personalleiter, kein Arbeitnehmer,

kein Betriebsrat, kein Mensch kennt den Inhalt dieser Vorschriften zumindest in den relevanten Grundzügen. Und auch die größten Experten aus den einzelnen Rechtsgebieten hissen spätestens dann die weiße Flagge, wenn es über den Tellerrand des eigenen Fachgebiets hinausgeht, etwa vom Arbeits- in das Sozialversicherungsrecht.

Im Übrigen zählt zu den Erkenntnissen der täglichen Beschäftigung mit dem Arbeitsrecht, dass der vertiefte Blick nicht notwendig größere Klarheit, sondern oft auch Erschütterung und Verzweiflung hervorruft: So mag sich oberflächlich herumgesprochen haben, dass es unter gewissen Voraussetzungen Ansprüche auf Umwandlung eines Vollzeitarbeitsverhältnisses in ein Teilzeitarbeitsverhältnis gibt. Eine weiter gehende Erkenntnis wird bei näherer Beschäftigung mit der Materie sein, dass es einen normalen Teilzeitananspruch nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) und einen besonderen Teilzeitananspruch während der Elternzeit nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) gibt. Eher skurril ist es dann, wenn man in die Details schaut und sieht, dass die Voraussetzungen für den Teilzeitananspruch nach dem BERzGG und dem TzBfG zwar ähnlich, aber nicht identisch sind, wofür es zwar keine sachlichen Gründe gibt, wohl aber den entscheidenden Umstand, dass die beiden Regelungen durch verschiedene Ministerien konzipiert wurden, die diese Vorschriften nicht aufeinander abgestimmt haben.

Wer sich mit dem Kündigungsschutz näher beschäftigt, wird sich bald auch in die Feinheiten des Sonderkündigungsschutzrechts vertiefen. Man lernt, dass Schwerbehinderte zwar an sich normal gekündigt werden können, aber nur nach Zustimmung des Integrationsamts. Man lernt, dass Mütter und Erziehungsurlauber eigentlich nicht gekündigt werden können,

ausnahmsweise aber doch nach Zustimmung einer in jedem Bundesland unterschiedlichen Behörde. Man weiß, dass Betriebsratsmitglieder nach rechtskräftiger Zustimmungsersetzung durch die Arbeitsgerichte außerordentlich gekündigt werden können, sodass eine fristlose Kündigung nach etwa eineinhalb Jahren möglich ist. Und wenn man sich dann schon fast als Experte fühlt, wird man doch noch davon überrascht, dass die Kündigung eines Arbeitnehmers unwirksam war, weil der Sonderkündigungsschutz als Gemeinderatsmitglied oder als Immissionschutzbeauftragter leider übersehen wurde.

Ein besonderes Bonbon, welches insbesondere kleineren und ausländischen Unternehmen nur schwer zu vermitteln ist, ist das ritualisierte Mitbestimmungsverfahren gemäß §§ 99 ff. Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Dazu ein Beispiel: Der Mandant teilt mit, dass er einen Arbeitnehmer einstellen möchte und fragt, wie es denn mit der Beteiligung des Betriebsrats aussehe. Man erläutert, dass grundsätzlich die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich sei und dass man bei Verweigerung der Zustimmung die Zustimmungsersetzung durch die Arbeitsgerichte beantragen müsse, was deutlich länger als ein Jahr dauern könne. Dies sei, so der Mandant, nicht die ideale Vorstellung, man benötige eher sofort einen Arbeitnehmer und nicht in ein- einhalb Jahren. Schon hat man als Anwalt die Lösung parat: Man könne den Arbeitnehmer ja vorläufig einstellen, nur müsse man dann folgendes Ritual einhalten: unverzüglich den Betriebsrat informieren,

*Thomas Kania, Dr., Fachanwalt für Arbeitsrecht; Partner der arbeits-, steuer- und gesellschaftsrechtlich spezialisierten Sozietät Schlütter Debatin & Bornheim, Köln.
www.sdb-koeln.de*

dieser dürfe unverzüglich widersprechen, das sei aber egal, wenn der Arbeitgeber unverzüglich zum Arbeitsgericht gehe. Und wenn dieses Ritual eingehalten sei, könne man den Arbeitnehmer bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung der Arbeitsgerichte beschäftigen. Das Mandatsverhältnis muss schon sehr gefestigt sein, und das Vertrauen zum Anwalt groß, wenn der Mandant einem abnimmt, dass man die Gesetzssystematik richtig verstanden habe.

Diese Beispiele zeigen jedenfalls eins: Es gibt eine Menge Arbeitsrecht in Deutschland, eine sehr große. Das Ganze ist ungeordnet, unübersichtlich und vielfach formalisiert und ritualisiert und damit in seiner Gesamtheit nicht zu beherrschen und anwenderfeindlich.

RICHTERRECHT DES BUNDES-ARBEITSGERICHTS UND DER INSTANZGERICHTE

Unter dieser Überschrift und in diesem Zusammenhang dürfte jetzt die übliche Richterschelte erwartet werden, weil die Gerichte durch die Auslegung und Fortbildung des geschriebenen Rechts in ihren Urteilen das Arbeitsrecht noch unkalkulierbarer machen, insbesondere Wertungen des Gesetzgebers durch persönliche Anschauungen ersetzen.

Für eine solche Pauschalkritik besteht jedoch kein Grund. Zu bedenken ist nämlich zweierlei: Zum einen sind die Richter vom Gesetzgeber vielfach doch sehr allein gelassen. Wenn es um die Interpretation des „wichtigen Grundes“ i. S. d. § 626 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) für eine fristlose Kündigung oder die „soziale Rechtfertigung“ für eine fristgerechte Kündigung des Arbeitsverhältnisses geht, werden die Richter zwangsläufig zu den eigentlichen Herren (und Damen) des Arbeitsrechts, wenn sie diesen Begriffen Konturen verleihen müssen. Zum anderen sind von der ersten bis zur dritten Instanz, von Arbeitsgericht, Landesarbeitsgericht und Bundesarbeitsgericht (BAG) Einzelfälle zu lösen. Bis auf den Umstand, dass in dritter Instanz grundsätzlich der Sachverhalt feststeht, bleibt der Prüfungsmaßstab derselbe und das BAG kann nicht im Interesse eines groben Einheitsrechts die Einzelfallgerechtigkeit opfern.

In erster Instanz, im Angesicht der verbittert kämpfenden Parteien und im Bewusstsein einer Unzahl zu erledigender Fälle, ist der „menschliche Faktor“ sicherlich

noch höher, was der Einzelfallgerechtigkeit oft, aber nicht immer dient. In den Tatsacheninstanzen, also beim Arbeitsgericht und beim Landesarbeitsgericht, verfügen die Richter neben dem materiellen Arbeitsrecht über ein zusätzliches prozessuales Werkzeug, welches die Weichenstellung eines Falles in die eine oder andere Richtung ermöglicht, nämlich die Pflicht zur Substantiierung des jeweiligen Vorbringens, also die Notwendigkeit der detaillierten Schilderung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts. Durch dieses Erfordernis kann ganz unabhängig vom materiellen Arbeitsrecht – insbesondere in Kündigungsfällen – die Messlatte fast beliebig beeinflusst und damit das als richtig oder gewünscht empfundene Ergebnis herbeigeführt werden.

Hierbei handelt es sich natürlich um ein Einfallstor für die Ersetzung der Wertungen des Gesetzes durch persönliche Wertungen, für sozialpolitische Gesinnungen und für Faulheit (Vermeidung von Beweisnahmen).

Für die aktuellen Überlegungen einer Reform des Arbeitsrechts sind diese „Schwächen“ des Richterrechts von untergeordneter Bedeutung, weil die damit einhergehende Rechtsunsicherheit so lange bestehen bleibt, solange Richter über einzelne Fälle entscheiden müssen. Im Übrigen bahnt sich die Gerechtigkeit nur durch solche Richterentscheidungen, die dem gesamten Fall und seinem Umfeld gerecht werden, ihren Weg. Und die eigene Erfahrung ist die, dass in den meisten Fällen die Gerichte ganz unabhängig von der Übereinstimmung mit den Feinheiten des Arbeitsrechts zu einem vertretbaren bis gerechten Ergebnis gelangen, während die krassen Fehlentscheidungen aus Faulheit oder Gesinnung die absolute Ausnahme sind. Das Bedürfnis nach Einzelfallgerechtigkeit macht aus jedem Recht, auch aus dem Arbeitsrecht, ein „Case-Law“ und der hiermit weit mehr vertraute angloamerikanische Rechtsraum kennt seit langem den Grundsatz: „Hard cases make bad law“. Für die anwaltliche Beratung folgt daraus schlicht, dass das „Bauchgefühl“ bei der rechtlichen Bewertung eines Falles nicht ausgeschaltet werden darf. Und je größer das Unbehagen ist, desto eher wird dem Mandanten zu einer vergleichsweisen Einigung geraten.

WAHRNEHMUNG DES ARBEITSRECHTS BEI UNTERNEHMEN UND ARBEITNEHMERN

Das deutsche Arbeitsrechtssystem soll damit nicht schön geredet werden. Es bleibt festzuhalten: Das Gesetzesrecht ist unabhängig von der Einstufung als (zu) arbeitnehmer- oder arbeitgeberfreundlich undurchschaubar; die Interpretation und Anwendung durch die Gerichte potenziert die Rechtsunsicherheit.

Dass aber die Reaktion auf dieses Arbeitsrechtssystem in größerem Umfang die Flucht von Unternehmen aus dem Standort Deutschland oder die Nichteinstellung von Arbeitnehmern sei, ist nicht überzeugend. Das Bestehen eines entwickelten Arbeitsrechtssystems und das Faktum, dass die Entlassung von Arbeitnehmern Geld kosten kann, ist kein deutsches Phänomen. Entlassungsentschädigungen sind in fast allen europäischen Ländern vorgesehen, teilweise in der Höhe weit über den deutschen Bräuchen (z. B. Schweden); teilweise bedarf die Kündigung zudem der vorherigen Genehmigung durch staatliche Stellen (Niederlande), teilweise regiert die Angst vor drastischen Entschädigungen bei Diskriminierung (England). Aktuelle Tendenzen wie „Offshoring“ oder die Ersetzung von Stammarbeitnehmern durch freie Mitarbeiter oder Leiharbeiter hängen deshalb kaum mit den Unklarheiten, Widersprüchen und zum Teil überzogenen Schutznormen des deutschen Arbeitsrechts zusammen, sondern eher mit den international nicht wettbewerbsfähigen Arbeitsbedingungen bestimmter Tätigkeiten und Branchen.

Viel verbreiteter als eine solche tatsächliche Flucht aus dem Arbeitsrecht ist nach meiner Beobachtung die Tendenz, sich von dem Ringen um die Kenntnis der Verästelungen des real existierenden Arbeitsrechts innerlich zu verabschieden und sich stattdessen in ein von einem „Common Sense“ getragenes angebliches Arbeitsrecht zu flüchten, das im Unterschied zu dem staatlichen Arbeitsrechtssystem praktisch handhabbar und konsensfähig ist.

Das sicher praktisch bedeutsamste Beispiel ist die allgemeine Annahme, dass gekündigte Arbeitnehmer grundsätzlich einen gesetzlichen Anspruch auf Abfindungen gegen ihren Arbeitgeber haben, dessen Höhe sich nach der Betriebszugehörigkeit richtet. Hintergrund dieser fast allgemeinen Meinung ist die Praxis der

Arbeitsgerichte, mit Hilfe einer „Daumenformel“ Kündigungsschutzklagen im Vergleichswege „totzuschlagen“. Das Ganze beschreibt beispielhaft eine höchst interessante Entwicklungskette: Ausgangspunkt ist ein undurchschaubares und lebensfremdes (Klage auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz Kündigung) Arbeitsrecht. In einem ersten Schritt erfolgt die Umrechnung der aus diesem Recht entstehenden Risiken durch die Betroffenen (Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Richter) in vermögenswerte Vorteile. Schließlich führt die langjährige praktikable Handhabung unpraktikablen geschriebenen Rechts zu dem (irrtümlichen) Bewusstsein, die Praxis entspreche dem geschriebenen Recht.

In anderen Fällen ist die Entwicklung zu einem vom geschriebenen Recht abweichenden Rechtsbewusstsein nicht so einfach zurückzuverfolgen. Fakt ist aber, dass sich sowohl bei Personalverantwortlichen als auch bei Arbeitnehmern eine Fülle von angeblichen arbeitsrechtlichen Rechtsgrundsätzen eingebürgert hat, welche das Leben in den Betrieben oft mehr bestimmt als das im Detail unbekannt wirkliche Arbeitsrecht. Weitere Beispiele aus dem Kündigungsrecht sind etwa die Sätze: „Solange der Mitarbeiter krank ist, können wir keine Kündigung aussprechen“ oder die Regel „Vor einer verhaltensbedingten Kündigung muss man dreimal abmahnen“, die überhaupt keinen Anhaltspunkt im Gesetz finden.

Besonders bei Betriebsräten verbreitet ist der durch Zweckoptimismus und eine unglückliche Gesetzesformulierung vielleicht zu erklärende Irrtum, nach einem Verkauf des Betriebs wäre der Betriebserwerber gezwungen, die bisherigen Arbeitsbedingungen für die übernommenen Arbeitnehmer ein Jahr beizubehalten. Hartnäckig halten sich auch die Gerüchte, Aushilfen und geringfügig beschäftigte Ar-

beitnehmer hätten keinen Urlaubsanspruch, leitende Angestellte keinen Kündigungsschutz, der Betriebsrat müsse einer Kündigung zustimmen oder man habe einen jährlichen Anspruch auf Lohnerrhöhung.

Insgesamt belegen diese Beispiele eine zunehmende innere Verabschiedung der Praxis vom geschriebenen Arbeitsrecht. Verstärkt wird diese Entwicklung durch die Internationalisierung der Wirtschaft und die damit einhergehende Beeinflussung der Praxis auch in Deutschland durch ausländische Rechtsordnungen. So ist es heute keine Seltenheit mehr, dass Unternehmen- bzw. Konzerneinheiten für Arbeitnehmer, die in vielen verschiedenen Ländern tätig sind, einheitlich personell geleitet werden. Der Standort Deutschland fällt dann möglicherweise in die Organisation „D-A-CH“ (für Deutschland, Österreich und Schweiz) oder sogar in die Region „EMEA“ als durchaus gebräuchliche Abkürzung für den Bereich „Europe, Middle East and Africa“. Auch wenn die Personalleitung zufällig in Deutschland angesiedelt ist, führt ein solches Konstrukt selbstverständlich dazu, dass versucht wird, die in dieser Einheit zusammengefassten Arbeitnehmer bezüglich der Arbeitsbedingungen so einheitlich wie möglich zu behandeln. Das jeweilige nationale Arbeitsrecht spielt dann nur noch eine Rolle, wenn man mit international nachvollziehbaren Grundsätzen (Gleichbehandlung; Diskriminierungsverbote; übliche Abfindungen bei Kündigungen) nicht weiterkommt und eine Eskalation droht. Grundlage des täglichen Umgangs miteinander ist aber nicht ein hochgradig formalisiertes und verästeltes nationales Arbeitsrechtssystem; die tägliche Zusammenarbeit wird vielmehr durch rechtliche und auch ethische Prinzipien geprägt, die den Beteiligten einleuchten, und zwar grenzüberschreitend.

KONSEQUENZEN

Es gibt also, dies ist jedenfalls meine Beobachtung – neben der in der Öffentlichkeit bereits breit thematisierten Flucht von Unternehmen aus Deutschland und der äußeren Flucht aus dem Arbeitsrecht in freie Mitarbeit und Leiharbeit – auch eine starke Tendenz zur inneren Verabschiedung vom Arbeitsrecht. Das Arbeitsrecht hat als „Spielregeln“ zunehmend ausgedient. Die arbeitsrechtlichen Spielregeln sind so kompliziert geworden, dass sie das Spiel nur stören und keiner sie mehr versteht. An ihre Stelle treten eigene, verständliche Regeln: Anstelle von Betriebsräten werden „betriebliche Interessenvertretungen“ errichtet; wo Betriebsräte existieren, wird eine „offene Kommunikation“ anstelle von starren Mitbestimmungsrechten vereinbart; an die Stelle von Flächentarifverträgen treten „betriebliche Bündnisse für Arbeit“; die undurchschaubaren Risiken einer Kündigung werden von vornherein im Interesse einer Streitvermeidung in über den üblichen Sätzen liegende Abfindungsangebote umgerechnet. Bei alledem wird die Frage, ob ein bestimmtes Vorgehen, das wirtschaftlich als richtig und ethisch als vertretbar empfunden wird, auch arbeitsrechtlich zulässig ist, zunehmend weniger wichtig.

Eine Trendumkehr durch Reformen des staatlichen Arbeitsrechts ist mehr als unrealistisch. Es würde nach meiner Einschätzung eine Vereinfachung des Rechtssystems und eine damit einhergehende Deregulierung in einem Maße verlangen, die von keiner politischen Partei durchgesetzt werden könnte. Diese Feststellung, von deren Unrichtigkeit ich mich gerne überzeugen lasse, muss nicht einmal pessimistisch sein. Vielleicht ist ein lockerer, eher „mediterraner“ Umgang mit dem in die Jahre gekommenen Arbeitsrecht ja auch ein gangbarer Weg aus der Krise, sozusagen als stille Reform von unten.