

Wolfgang Däubler

## I. Eine kleine Bestandsaufnahme

Die heutige Arbeitsrechtswissenschaft ist anwendungsbezogen. Sie legt die vorhandenen Gesetze und richterrechtlichen Grundsätze aus, systematisiert sie und wendet sie auf reale, bisweilen auch auf antizipierte Probleme an. Ihr wichtigster Adressat ist die Arbeitsgerichtsbarkeit. Die großen Kommentare haben den Anspruch, auf jede nicht ganz exotische Frage eine Antwort zu geben. Auch wenn dieser Idealzustand nie erreicht wird – schon die Annäherung an ihn bringt ein hohes Maß an Orientierungssicherheit. Der Anwalt weiß ebenso wie der Betriebsrat oder die Geschäftsleitung, was die Gerichte zum Begriff des »Betriebsteils« oder zur Kontrolle der unternehmerischen Entscheidung beim Personalabbau gesagt haben. Liegen keine Aussagen vor, gibt es mit hinreichender Gewissheit eine »herrschende Meinung«, der im Konfliktfall die Gerichte folgen werden.

Wer sind die Akteure dieser gemeinsamen Anstrengung? Natürlich nehmen die Professoren einen prominenten Platz ein, ist es doch ihre Funktion, den Stand der Erkenntnis zu bereichern, auch wenn es sich nur um kleine Partikelchen handeln sollte. Noch wichtiger sind aber einige Bundesrichter, weil sie nicht weniger einfallsreich sind, aber den zusätzlichen Vorteil haben, dass ihre Position mit sehr viel höherer Wahrscheinlichkeit die Zustimmung des zuständigen Senats finden wird. Der »KR« ist nicht die Bibel, aber die halbe Miete ist es schon, wenn man sich als Anwalt auf eine eindeutige Aussage in diesem Kommentar stützen kann. Daneben findet man Ministerialbeamte, Rechtsanwälte, Verbandsvertreter unter den Beteiligten, manchmal auch einen versprengten Referendar oder einen strebsamen Assistenten.

Die »Zunft« ist keine geschlossene Gesellschaft im formellen Sinn. Auch ein »Unbekannter«, der vertretbare Argumente hat, kann sie vorbringen – sofern er eine Zeitschrift findet, die seinen Aufsatz veröffentlicht, oder einen

Verlag, den ihn als Autor oder Mitautor akzeptiert. Aus dem »nobody« kann so ein geachteter Mitstreiter werden. Allerdings sind die Voraussetzungen nicht leicht zu erfüllen. Man braucht nicht nur Intelligenz und ein Gefühl dafür, wie ein Jurist einen Zusammenhang wiedergibt. Man benötigt auch eine Menge Zeit. Da es zu fast jedem Problem schon zahlreiche Stellungnahmen gibt, muss man eine recht aufwendige Recherche starten, bis man wirklich die Umwelt der untersuchten Frage abgegrast und den »Stand der Erkenntnis« ermittelt hat. Wer als Anwalt einen 12-Stunden-Tag hat, wird diese Voraussetzung kaum je erfüllen können. Auf diese Weise bleibt die Gruppe der Schreibenden in gewisser Weise überschaubar.

Von Zeit zu Zeit trifft man sich. Man wird immer nur einen kleinen Teil der Akteure auf derselben Veranstaltung finden, aber wer nie referiert oder sich nie zeigt, wird weniger als andere zur Kenntnis genommen. Man sieht sich beim Juristentag und beim Arbeitsgerichtsverband, bei der Jahrestagung der NZA, in Passau oder im Wiesbadener Seminar, bei der »Nordschiene« oder im »Arbeitskreis Betriebsverfassungsrecht«. Man schreibt an denselben Festschriften mit, bei deren Übergabe man gleichfalls präsent sein sollte. Auch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände haben ihre Diskussionskreise. Bei allen diesen Gelegenheiten kann man lernen, was ein »vertretbares« und ein »nicht mehr vertretbares« Argument ist. Es entsteht eine Art »Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden«, wobei das »billig« im Sinne von »plausibel« und »vernünftig« zu verstehen ist. Man könnte auch von einem »In-group-Bewusstsein« und einem Zugehörigkeitsgefühl sprechen. Die Grenze nach »außen« ist da bisweilen etwas subtil. So ging es bei einem Treffen von Zivilrechtlern, wo die Verhältnisse ähnlich liegen, mal um einen linken Flügelmann im Arbeitsrecht. Kann er dazugehören? Vor Jahrzehnten hatte er über ein Thema im Grenzgebiet von Gesellschaftsrecht und Erbrecht promoviert, was einen der opinion leaders zu der Bemerkung veranlasste: »Wer ein solches Thema bearbeitet hat, ist ein anständiger Mensch« – die weiteren Gespräche verliefen in entspannter Atmosphäre.

Die überschaubare Welt der »scientific community« ist alles andere als ein der Realität entrücktes Kreis, der sich um das theoretisch Interessante, Schöne und Gute bemüht. Die Themen sind in aller Regel praxisbezogen, was freilich nicht immer auf den ersten Blick erkennbar wird. Wenn plötzlich die »Betriebsübung« hohe Aufmerksamkeit erfährt, so hängt dies weniger damit zusammen, dass sie irgendwo in der Grauzone zwischen Vertrauenshaftung, Rechtsgeschäftslehre und Gewohnheitsrecht angesiedelt ist

(was natürlich die Phantasie beflügelt). Vielmehr geht es schlicht um die Frage, dass sie sich als Hindernis erweisen könnte, wenn es um die Einsparung von Personalkosten geht. Hier gilt es einfachere Wege auszuloten, wie man das Überkommene an die Notwendigkeiten der Gegenwart anpasst – um es in der Sprache der »Modernisierer« auszudrücken.

Die »scientific community« (die – wie gesagt – keineswegs nur aus Professoren besteht) ist eine durchaus mit Macht versehene Einrichtung. Ergibt sich in der Literatur oder auf einem der wichtigeren Seminare ein Konsens oder ein Beinahe-Konsens, ist dies für den zuständigen BAG-Senat von gewichtiger Bedeutung. Er definiert seinerseits, was in unserem Lande gilt, er füllt den Rahmen aus, den der Gesetzgeber gelassen hat. Dieser liefert seinerseits nicht selten nur Andeutungen, die in sich nicht einmal widerspruchsfrei sein müssen. Wollte man dieselben Transparenzerfordernisse, die man im AGB-Recht zugrunde legt, auf den Gesetzgeber anwenden, würde sich in vielen Gebieten ein eklatanter Normenmangel einstellen. Dies alles erhöht die Spielräume der Dritten Gewalt. Als Richter ist man vermutlich recht dankbar, plausible Vorschläge zu bekommen, wie man mit dieser Situation umgehen könnte. Auch erhöht es die Akzeptanz, wenn man in einer Entscheidung zahlreiche »Autoritäten« zitieren kann, die dieselbe Position vertreten haben – wobei es besonders erfreulich ist, wenn man darunter auch Exponenten beider Sozialpartner findet.

Die »scientific community« hat ihre Hierarchien und ihre Konflikte. Im wissenschaftlichen Diskurs sind alle gleich, da nur das Argument zählt, doch grenzt es an eine Banalität, wenn man betont, dass einige noch gleicher sind. Welche Faktoren hier letztlich maßgebend sind, lässt sich schwer bestimmen. Ein Institut mit vielen qualifizierten Assistenten, die die Meinung des Meisters verbreiten, ist sicher nützlich, auch die Produktivität des Meisters selbst hat Gewicht. Ein großer juristischer Verlag stellt beim Kontakt mit neuen Autoren erst mal durch eine simple Juris-Abfrage fest, wie oft ihr Name in Urteilen auftaucht; die Bücher des viel Genannten werden sich ersichtlich besser verkaufen. Wichtig ist also auch die »Trefferzahl« bei den Gerichten. Ein weiterer Aspekt ist die Fähigkeit zu »Innovation mit Maß«; man sollte für eine neue Idee gut sein, aber man muss dabei den Rahmen wahren, der durch das Wörtchen »vertretbar« nur sehr unspezifisch bezeichnet ist. Schließlich gibt es das Moment der »wohl erworbenen« Position, die man nur langfristig oder aufgrund besonders großer Dummheiten verlieren kann: Wer im verbreitetsten Kommentar mitschreibt, ist eben »oben«, weil

die Konkurrenz bei Otto Schmidt, Luchterhand und Nomos nicht von heute auf morgen zu einer egalitären Aufteilung des Terrains führen wird.

Konkurrenzsituationen führen leicht zu persönlichen Konflikten. Dies gilt insbesondere für Professoren, die sich oft nicht ausreichend gewürdigt fühlen. Einzelne Akteure sind bisweilen so verfeindet, dass es sich nicht empfiehlt, das Gespräch mit X durch die Erwähnung des Namens von Y zu belasten, dessen »böartige Dummheiten« doch nach Auffassung des X jeder halbwegs intelligente Mensch längst erkannt hat. Wer sich mit den wichtigeren Personen anlegt, kann in Schwierigkeiten geraten. So ist es mehr als eine Marginalie, wenn sich in der Beck-Festschrift eine der bekannteren Figuren des Arbeitsrechts darüber beklagt, vor bald dreißig Jahren eine (so wörtlich) »hundsgemeine« Rezension seines Lehrbuchs durch einen Menschen erhalten zu haben, der »trotzdem« später Richter am BGH geworden sei.<sup>1</sup> Symptomatisch ist weniger die seltene, aber höchst sympathische Offenheit über den eigenen Ärger – das »trotzdem« zeugt von dem Bewusstsein, dass der, der sich so weit vom Konsens entfernt, im Grunde keine Karrierechancen mehr haben sollte, wenn alles mit rechten Dingen zugeht.

Natürlich gibt es auch inhaltliche Konflikte. Es gibt Autoren, die mehr zur Arbeitgeberseite, und solche, die mehr zur Arbeitnehmerseite neigen. Die erste Gruppe ist nicht nur unter Anwälten die bei weitem stärkere. Dies mag mit der Art der Juristenausbildung, aber auch damit zusammenhängen, dass hier eben die interessanteren Mandanten zu finden sind. Ein Gutachten- oder Beratungsauftrag von Siemens oder BASF ist nun mal lukrativer als die Vertretung eines gekündigten Angestellten oder eines Betriebsrats. Honorare haben Anregungsfunktion und steigern das Engagement – nicht anders als die Sondervergütung, die mit der »Übererfüllung« einer Zielvereinbarung verbunden ist. Allzu sehr sollte man diesen Punkt aber nicht betonen.<sup>2</sup> Außerdem gibt es unter den Arbeitgeberfreunden insbesondere im Hochschulbereich Anhänger der sozialen Marktwirtschaft, die die Stabilität gefährdet sehen, wenn man das Soziale allzu sehr zurückfährt. Sie verteidigen deshalb ggf. den Kündigungsschutz und die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats; das Erfolgsmodell des rheinischen Kapitalismus sollte nach ihrer Auffassung erhalten bleiben. Dies schafft eine gewisse Pluralisierung

- 1 Zöllner, in: Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert. Mit Beiträgen zur Entwicklung des Verlages C. H. Beck, München 2007, S. 646.
- 2 Insbesondere nicht darüber schreiben, denn dies könnte ja die ganze Zunft als »geldgierig« erscheinen lassen und so in Verruf bringen.

der Diskussion, die sich nicht mehr in das traditionelle Schema einordnen lässt. Autoren, die am liebsten das ganze Arbeitsrecht abschaffen und durch den reinen Wettbewerb ersetzen wollen, geraten eher in eine Außenseiterposition, selbst wenn sie ein gut ausgestattetes Institut im Hintergrund haben und bei Bedarf nicht nur als Rambo auftreten, sondern auch kommunikative Fähigkeiten entwickeln können.

## II. Die Auslassungen

Die bisherige Darstellung vermittelt den Eindruck vielleicht nicht einer heißen, aber durch einer relativ gut funktionierenden Welt. Das höchst komplexe Arbeitsrecht wird bis in die letzten Einzelheiten hinein ausgeleuchtet und den Betroffenen eine Handreichung gegeben, auf die sie sich in aller Regel verlassen können. Das ist die eine Seite der Medaille. Die andere besteht darin, dass man die »Außenwelt«, das Geschehen jenseits von Kündigungsschutz und einstweiliger Verfügung kaum zur Kenntnis nimmt, obwohl sie jeden Tag in das eigene Arbeitsfeld hineinwirkt.

Zur Außenwelt gehören einmal alle die Menschen, die zwar mit dem Arbeitsrecht zu tun haben, zumindest von ihm betroffen sind, die aber nicht wirklich mitreden können. Dies hängt schon mit der Fachsprache zusammen, die sie im günstigsten Fall verstehen, die sie aber nicht aktiv benutzen können. Nun ließe sich zwar fast jeder Zusammenhang auch in Alltagssprache zum Ausdruck bringen, doch ist dies nun mal nicht üblich: Wer in der Überschrift das Wort »Leistungsstörungen« durch »Wenn was schief läuft« ersetzen würde, könnte zwar in der Bevölkerung interessierte Leser finden, wissenschaftlich ernst nehmen würde man ihn auch dann nicht, wenn er durchaus Neues zu sagen hätte. Es gibt keine »offene Gesellschaft der Arbeitsrechtsinterpreten« in Analogie zu Häberles »offener Gesellschaft der Verfassungsinterpreten«<sup>3</sup>. Für die Juristen selbst hat die Existenz der Fachsprache durchaus ambivalenten Charakter: Einerseits dient sie der besseren Verständigung, auf der anderen Seite ist sie nuancenärmer als die Alltagssprache, viel hölzerner und unästhetischer. Die Soziolinguisten könnten vom »restringierten Code« der Rechtswissenschaft sprechen. Nicht wenige unter den Juristen entwickeln von Zeit zu Zeit Fluchtreflexe und schreiben

3 Häberle JZ 1975, 297.

Kolumnen oder gar Romane, die ihnen manchmal mehr öffentliche Anerkennung einbringen als ihr eigentliches Handwerk.

Die Tatsache, dass man unter sich bleibt, obwohl man selbst durchaus »doppsprachig« ist, verhindert bisweilen schon den Blick in benachbarte Rechtsgebiete. Dies gilt selbst für das Zivilrecht, das bewusst oder unbewusst mit dem identifiziert wurde, was sich bis in die fünfziger Jahre des letzten Jahrhunderts hinein entwickelt hatte. Umso größer war die Überraschung, als der Gesetzgeber die AGB-Kontrolle ins Arbeitsrecht hereinholte und man feststellen musste, dass die BGH-Rechtsprechung bei einer Übernahme eins-zu-eins eine enorme Verstärkung des Arbeitnehmerschutzes gebracht hätte; die »im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten« (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB) erwiesen sich als Rettungsanker, der das Arbeitsrecht vor zu viel (heutiger) Zivilistik bewahrte.<sup>4</sup> Andere Felder sind etwa das Organisationsverschulden, das im Deliktsrecht eine große, im Arbeitsrecht fast keine Rolle spielt, und die Voraussetzungen, unter denen man vertragsähnliche Beziehungen annimmt: Wenn § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB von »ähnlichen geschäftlichen Kontakten« wie der Vertragsanbahnung spricht, bei denen man eigene Rechtsgüter einem andern anvertraut, und hier Schutzpflichten zur Entstehung kommen lässt, so ließe sich das unschwer z. B. auf das Verhältnis von Leiharbeiter und Entleiher übertragen, doch findet man dazu in der Literatur nur wenig Ansätze. Auch die Vorstellung, die ordentlichen Gerichte würden arbeitgeberfreundlicher entscheiden, die unausgesprochen den Forderungen mancher Leute nach einer Einheitsgerichtsbarkeit zugrunde liegt, dürften mehr auf einem Vorurteil beruhen.

Ist schon das Zivilrecht bisweilen eine etwas fremde Welt, gilt dies noch viel mehr für Normen, die außerhalb der deutschen Grenzen angesiedelt ist. Mit dem EG-Recht muss man sich nolens volens auseinandersetzen und tut dies auch in wachsendem Maße. Ein Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts – von drei sehr klugen und sachkundigen Autoren geschrieben – umfasst knapp 1300 Seiten; allerdings findet man kaum ein Zitat aus der ausländischen Literatur, die doch mit denselben Sachproblemen konfrontiert ist und dabei die eine oder andere intelligente Einsicht hervorbringt, die für den deutschen Leser von Interesse sein könnte. Der Stil der EuGH-Urteile ist in seiner Mischung aus Langatmigkeit und Apodiktik gewöhnungsbedürftig, aber wir können es uns nicht leisten, über derlei Produkte nur die Nase zu rümpfen. Auch unqualifiziert begründete Urteile sind grundsätzlich verbind-

4 Paradigmatisch Hanau, FS Konzen, Köln 2006, S. 249 ff.

lich; den Gehorsam aufzukündigen, ist erst in allerjüngster Zeit von Scharpf ins Gespräch gebracht worden.<sup>5</sup>

Aufsätze über ausländisches Arbeitsrecht existieren in nicht geringer Zahl. Macht man sich ernsthaft ans Suchen, so findet man z. B. zum Kündigungsschutz vieler Staaten sogar Monographien, die eine gute Orientierung ermöglichen.<sup>6</sup> Auch gibt es mittlerweile eine Gesamtdarstellung des Arbeitsrechts der anderen EG-Mitgliedstaaten auf neuestem Stand.<sup>7</sup> Nur: Die Bereitschaft, sich in der deutschen Diskussion darauf einzulassen, ist wenig ausgeprägt. Selbst in den Fußnoten wird man kaum je einen Hinweis finden. Ausländische Regelungen oder ausländische Erfahrungen sind irgendwie Realitäten zweiter Klasse: Man kann die Validität nicht überprüfen, der Kontext ist doch ein ganz anderer, die Gewerkschaften sind weniger einsichtig, das Recht wird überhaupt nicht ernst genommen, usw. Das mag alles stimmen, aber ist es nicht vielleicht noch wichtiger, dass man die Relativierung der eigenen Lösungen scheut? Soll man wirklich darüber diskutieren, dass in den Niederlanden jede Arbeitgeberkündigung der staatlichen Genehmigung bedarf? Oder wie hoch die Abfindungen in Italien sind? In der Literatur ist deshalb von der »Provinzialität« der deutschen Rechtskultur die Rede gewesen.<sup>8</sup> Soweit Unternehmen in einem Land investiert sind oder Entsprechendes vorhaben, werden Experten aus weltweit tätigen Anwaltskanzleien (oder sagt man besser: industrial law firms?) herangezogen, die zugleich das nötige Praxiswissen vermitteln.<sup>9</sup>

Die Beschränkung auf den nationalen Bereich schließt es nicht aus, dass man die wirtschaftlichen Auswirkungen der Globalisierung zur Kenntnis nimmt, soweit sie hierzulande zu spüren sind. Sie dienen als allfällige Begründung dafür, dass man die Lohnkosten am Standort Deutschland senken und arbeitsrechtliche Schutzmechanismen abbauen muss. Nur in dieser einen Dimension ist man offen. Dass es woanders Regelungen gibt, die den

- 5 Scharpf im Interview mit »Mitbestimmung« Heft 7+8/2008 S. 18 ff. Er empfiehlt, gleichzeitig eine Aufforderung an den Ministerrat zu richten, die EuGH-Entscheidung zu bestätigen oder zu verwerfen. In der Realität wird eher das BVerfG zum Ergebnis kommen, der EuGH habe sich ultra vires bewegt und seine Entscheidungen seien deshalb von vorne herein unverbindlich.
- 6 Überblick bei Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl., Frankfurt/Main 2008, Einl. Rn 929 – 948.
- 7 Henssler/Braun (Hrsg.), Arbeitsrecht in Europa, 2. Aufl., Köln 2007.
- 8 Weiss, FS D. Simon, Baden-Baden 2005, S. 579 ff.
- 9 S. als Beispiel das vom Management Circle Eschborn für Dezember 2008 und Januar 2009 angebotene Intensiv-Seminar »Arbeitsrecht China«.

Wegzug von Unternehmen durch wirtschaftliche Nachteile erschweren, gehört dann wieder zu den Realitäten zweiter Klasse – man kann sie erwähnen, auch eingehend darstellen (natürlich, denn wir sind ein freies Land)<sup>10</sup>, aber es wird sich so gut wie niemand darauf beziehen.

Es verwundert nicht, dass es unter den gegebenen Umständen keine wirkliche Diskussion über die Zukunft des Arbeitsrechts gibt. Natürlich existieren zu diesem Thema einige Aufsätze – nicht zuletzt auch von unserem Jubilar.<sup>11</sup> Aber oft nehmen sich die paar einsamen Rufer in der Wüste nicht einmal gegenseitig zur Kenntnis. Weder die Universitäten noch die Richterschaft wird von den Argumenten erreicht. Gewerkschaftstage haben viele Beschlüsse zu Verbesserungen im Arbeitsrecht gefasst; sie aufzufinden, war bei der Vorbereitung eines Diskussionsentwurfs für ein Arbeitsvertragsgesetz eine schwer zu bewältigende Aufgabe. Rechtspolitik hat seit 30 Jahren nirgends mehr Konjunktur, wenn es um eine Verbesserung und nicht um einen Abbau von Arbeitnehmerrechten geht.

### III. Das »weltmännische« Arbeitsrecht als Alternative?

Ein kleiner Kreis von Wissenschaftlern interessiert sich für das Geschehen außerhalb der deutschen Grenzen. Wer sich ihm anschließen (und nicht nur eine Zuschauerrolle spielen) will, sollte Fremdsprachen in Wort und Schrift beherrschen, insbesondere Englisch. Auch darf er keine Flugangst haben. Die »frequent traveller«-Karte kennzeichnet den Einsteiger, der Arrivierte verkehrt in der »Senator Lounge«.

Man trifft sich in unregelmäßigen Abständen bei bestimmten Gelegenheiten. Da gibt es alle drei Jahre einen Weltkongress, den die Internationale Gesellschaft für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit veranstaltet, dazwischen Regionalkongresse in Europa, aber auch in anderen Teilen der Welt. Angesichts umsichtig ausgewählter Tagungsorte und guter Reisebedingungen findet man dort bis zu 30 deutsche Teilnehmer, die bei der Eröffnungsfeier am ersten Tag auch anwesend sind. Wichtiger, weil ausschließlich von Fachleuten besucht, sind Tagungen und Seminare zu bestimmten Sachthemen. In Deutschland übernimmt diese Rolle die Gesell-

10 Schuster, Betriebsbedingte Kündigung in Deutschland und Frankreich. Übereinstimmungen und Unterschiede, Baden-Baden 2008, insbes. S. 197 ff.

11 Blanke, KJ 2004, 1 ff.

schaft für Rechtsvergleichung, das Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der EG in Trier und einzelne Hochschulinstitute, die über die nötige Infrastruktur verfügen. Bisweilen verirrt sich ein ausländischer Arbeitsrechtler auch an das Max-Planck-Institut in Hamburg oder sein sozialrechtliches Pendant in München, die aber beide kein Arbeitsrecht auf dem Programm haben. Auch Regierungsinstanzen und – beschränkt auf Europa-Themen – das BAG treten als Veranstalter in Erscheinung. Im Ausland sind die Verhältnisse ähnlich, wobei insbesondere in Italien und Spanien die Unterstützung durch irgendeine »fondazione« bzw. »fundación« meist von ausschlaggebender Bedeutung ist. Auch das Europäische Hochschulinstitut in Florenz ist nicht zu vergessen. Am sparsamsten geht man mit Kongressmitteln in Großbritannien um, dafür ist in den USA ungleich mehr Geld verfügbar.

Die Diskussionen, die man auf solchen Kongressen und Seminaren führt, haben ihre Eigenheiten. Das Deutsche ist zwar immer noch Amtssprache bei der Internationalen Gesellschaft für das Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit, aber eine selten benutzte. Wer den Dolmetschern einmal zugehört hat, weiß, dass man mit schlechtem Englisch oder Französisch immer noch mehr rüberbringt. Auf anderen Veranstaltungen hat das Deutsche einen vergleichbar exotischen Charakter wie das Finnische. Dies ist mit einem strukturellen Nachteil verbunden. Auch wenn man die fremde Sprache gut beherrscht, wird man nicht in gleicher Weise nuancieren können wie dies ein »native speaker« tut. Erst recht ist man in Kontroversen hoffnungslos unterlegen; wer kann schon in einer fremden Sprache subtile Unverschämtheiten adäquat zurückgeben?

Vom Gegenstand her ist die Wissenschaft wenig anwendungsbezogen. Man erörtert stattdessen lieber Theoriefragen mittlerer Reichweite, die man von der Industrial-Relations-Forschung übernommen hat. Das hat verschiedene Vorzüge. Man kann auf diese Weise auch solche nationalen Wissenschaftskulturen integrieren, die sich nicht so sehr für die Realität (nicht einmal für die eigene) interessieren, sondern die sich eher dem Spekulieren oder dem Dreschen von leerem Stroh hingeben. Auch muss man nicht unbedingt Farbe bekennen, sondern kann im Unverbindlichen bleiben. Andeutungsweise sind an sich alle progressiv: Natürlich ist man für den Fortschritt allerorten und lehnt auch jede Form von Diskriminierung ab. Mit leuchtenden Augen fordert man die »corporate social responsibility« ein. Nur: Wenn's um die Sanktionen geht, die gegen ein unverantwortlich handelndes Unternehmen

verhängt werden könnten, ist man eher einfalllos. Das ist eine Frage der Praxis, der Behörden, der ILO – jedenfalls die Zuständigkeit anderer Leute. Hierfür gibt es auch eine gut klingende Begründung. Ohne Kenntnis der historischen, sozialen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen lassen sich keine sinnvollen Aussagen über eine Arbeitsrechtsordnung machen. Dafür kann man sich auf Otto Kahn-Freund berufen,<sup>12</sup> und seine Autorität anzuzweifeln wäre so etwas wie ein wissenschaftlicher Selbstmord.

Dieser Diskussionsrahmen ist selbstredend nicht rechtsverbindlich und niemand bekommt eine Rüge, wenn er ihn verlässt. Bei einem Weltkongress hatte ein bekannter mexikanischer Wissenschaftler über die Gleichberechtigung von Mann und Frau in seinem Land referiert – klar und übersichtlich, aber ohne jede Bezugnahme auf die Implementationsproblematik. Eine mexikanische Kollegin fand dies höchst einseitig und nahm ihn vor versammelter Mannschaft auseinander, indem sie ihn mit der mexikanischen Realität konfrontierte. Gut, das passiert, aber die nächsten Beiträge waren dann wieder von gewohnter Unverbindlichkeit – die Hunde bellen, die Karawane zieht weiter.

Weniger bedeutsam als Kongresse und Tagungen sind die spezialisierten Zeitschriften, in denen Interessierte Beiträge veröffentlichen können. In Deutschland ist dies insbesondere die ZIAS,<sup>13</sup> zu der 2008 die EuZA<sup>14</sup> hinzugekommen ist. Im englischen Sprachraum dominieren «Comparative Labor Law & Policy Journal» und «The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations», in Frankreich findet man das Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale. Daneben existieren zahlreiche Sammelwerke mit Kongressprotokollen oder den Ergebnissen eines rechtsvergleichenden Forschungsprojekts, das z. B. von der EU-Kommission oder der ILO initiiert und gesponsert wurde.

Die internationale »scientific community« hat eine ähnliche Binnenstruktur wie die nationale. Auch hier hat die Gleichheit ihre Besonderheiten. Einzelne Leute zu zitieren ist ein »Muss«. Bei einer bestimmten Person ist dies schon deshalb unvermeidbar, weil sie als »frequent editor« in so vielen Büchern als Herausgeber in Erscheinung tritt, dass man schon aus Gründen

12 On uses and misuses of comparative law, in: Kahn-Freund, Selected Writings, London 1978, S. 294 ff.

13 Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht, Verlag C. F. Müller.

14 Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht, Verlag C. H. Beck.

korrekter Zitierweise nicht um ihn herum kommt. Andere haben ihre unbestreitbaren Verdienste in der Wissenschaft wie in der Organisation von internationalen Kongressen. Zum »Fußvolk« kann jeder gehören, der daran interessiert ist. Wenn man einen Verlag oder eine wenig aufmerksame Zeitschriftenredaktion findet, kann man Beliebigen veröffentlichen. Will man ernst genommen werden und zu den vielleicht 50 bis 70 »Insidern« zählen, muss man allerdings bestimmte Voraussetzungen erfüllen.

- Man sollte tunlichst aus Westeuropa, den USA oder Japan stammen. Ausnahmsweise finden auch Menschen aus Lateinamerika, Osteuropa und Südafrika Berücksichtigung – der Rest der Welt existiert praktisch nicht.
- Man muss auf Englisch publizieren, was anders als bei Medizinern und Naturwissenschaftlern bei Juristen alles andere als eine Selbstverständlichkeit ist. Übersetzungen sind teuer und häufig qualitativ schlecht, weil kaum jemand die Fachterminologie wirklich beherrscht.
- Man muss Probleme behandeln, die auch die Kollegen interessieren. Ideologiekritik ist »out«, desgleichen Systemtheorie. »Deregulierung« ja, aber ohne jemandem weh zu tun – das wäre ein gutes Thema. Oder: Gleichheitsverstöße als Menschenrechtsverletzung (was den Vorzug hat, dass ja das Niveau, von dem zu Lasten bestimmter Personen abgewichen wird, völlig offen bleibt). Die »Auslassungen« sind dieselben wie im nationalen Bereich.
- Was man schreibt, muss ein bisschen progressiv klingen. Harte und kompromisslose Arbeitgebervertreter findet man selten unter den Akteuren. Sie würden auf emotionalen Widerstand stoßen. Auch kümmern sich die wirklich Mächtigen nicht um Auseinandersetzungen, von denen sie nichts zu befürchten haben. Auch ein mittelbarer Nutzen für Arbeitnehmer und ihre Interessenvertreter, der ja von der Arbeitgeberseite als nachteilig empfunden werden könnte, ist nicht ersichtlich. Die Progressivität ist immer nur eine des Wortes, nie eine der Tat. Verbal ist sie bei vielen Kollegen aus den romanischen Ländern außerordentlich ausgeprägt, doch Renault und Pirelli hätten vermutlich keine Schwierigkeiten, von den meisten von ihnen ein (wohl dotiertes) Rechtsgutachten zu bekommen, das die erwünschten Ergebnisse liefert.
- Man muss sich auf die internationale Sphäre spezialisieren. Da der Tag nur 24 Stunden hat und ein Teil mit Schlaf und anderen unwissenschaftlichen Dingen verbracht wird, ist es auch einem Menschen mit guter Ar-

beitsfähigkeit nicht möglich, gleichzeitig im nationalen wie im internationalen Rahmen wirklich präsent zu sein. Wer sich den Mühen der Ebene des Kommentar-Schreibens unterzieht, kann eben nicht auch noch im Projekt »Tarifverhandlungen in 27 EU-Ländern mit Ausblick auf die USA und Kanada« den Generalberichtersteller machen oder dem Euro-parat als Sachverständiger dienen. Die scherzhafte Frage: »Wer hat den Kollegen W. zuletzt im Inland gesehen?« bringt es ganz gut auf den Punkt: Der fragliche Kollege war in der Tat allen, die ihn in den letzten drei Jahren gesehen hatten, irgendwo in Übersee über den Weg gelaufen. Dort lässt sich aber nur schwer nachverfolgen, was zu Hause im Arbeitsrecht passiert ist.

Die zuletzt genannte Restriktion ist wahrscheinlich der entscheidende Grund dafür, dass beide Ebenen des wissenschaftlichen Austauschs ziemlich unverbunden nebeneinander stehen. Es fehlt an der nötigen Rückkoppelung. Die Unverbindlichkeit vieler Diskussionen bleibt unhinterfragt, weil es ja niemanden gibt, der den Beteiligten den Spiegel vorhalten würde. Auch gute und innovative Erkenntnisse werden unter diesen Umständen nicht weitergetragen. Man mag dies – gewiss ein nur beschränkt aussagekräftiges Indiz – daran ablesen, dass die Protokolle der Internationalen Kongresse in kaum einer Universitätsbibliothek zu finden sind, und dasselbe für die von Blanpain herausgegebene »International Encyclopedia« des Arbeitsrechts gilt. Wenn ich mich einmal für eine Dummheit entschuldigen müsste – ich täte es in einem rechtsvergleichenden Opus über »Dezentralisierung von Lohnverhandlungen und Mesokorporatismus«: Ich hätte mich entschuldigt, aber niemand würde davon etwas bemerken.

## IV. Perspektiven

### 1. Kommentare in anderen Ländern?

Trotz aller Defizite und Auslassungen hat die deutsche Rechtswissenschaft ihre Vorzüge. Die Anwendungsorientierung bringt einen umfassenden Praxisbezug, die Nützlichkeit des eigenen Tuns ist schwer bestreitbar. Im internationalen Bereich fehlt diese Dimension, aber gleichzeitig gibt es dieselben Restriktionen, dieselbe herrschaftsbezogene Diskurskultur. Die Entschei-

dung, wo man sich einbringt, fällt unter diesen Umständen nicht schwer. Wie kann es weitergehen?

Nach meiner Einschätzung könnte die Anwendungsorientierung der deutschen Rechtswissenschaft durchaus zum »Exportschlager« werden. Ein französischer, englischer oder US-amerikanischer Anwalt wäre nicht weniger froh als ein deutscher, wenn er den neuesten Stand der Rechtsprechung und der wissenschaftlichen Diskussion gut aufbereitet in einem dicken Buch oder einer Datenbank finden könnte. Die deutsche Rechtsdogmatik schafft aufs Ganze gesehen einen zusätzlichen Gebrauchswert; die Arbeit mit dem Recht wird erleichtert. Dies könnte gerade auch für Länder gelten, in denen dem Richterrecht eine noch größere Rolle zukommt als bei uns.

Nun sind nicht notwendig neue Erkenntnisse damit verbunden, dass wir mit deutscher Gründlichkeit das englische oder das brasilianische Arbeitsrecht kommentieren. Die Exportmöglichkeit mag die Verlage freuen und jungen Wissenschaftlern mit guten Sprachkenntnissen Arbeitsmöglichkeiten eröffnen. Das Recht wird lediglich zu einer verlässlicheren Größe, was allen Beteiligten nützt. In manchen Staaten erschwert es auch die Korruption: Nur dort, wo es keine klar vorstrukturierten rechtlichen Vorgaben gibt, liest sich ein bezahltes Urteil genauso wie ein in voller Unabhängigkeit geschriebenes.

## 2. Legal transplant oder Transfer von Ideen?

Der Rechtsvergleichung kann in der globalisierten Welt eine wachsende Bedeutung zukommen, wenn man sie richtig betreibt. Für nicht wenige ist sie ein Mittel, Institutionen von einem Land in ein anderes zu übertragen. Wir importieren die job rotation aus Dänemark,<sup>15</sup> Südafrika übernimmt die deutschen Betriebsräte.<sup>16</sup> In der Tat gibt es südafrikanische Vorschriften, die eine geradezu lächerliche Ähnlichkeit mit einzelnen Bestimmungen des BetrVG haben. Nur: das kann im Einzelfall funktionieren, in der Regel wird es unerwünschte Nebeneffekte hervorrufen oder scheitern.<sup>17</sup> Der »legal transplant« sollte nicht das Ziel sein.

15 §§ 229 ff. SGB III. Geht ein Beschäftigter für einige Zeit in eine Weiterbildungsmaßnahme und wird an seiner Stelle (vorübergehend) ein Arbeitsloser eingestellt, so werden dessen Lohnkosten weitgehend von der öffentlichen Hand übernommen.

16 Labour Relations Act von 1995. Dazu Lunk NZA 1996, 1311 ff.

17 Zu Schwierigkeiten in Südafrika s. Olivier, in: Höland u.a., Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt, Liber Amicorum Manfred Weiss, Berlin 2005, S. 451 ff. Die job rotation ist in Deutschland ohne praktische Bedeutung geblieben.

Länder, die ihr Recht reformieren wollen, haben in der Regel nicht die Absicht, fremdes Recht oder fremde Rechtsinstitute in toto zu übernehmen. Dies mag bei Materien wie dem Handels- und Gesellschaftsrecht anders sein – das Arbeitsrecht ist so eng mit nationalen Traditionen verbunden, dass das nicht funktionieren kann. Im alten Jugoslawien war es z. B. üblich, dass der Arbeitgeber auch bei Normalschicht auf seine Kosten für das Mittagessen sorgte; die Vorstellung, dass das anders sein könnte, wurde bei den Vorarbeiten zum slowenischen Arbeitsverhältnissesgesetz als »absurd« vom Tisch gewischt. Genauso verhielt es sich mit der Einbeziehung der Pausen in die Arbeitszeit. Wollte man in Deutschland den Kündigungsschutz für Betriebsräte aufweichen, würde man vergleichbare Irritationen provozieren.

Entscheidungssträger in anderen Ländern wollen nicht, dass man für sie fremde Einrichtungen in leuchtenden Farben malt. Was sie wollen, sind Argumente, weshalb eine bestimmte Regelung sinnvoll und vernünftig ist und warum sie in einem bestimmten Kontext funktioniert. Bei uns ist es nicht anders: Wenn wir von andern lernen wollen, befragen wir die fremden Experten nicht nur über Rechtsnormen (die man auch nachlesen könnte), sondern über deren praktisches Funktionieren und die dafür maßgebenden Gründe. Hier liegen die eigentlichen Chancen für eine folgenreiche Rechtsvergleichung: Es geht um den Transfer von Ideen und Erfahrungen von einem Land in ein anderes, um ein »Weiterdenken« zusammen mit Menschen, die in einem andern Land aufgewachsen sind und die seine Tradition und seine Weltsicht kennen.

Das ist zunächst eine recht abstrakte Konzeption, deren Realisierung einige Probleme aufwirft.

Nicht überall gibt es dieselbe Form von wissenschaftlichem Diskurs wie in Deutschland. Die Professoren sind in vielen Ländern nichts anderes als Rechtsanwälte im Nebenerwerb: Die Hochschule ist attraktiv wegen des Titels und des damit verbundenen Sozialprestiges, aber der Schwerpunkt der Tätigkeit und des Verdienens liegt in der Kanzlei. Für wissenschaftliche Analysen fehlen die Zeit, bisweilen auch das Interesse und die Fähigkeiten. Selbst wenn die Verhältnisse anders liegen und durchaus der Wille zu Forschungsarbeiten besteht: Der Einfluss auf die Rechtsprechung oder auf politische Instanzen, den es bei uns durchaus gibt, ist dort keineswegs vorhanden. In China ist der Oberste Gerichtshof von der Wissenschaft weitgehend abgeschottet;<sup>18</sup> Ähnliches wird aus Japan berichtet. In manchen Ländern ist

18 Dazu und zur »Konstitutionalisierung« des Richterrechts s. Däubler/Wang RdA 2008, 141 ff.

die Arbeitsaufsicht der eigentliche »Herr« des Arbeitsrechts: Der Arbeitsinspektor, der die Einhaltung des gesamten Arbeitsrechts überwacht, definiert im Wege von sofort vollziehbaren Verwaltungsakten den Inhalt der arbeitsrechtlichen Normen, was nur in einem lange Jahre dauernden Gerichtsprozess überprüfbar ist und so gut wie nie korrigiert wird. Dass er vorher einige Rechtswissenschaftler fragt, ist eher unwahrscheinlich, zumal sie sich bisweilen dieses Mechanismus selbst nicht bewusst sind. Der Austausch von Ideen kann also nicht einfach »von Kollege zu Kollege« erfolgen; wer wirklich was rüberbringen will, muss mit den realen Entscheidungsträgern und ihren Beratern sprechen.

Ein zweites Problem ist die unterschiedliche Art und Weise, wie man miteinander umgeht und wie man bestimmte Vorstellungen präsentiert. Die deutschen Juristen haben zwar im Ausland einen guten Ruf, was nicht zuletzt an der umfangreichen Beratungstätigkeit in den Nachfolgestaaten der Sowjetunion und in der Volksrepublik China deutlich wird. Der Vertrauensvorsprung kann aber schnell verspielt sein, wenn man dem Stereotyp des deutschen Besserwissers allzu nahe kommt. Belehrungen sind überall auf der Welt unbeliebt. Sollte dies bei einem Gegenüber, der in einer relativ autoritären Gesellschaft eine wichtige Stellung hat, wirklich anders sein?

Schließlich gibt es das Phänomen, dass der ausländische Partner im Grunde nur an symbolischem Recht interessiert ist. Es geht um einen Arbeitskodex, von dem der kluge Minister von vorne herein weiß, dass er in der Realität bedeutungslos sein wird. Man will nur ein schönes Dokument, um besser an Kredite der Weltbank und des Internationalen Währungsfonds heranzukommen.<sup>19</sup> Man garantiert Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Streik, aber sollte sich beispielsweise wirklich eine staatsunabhängige Gewerkschaft bilden, gäbe es zahllose Mittel, um auf freundliche oder robustere Weise die Abweichler zur Raison zu bringen. Man gewährt Kündigungsschutz, aber sollte sich wirklich jemand darauf berufen, müsste man halt das Leben des Richters ein wenig verschönern oder – wenn auch das nicht hilft – einen Schlägertrupp mobilisieren, der dann das Verfahren gegenstandslos macht. Ob man unter solchen Umständen seine Zeit mit der Redigierung eines Gesetzestextes verbringt und an der Maskerade mitwirkt (und vielleicht gar noch einen Dr. h. c. mitnimmt), ist eine persönliche Gewissensfrage, die jeder für sich entscheiden muss.

19 Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, Oxford u.a. 2005.

Den Transfer von Ideen darf man sich nicht nur in einer Richtung vorstellen. Auch das deutsche Recht verlangt nach neuen Impulsen und ist alles andere als der Höhepunkt der Arbeitsrechtsgeschichte. Wir können uns Anregungen holen z. B. aus dem US-Antidiskriminierungsrecht, wo die Frage eine wichtige Rolle spielt, ob es nicht eine (schwer zu rechtfertigende) mittelbare Diskriminierung darstellt, wenn ein Filialbetrieb gerade solche Niederlassungen dicht macht, in denen besonders viele ältere Arbeitnehmer beschäftigt sind.<sup>20</sup> Die Bereitschaft, Derartiges zur Kenntnis zu nehmen, ist relativ gering. So haben zwei (der rund zehn) Kommentare zum AGG bewusst den Versuch unternommen, die in andern EG-Mitgliedstaaten veröffentlichten Aufsätze und Entscheidungen mitzuverarbeiten und so auch auf Probleme hinzuweisen, die bei uns noch gar nicht wahrgenommen werden.<sup>21</sup> Dass dies in der später veröffentlichten Literatur oder gar in der Rechtsprechung aufgegriffen worden wäre, ist nicht ersichtlich. Sich auf ein irisches Gericht oder die Cour de Cassation zu berufen oder den Aufsatz eines Autors zu zitieren, den man nicht einmal im Original nachlesen kann, ist wie ein Sprung ins kalte Wasser. Dennoch: Die nationalen Arbeitsrechtsordnungen haben so viele unterschiedliche Rechtsinstitute ausgebildet und so viele Probleme auf unterschiedlichen Wegen angegangen, dass sich hier allemal Anregungen holen lassen. Man muss nur zugreifen und die traditionellen Scheuklappen etwas lockern.

### 3. Ein internationales Netzwerk?

Wer sich als Arbeitsrechtler an Arbeitnehmerinteressen orientiert, kann angesichts global handelnder Unternehmen wichtige Aufgaben erfüllen. Der Transfer von Ideen und Erfahrungen kann im Rahmen grenzüberschreitender Netzwerke sehr viel leichter erfolgen als über die Dienstwege einer internationalen Gewerkschaftsorganisation. Unterstellt, man verhandelt bei Fiat in Turin über ein neues System der Gruppenarbeit, wobei sich die Geschäftsleitung auf das Vorbild von VW in Wolfsburg beruft. Die Arbeitnehmerseite möchte wissen, wie dieses wirklich beschaffen ist und wie es in der Realität wirkt. Wenn man keine schon funktionierenden direkten Kontakte hat, ist

20 Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, München 2007, Rn 314.

21 Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, Berlin 2007; Däubler/Bertzach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2008.

die Klärung schwierig. Der Weg über den Europäischen Metallgewerkschaftsbund ist langwierig; wenn man Pech hat, bleibt die Sache irgendwo liegen, weil jemand in Urlaub ist oder die Aktenführung zu wünschen übrig lässt. Über die »Wissenschaftsschiene« lässt sich der Kontakt binnen weniger Tage herstellen. Der italienische schickt seinem deutschen Kollegen eine E-Mail und schildert das Problem, der deutsche weiß selbst Bescheid oder kennt jemanden, der bei VW Auskunft geben kann.

Vor kurzem ist ein Buch über den Streik der Euzkadi-Arbeiter in Mexiko erschienen.<sup>22</sup> Die Firma Continental in Hannover produzierte dort Reifen und kam 2002 zu dem Schluss, das Werk zu schließen, obwohl es sehr produktiv arbeitete.

Die (unabhängige) Gewerkschaft und die Belegschaft besetzten den Betrieb, um den Abtransport der Maschinen zu verhindern. Nach drei Monaten Streik fand in Mexico City ein Gespräch statt. Was kann man in Europa tun, um für das Anliegen der mexikanischen Arbeiter zu werben und Conti zu einer Revision seiner Entscheidung zu bringen? Es gibt Fragen, die man leichter beantwortet. Das Streikkomitee hatte einen Kontakt zu einem Abgeordneten im Europa-Parlament, das war alles. Das Gespräch ist in dem Buch nicht erwähnt, weil es vertraulichen Charakter hatte. Aber es kam dabei die Idee zustande, sich doch vielleicht eine Aktie von Conti zu kaufen und die Werksschließung auf der Hauptversammlung zum Thema zu machen. Vergleichbares hatten Betriebsräte von Digital Equipment mit ordentlichem Erfolg bei der Muttergesellschaft in den USA praktiziert. 2003 und 2004 war Euzkadi dann ein wichtiger Diskussionsgegenstand für Aktionäre und Vorstand. Dies war ein entscheidender Schritt zu einer Lösung des Konflikts: Conti verkaufte sein Werk, die Hälfte erwarben die Arbeiter mit ihren Abfindungen, die sie nach mexikanischem Recht zu bekommen hatten. Alle Arbeitsplätze blieben erhalten. Im Jahre 2007 wurden dort 4,5 Mio Reifen produziert; Tendenz steigend.

Man wird über solche Vorgänge weder auf den Dokumentationsseiten von RdA noch in der Tagespresse etwas finden. Dass das erste Gespräch zustande kam, war reiner Zufall. Ob es auch Zufall ist, dass man normalerweise über solche Aktionen nichts erfährt, werden manche bezweifeln. Das würde doch am Ende auch hier Schule machen, können wir das wollen?

22 Mechthild Dortmund (Hrsg.), »Einen Tag länger als Continental«. Der Sieg der Arbeiter von Euzkadi/Mexiko über einen internationalen Konzern, Neustadt 2008.

Wie kommt man zu einem Netzwerk? Man weiß sehr schnell, was man in einem Land von wem zu halten hat. Juristen pflegen ja ihre Meinungen zu veröffentlichen. Für die persönlichen Kontakte sind die internationalen Kongresse und Seminare höchst nützlich. Die interessantesten Gespräche führt man sowieso in den Pausen und beim Mittagessen. Um der Sache willen lässt sich der Rest ganz gut ertragen. Schließlich trifft man sich ja an schönen Orten. Und dies soll niemandem verboten sein.