

## **Folgenabschätzung im Arbeitsrecht - zwischen Schutzprinzip und Effizienzdenken**

### **I. Einleitung**

Der im Thema genannte Gegenstand bedarf der Eingrenzung. Dem Ort der Tagung und den Abreden mit den Veranstaltern entsprechend soll es um die Frage gehen, inwieweit „Folgenabschätzung“ bei der Schaffung und Weiterentwicklung von Richterrecht eine Rolle - vielleicht sogar eine entscheidende Rolle - spielen kann. Dabei wird bewusst ein weiter Begriff von Richterrecht zugrunde gelegt: Es geht um alle höchstrichterlichen Entscheidungen, die nicht eindeutig durch geschriebenes Recht, insbesondere durch Gesetze determiniert sind. Nur wo es mehrere Lösungen gibt, die gleichermaßen vertretbar sind, stellt sich das hier interessierende Problem. „Weit“ ist der Begriff des Richterrechts insoweit, als es nicht allein um die „Fortbildung des Rechts“ geht, die nach § 45 Abs. 4 ArbGG eine der Aufgaben des Großen Senats ist. Als Beispiele für Richterrecht mögen die Grundsätze über die Arbeitnehmerhaftung, die zu § 626 Abs. 1 BGB entwickelten Fallgruppen sowie der aus § 2 Abs. 1 BetrVG hergeleitete Anspruch des Betriebsrats stehen, vom Arbeitgeber die Unterlassung mitbestimmungswidriger Maßnahmen zu verlangen.

Die Existenz von Richterrecht ist heute allgemein anerkannt. Auch wenn es bei uns keine Präjudizien im angloamerikanischen Sinne gibt, hat die höchstrichterliche Rechtsprechung handlungsleitende Funktion: Die geringe Wahrscheinlichkeit, dass ein unteres Gericht anders entscheidet und sich ggf. auch

das BAG eines Besseren oder eines Schlechteren besinnt, wird in der Praxis zu Recht vernachlässigt. Von der Wirkung her stehen die Entscheidungen Gesetzen gleich. Im Bereich der zum 1. Januar 2002 eingeführten AGB-Kontrolle bei Arbeitsverträgen gewinnt man sogar den Eindruck, dass diese in der Praxis erst ernst genommen wird, seit es eine ganze Serie von BAG-Entscheidungen zu diesem Bereich gibt.

Das BAG hat den Quasi-Normcharakter seiner Rechtsprechung mittelbar selbst anerkannt, indem es intertemporale Regeln, „Übergangsvorschriften“ bei einem Wechsel in seiner Judikatur entwickelt hat. Als Beispiel mag die Rechtsprechung zu § 102 Abs. 1 BetrVG stehen, wo nach der ursprünglichen Auffassung des BAG die Daten zur sozialen Auswahl nur auf Verlangen mitgeteilt werden mussten. Als das Gericht im Jahre 1984<sup>1</sup> diese Position aufgab und den Arbeitgeber als automatisch verpflichtet ansah, nützte dies dem betroffenen Arbeitnehmer im konkreten Fall nichts: Der Arbeitgeber habe sich auf die bisherige Rechtsprechung verlassen können, erst in der Zukunft sei nach den neuen Grundsätzen zu verfahren. Im Zusammenhang mit der Europarechtswidrigkeit des § 14 Abs. 3 TzBfG ist in jüngster Zeit – wie ich finde: zu Recht – mit Rücksicht auf die von Anfang an bestehenden Kontroversen auch für das nationale Recht anders entschieden worden.<sup>2</sup> In diesen Rahmen gehört auch die „Ankündigungsrechtsprechung“, wie sie der Vierte Senat jüngst im Zusammenhang mit der Bezugnahmeklausel praktiziert hat.<sup>3</sup> Ähnliches war vor Jahrzehnten mit § 75 Abs. 3 HGB geschehen, der eine unbezahlte Karenz bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus Verschulden des Arbeitnehmers vorsah und der nach entsprechender Ankündigung<sup>4</sup> vom BAG als

---

<sup>1</sup> BAG NZA 1984, 169

<sup>2</sup> BAG DB 2006, 1734

<sup>3</sup> BAG NZA 2006, 202

<sup>4</sup> BAG 26.10.1973, AP Nr. 5 zu § 75 HGB = DB 1974, 582: Die Praxis wurde auf eine „mögliche Abkehr“ von der bisherigen Auffassung hingewiesen.

verfassungswidriges vorkonstitutionelles Recht qualifiziert und nicht mehr angewandt wurde.<sup>5</sup>

## **II. Erzeugung von Richterrecht unter restriktiven Rahmenbedingungen**

Die richterliche Normsetzung weist mindestens vier Besonderheiten auf, die gerade auch im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung sind. Den Gerichten stehen prima facie weder die Erkenntnismöglichkeiten noch alle Handlungsoptionen des parlamentarischen Gesetzgebers zur Verfügung.

### **1. Beschränkter Tatsachenstoff**

Im Urteilsverfahren ist Grundlage für die Entscheidung allein das Vorbringen der Parteien. Tatsachen, die sie nicht in das Verfahren einführen, finden keine Berücksichtigung. Im Beschlussverfahren ist dies zwar etwas anders, doch bestimmen die Beteiligten auch dort durch ihre Anträge den Gegenstand des Verfahrens.

ArbGG und ZPO sind auf Verfahren zugeschnitten, die sich zwischen wenigen Personen oder Akteuren abspielen. Die faktische Erga-Omnes-Wirkung, die insbesondere höchstrichterliche Entscheidungen haben, findet keine Berücksichtigung. Eine Vorschrift wie § 27a BVerfGG, wonach das Bundesverfassungsgericht „sachkundigen Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme geben kann“, existiert nicht.<sup>6</sup> § 144 ZPO in

---

<sup>5</sup> BAG 23.2.1977, AP Nr. 6 zu § 75 HGB, bestätigt durch BAG DB 1986, 127

<sup>6</sup> Bemerkenswert auch § 22 Abs. 5 der Geschäftsordnung des BVerfG in der Fassung vom 07.01.2002, BGBl I S. 1171: „Auf Vorschlag des Berichterstatters oder auf Beschluss des Senats ersucht der Vorsitzende Persönlichkeiten, die auf einem Gebiet über besondere Kenntnisse verfügen, sich zu einer für die Entscheidung erheblichen Frage gutachtlich zu äußern.“

dem Sinne zu interpretieren, man könne auch solche Sachverständige heranziehen, die primär das in Frage stehende Praxisfeld, nicht aber den konkreten Fall kennen, ist bisher nicht anerkannt. Möchte das BAG beispielsweise wissen, ob es auch in Kleinbetrieben üblich ist, vor einer verhaltensbedingten Kündigung im Regelfall eine Abmahnung auszusprechen, so ist es auf eigene plausible Vermutungen oder auf empirische Untersuchungen angewiesen, die mehr oder weniger zufällig eine Aussage auch zu dieser Frage enthalten.

## **2. Begrenzung der „zulässigen“ Argumente**

Das BAG ist wie andere Gerichte gehalten, sich bei der Begründung seiner Entscheidungen bestimmter Argumente zu bedienen. Dies schließt es einer verbreiteten Konvention nach z. B. aus, dezisionistische Elemente, die im Einzelfall unvermeidbar sind, auch als solche kenntlich zu machen. Ob man den „Flexibilitätspuffer“ bei Arbeitszeit und Vergütung mit 25 %, mit 30 %, mit 20 % oder vielleicht nur mit 15 % veranschlagt, ist im Grunde eine Setzung, die man tunlichst nicht als solche bezeichnet.<sup>7</sup> Denkbar ist weiter, dass man bestimmte Unschärfen bewusst in Kauf nimmt, um mit ihrer Hilfe einen erwünschten Erfolg zu erreichen. So ist beispielsweise der Begriff der „mittleren Fahrlässigkeit“ nicht übermäßig konturenscharf, doch kann die damit verbundene Unsicherheit dazu führen, dass sich Beschäftigte um sorgfältiges Arbeiten bemühen: Kommt es dann wirklich zu einem existenzbedrohenden Schadensfall, ist durch Einordnung als „leichte“ Fahrlässigkeit oder durch Schadensteilung immer noch eine menschliche Katastrophe zu vermeiden. Unterstellt, das BAG hätte sich von einer solchen Erwägung leiten lassen: Es hätte sie mit Sicherheit nicht in den Gründen zum Ausdruck gebracht.

---

<sup>7</sup> Vgl. BAG NZA 2005, 465; BAG NZA 2006, 423, 428

Ohne die Einhaltung solcher Regeln würde die Akzeptanz der Entscheidungen leiden. Dies gilt auch für bestimmte nachhaltig bekundete Wertentscheidungen. Eine Aussage „Arbeitskämpfe sind im Allgemeinen unerwünscht, da sie volkswirtschaftliche Schäden mit sich bringen und den im Interesse der Gesamtheit liegenden sozialen Frieden beeinträchtigen“ wurde vor Jahrzehnten geschrieben<sup>8</sup>, würde sich in dieser Form aber heute schwerlich in den Gründen eines Urteils finden.

### **3. Keine gesicherte Möglichkeit zur Korrektur**

Sind richterrechtliche Normen einmal entstanden, ist eine Korrektur bisweilen schwierig. Das Gericht kann sich seine Fälle nicht aussuchen. Soweit unorganisierte Interessen betroffen sind, könnten auch rechtspolitisch engagierte Rechtsanwälte oder Professoren nur schwer ein passendes Verfahren in die Wege leiten. Einen Leiharbeitnehmer zu finden, der sich auf die Unwirksamkeit der einschlägigen Tarife beruft und unter Berufung auf den equal-pay-Grundsatz eine höhere Vergütung einklagt, ist praktisch so gut wie ausgeschlossen. Ausnahmen bestätigen die Regel.<sup>9</sup>

Dieser Umstand legt Zurückhaltung nahe. Natürlich hat der Gesetzgeber jederzeit die Möglichkeit zur Intervention, wenn sich eine Rechtsprechung - etwa angesichts veränderter Umstände - als nicht mehr akzeptabel erweist, doch kann diese Schwelle außerordentlich hoch sein, weil sich im Parlament

---

<sup>8</sup> BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 4R

<sup>9</sup> Paradebeispiel ist die Vererbung des OHG-Anteils an die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Person, die im Falle einer Mehrheit von Erben nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 22, 186 ff.) zunächst eine höchst komplizierte Regelung erfahren hatte, die als erster Schritt für die Anerkennung einer Sondererbfolge gedacht war. Da sich Notare und andere rechtsberatende Berufe aber streng und konsequent an der ersten BGH-Entscheidung orientierten, hatte der zuständige Senat erst nach 20 Jahren die Möglichkeit, den von Anfang an beabsichtigten Schritt vorzunehmen (BGHZ 68, 225 ff.). Vgl. auch R. Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Karlsruhe 1971

niemand um die Frage kümmern will oder eine Regelung mit Konzessionen auf anderen Gebieten erkaufte werden müsste.

#### **4. Besonderheiten des Fallrechts**

Richterrechtliche Normen sind auf unterschiedlicher Abstraktionshöhe angesiedelt. Manche könnten in gleicher Weise in einem Gesetz stehen, wie etwa die Voraussetzungen einer Kündigung wegen Krankheit. Andere betreffen Fallgruppen wie z. B. die „Entwendung geringwertiger Gegenstände“ als wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB.<sup>10</sup> Schließlich gibt es singuläre Konstellationen wie die, dass ein Fernfahrer im Nahen Osten von der Polizei verhaftet wird, gegen Hinterlegung eines Geldbetrags freikommt, dann verständlicherweise das Weite sucht und nach der Rückkehr von seinem Arbeitgeber die verfallene Kautionsersatz erhalten will.<sup>11</sup>

Schon dieses „Mehrebenensystem“ führt dazu, dass sich weitere Interpretationsprobleme ergeben. Soll man als Berater prognostizieren, wie wohl das BAG eine noch nicht unmittelbar behandelte Frage entscheiden wird, kommt man sich bisweilen wie ein Student in einer Digestenexegese vor: Man sucht sich viele Mosaiksteine zusammen, um eine einigermaßen plausible Antwort geben zu können. Dies bedeutet zugleich, dass sich diese Normen dem Bürger nur durch Vermittlung der Juristen erschließen; für den eigentlich Betroffenen sind die Dinge häufig nicht mehr nachvollziehbar. Dies ist als Faktum hinzunehmen und lässt sich nicht mehr rückgängig machen. Allerdings können sich dadurch Implementationsprobleme ergeben; nur bei fairer Vermittlung durch die juristische Profession ist die handlungsleitende Funktion gesichert.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Dazu zusammenfassend Schlachter NZA 2005, 433

<sup>11</sup> BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers = DB 1988, 2516

<sup>12</sup> Vgl. schon Heldrich JuS 1974, 284

### **III. Folgenorientierung als notwendiger Entscheidungsparameter**

#### **1. Unvermeidbare Freiräume**

Die beschriebenen Restriktionen bei der Schaffung von Richterrecht könnten es nahe legen, die Finger von diesem Phänomen zu lassen, sich gewissermaßen in einen positivistischen Elfenbeinturm zurückzuziehen. Doch dies wäre eine Scheinlösung. Richter unterliegen dem Rechtsverweigerungsverbot, und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wacht darüber, dass der Einzelne in angemessener Zeit erfährt, was für ihn im konkreten Fall Rechtens ist. Generalklauseln wie § 242 BGB schaffen Entscheidungsspielräume, die sich nicht wegdefinieren lassen. Wie weit gehen die Nebenpflichten im Arbeitsverhältnis, welche Anforderungen stellt der Kündigungsschutz außerhalb des KSchG? Insoweit kommt es allein darauf an, wie man den sehr weiten Rahmen ausfüllt.

#### **2. Folgenorientierung als relativ bestes Vorgehen**

In der rechtssoziologischen Literatur setzt sich immer mehr die Erkenntnis durch, dass die „Folgenorientierung“ die relativ beste Methode ist, um zu nachvollziehbaren, rational begründeten Entscheidungen zu kommen.<sup>13</sup> In der Tat werden nur auf diese Weise reale oder angebliche Subjektivismen ausgeschaltet. Man kann nachvollziehen und diskutieren, weshalb ein Urteil so und nicht anders ausgefallen ist. Die Gefahr, dass Richter autonom entscheiden<sup>14</sup>, wird auf diese

---

<sup>13</sup> S. etwa Röhl ZRSoz 26 (2005) 1, 8; weitere Nachweise bei Grimm, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, Baden-Baden 1995, S. 139 Fn. 1

<sup>14</sup> Kirchner, Folgenberücksichtigung bei judikativer Rechtsfortbildung und Ökonomische Theorie des Rechts, in: Hof/Schulte (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht III. Folgen von Gerichtsentscheidungen, Baden-Baden 2001, S. 35

Weise weitestgehend ausgeschlossen. Der dezisionistische Teil von Entscheidungen wird minimiert.<sup>15</sup> Auch die mit der Folgenorientierung verbundene Transparenz<sup>16</sup> ist notwendig und nützlich, da sich ein Gericht anders als beim reinen Gesetzesvollzug nicht auf eine demokratische Legitimation stützen kann, die durch regelmäßige Wahlen seitens der Bevölkerung vermittelt wird.

Die Herausarbeitung der Folgen, die sich aus unterschiedlichen (gleichermaßen vertretbaren) Auslegungsalternativen ergeben, erhöht die Chance auf Akzeptanz. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Argumente durch sachkundige Menschen weitergetragen werden. Angesichts der Irrationalität mancher Gesetzgebungsverfahren<sup>17</sup> kann dadurch sogar ein gewisser Legitimitätsvorsprung gegenüber der parlamentarischen Rechtssetzung entstehen: Statt schöner (oder neben der Sache liegender) Reden ernsthafte Auseinandersetzung mit den realen Problemen.

### **3. Überforderung der Gerichte?**

Die Empfehlung, sich um eine Folgenabschätzung zu bemühen, stößt auf den verbreiteten Einwand, Gerichte seien damit überfordert. Bezogen auf die Arbeitsgerichtsbarkeit betont etwa von Klitzing<sup>18</sup>, ihr fehle es an spezifischem ökonomischem und sozialwissenschaftlichem Sachverstand, der nur in gewissem Umfang durch die ehrenamtlichen Richter eingebracht werde. Auch Teubner<sup>19</sup> meint, aus „logischen, sozialtheoretischen und

---

<sup>15</sup> Grimm, a. a. O., S. 145

<sup>16</sup> Koch/Rußmann, Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982, S. 227 ff.

<sup>17</sup> Als Beispiel kann die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien der EG dienen. Bei der Ausklammerung der Kündigung aus den Diskriminierungsverboten durch § 2 Abs.4 AGG wurde beispielsweise nicht einmal angesprochen, ob dies mit den EG-Richtlinien vereinbar ist.

<sup>18</sup> Ordnungsökonomische Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes. Eine Untersuchung richterlicher Regelsetzung, Berlin 2004, S. 287

<sup>19</sup> In: Ders. (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, a. a. O., S. 9



forschungspraktischen Gründen“ könnten Richter die Aufgabe der Folgenabschätzung nicht bewältigen. Sie befänden sich in einer paradoxen Situation: Auf der einen Seite kämen sie ohne Folgenreflexion nicht aus, auf der anderen Seite würden ihnen alle Mittel fehlen, um dieser Aufgabe wirklich gerecht zu werden.

#### **4. Lösungsansätze**

Gegen diesen, man möchte sagen: nihilistischen Standpunkt spricht schon auf den ersten Blick, dass es in der Realität eine nicht geringe Zahl folgenorientierter Entscheidungen gibt. Gerichte verfügen zwar nicht über angeschlossene Forschungsinstitute mit sozialwissenschaftlichen und ökonomischen Experten, doch sind sie dennoch zu fundierten Einschätzungen in der Lage. Im Verfahren der einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG geht beispielsweise das Bundesverfassungsgericht explizit so vor: Es prüft die Konsequenzen, wenn eine einstweilige Anordnung erlassen wird und der Antragsteller in der Hauptsache unterliegt oder - zweite Alternative - wenn die einstweilige Anordnung abgelehnt wird und der Antragsteller später dann obsiegt. Die Variante mit den geringeren Nachteilen wird dann gewählt, es sei denn, der Antrag sei in der Sache offensichtlich begründet oder offensichtlich unbegründet.

In den Fachgerichten besteht bei den Richtern ein Erfahrungswissen, das sehr wohl zur Folgenabschätzung befähigt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn - wie bei der Arbeitsgerichtsbarkeit - eine Konzentration auf ein bestimmtes (wenn auch komplexes) Rechtsgebiet erfolgt. Ein „Rotationsprinzip“, das den Richter zwei Jahre mit Gesellschaftsrecht, dann mit Ehescheidungen, mit Verkehrsunfällen und schließlich mit Arbeitsvertragsrecht

konfrontiert, würde die Entstehung eines solchen Wissens weithin verhindern. Auch kann die juristische Literatur gerade im Arbeitsrecht hilfreich sein, weil zahlreiche Werke von Autoren geschrieben sind, die ihrerseits seit Jahrzehnten in der Praxis stehen.

Wenn man ausnahmsweise auf dieser Grundlage nicht weiterkommt, sollte man vor der Einschaltung von Sachverständigen nicht zurückschrecken. Die Voraussetzungen des § 144 ZPO sind gegeben, wenn die Informationen für die Entscheidung des konkreten Falles relevant sind und nicht nur das Umfeld aufhellen wollen. Problematisch ist dabei allein die Kostenfrage: Es ist nicht Sache der Parteien, die Vervollständigung der gerichtlichen Rechtserkenntnis zu finanzieren. Hier käme eine entsprechende Anwendung des § 21 GKG in Betracht, der die Parteien von Auslagen freistellt, die durch eine von Amts wegen erfolgende Verlegung oder Vertagung entstehen: Kosten, die durch gerichtsinterne Probleme entstehen, sollen zu Lasten der öffentlichen Hand gehen. Die rechtsdogmatischen Unsicherheiten eines solchen Versuchs wären allerdings vermieden, wenn der Gesetzgeber intervenieren würde: Er könnte insbesondere die Einschaltung solcher Sachverständiger auf Oberste Bundesgerichte beschränken, wo typischerweise Richterrecht entsteht.

## **5. Sozialwissenschaften und Ökonomie**

Der Rückgriff auf sozialwissenschaftliche und ökonomische Erkenntnisse kann, muss aber nicht für die Entscheidungsfindung nützlich sein. Er führt keineswegs immer zu einer Vergewisserung:<sup>20</sup> Die verfolgten Fragestellungen sind zum Teil andere und für die Bildung von Rechtssätzen nicht

---

<sup>20</sup> Grimm, a. a. O., S. 146

verwendbar. Auch haben empirische Untersuchungen keineswegs immer identische Ergebnisse.<sup>21</sup>

Die Entscheidungsfolgen bestehen häufig in menschlichem Verhalten, das man deshalb prognostizieren muss. Soweit es dazu kein gesichertes Erfahrungswissen gibt, greift man auf Leitbilder wie den homo oeconomicus zurück, die ihrerseits erhebliche Unschärfen besitzen.<sup>22</sup> Erinnerung sei an den Fall jenes Hauseigentümers, der sein Anwesen an einen Arzt verkauft hatte: Als Gegenleistung war eine lebenslängliche Rente sowie unentgeltliche ärztliche Betreuung zugesagt. Als es Streit gab, berief sich der Verkäufer auf den Interessenkonflikt, in dem der Arzt stehe: Je schlechter die Behandlung, umso schneller erlösche die Pflicht zur Rentenzahlung.. Der BGH<sup>23</sup> hielt dies für hinnehmbar und vertraute darauf, der Arzt werde sich an seinem Berufsethos orientieren (statt wie ein homo oeconomicus zu handeln). Schließlich gibt es nicht wenige Theorien, die - wie es in einer intelligenten Studie heißt - „ihrer empirischen Überprüfung weit voraus sind.“<sup>24</sup>

#### **IV. Kriterien zur Folgenbewertung**

Die aus unterschiedlichen Auslegungsergebnissen folgenden Konsequenzen können unter verschiedenen Aspekten bewertet werden. Das Vortragsthema nennt als Maßstäbe „Effizienz“ und „Schutz“, doch würde ich dem noch den Gedanken der Partizipation und der Entscheidungsautonomie des Einzelnen hinzufügen wollen.

---

<sup>21</sup> Vgl. auch Deckert, Praktische Durchführbarkeit folgenorientierter Rechtsanwendung - auf dem Weg zu einer folgenorientierten Rechtswissenschaft -, in: Hof/Schulte (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht III, a. a. O., S. 177, 181

<sup>22</sup> Zum Leitbild des homo oeconomicus und seiner Weiterentwicklung s. Eidenmüller JZ 2005, 216 ff.

<sup>23</sup> NJW 1965, 2005

<sup>24</sup> So die Formulierung bei Deckert, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, München 1995, S. 135

## 1. Effizienz

Effizient im ökonomischen Sinne sind Folgen, die den gesellschaftlichen Wohlstand erhöhen. Ineffizient sind solche, die ihn verringern.<sup>25</sup> Dabei wird vorausgesetzt, dass sich die Individuen wie ein Homo oeconomicus verhalten, sich also an der Maximierung ihres individuellen Nutzens orientieren. Effizient ist eine Rechtsnorm dann, wenn sie unter diesen Umständen ihr Ziel mit möglichst geringem Aufwand erreicht. Beispiele werden insbesondere dem Recht der unerlaubten Handlung entnommen. Paradedfall aus der Rechtsprechung des BGH ist die mögliche Anbringung eines Wildschutzzaunes.<sup>26</sup>

Auf einem bestimmten, durch einen Wald führenden Straßenabschnitt kam es wegen häufigen Wildwechsels pro Jahr zu ca. 50 bis 60 Unfällen. Ein Schild „Wildwechsel beachten“ konnte dies nicht verhindern. Einen Wildschutzzaun zu errichten, hätte die für die Straße verantwortliche Gemeinde etwa 60.000,00 DM pro Jahr gekostet; Unfälle wären praktisch ausgeschlossen gewesen. Der „Präventionsaufwand“ war also drastisch geringer als der durch 50 bis 60 Unfälle entstehende Schaden. Deshalb war entgegen der Auffassung des BGH eine solche Maßnahme geboten; sie entsprach der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.<sup>27</sup>

In solchen Situationen kann die ökonomische Analyse des Zivilrechts zu rationalen Entscheidungen beitragen, doch hilft das Abstellen auf die wirtschaftlich sinnvollste, d. h. die Wohlfahrt aller am besten fördernde Lösung schon dann nicht mehr, wenn rein wirtschaftliche und höchstpersönliche Rechtsgüter gegeneinander abgewogen werden müssen.<sup>28</sup>

Unterstellt, im eben geschilderten Fall des Wildschutzzaunes wäre es im Durchschnitt pro Jahr nur zu zwei Unfällen gekommen, bei denen jeweils auch ein Personenschaden

---

<sup>25</sup> Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl., Tübingen 2005, S. 4

<sup>26</sup> BGH NJW 1989, 2808

<sup>27</sup> S. dazu den lesenswerten Beitrag von Kötz/Schäfer, Judex Calcula! JZ 1992, 355

<sup>28</sup> Zutreffend Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd. Besonderer Teil, zweiter Halbband, 13. Aufl., München 1994, § 76 III 4 h

entstanden wäre; die Gesamtschäden einschließlich Heilungskosten und Schmerzensgeld hätten sich dabei auf ca. 50.000,00 DM belaufen. Ist es gerechtfertigt, hier bei einem wirtschaftlichen Vergleich stehen zu bleiben und die Unfälle als die billigere Alternative in Kauf zu nehmen, oder muss man der Gesundheitsschädigung als solcher von vorneherein entscheidendes Gewicht beimessen? Wie verhält es sich, wenn Menschen zu Tode kommen? In der Literatur<sup>29</sup> wird berichtet, das Britische Transportministerium vertrete den Standpunkt, der Tod eines Menschen sei mit 27.000,00 Pfund pro Jahr seiner Lebenserwartung zu bewerten. Dies entsprach dem durchschnittlichen Beitrag zum Bruttosozialprodukt. Kritiker werden natürlich fragen, weshalb dies auch für Rentner gelten soll. Müsste nicht von der ökonomischen Logik her der Täter in diesem Fall eine Anerkennungsurkunde erhalten? Auch wenn man von einer solchen Reductio ad absurdum einmal absieht: Die wirtschaftlichste Lösung lässt sich in den meisten Fällen nicht bestimmen oder lässt sich mit unseren Wertvorstellungen nicht vereinbaren.

Ein weiterer Einwand gegen das Abstellen auf die Effizienz geht dahin, dass Rechtsnormen auch politische und kulturelle Bedeutung haben.<sup>30</sup> Eine wirtschaftlich suboptimale Regelung kann aus politischen Gründen sinnvoll sein, weil sie z.B. die Stabilität der Arbeitsbeziehungen fördert oder weil es sich um die Realisierung eines traditionellen kulturellen Wertes handelt. Das grundsätzliche Verbot der Sonntagsarbeit nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV mag einzelne wirtschaftliche Vorgänge stören; gleichwohl denkt mit Recht bislang niemand daran, den Sonntag als Institution abzuschaffen.

Wenn den Ergebnissen der ökonomischen Analyse des Rechts hier nur ein geringer Aussagegehalt beigemessen wird<sup>31</sup>, so bedeutet dies nicht, dass man auch die betriebswirtschaftlichen Folgen bestimmter Regeln außer Acht lassen sollte. Die erwähnten Entscheidungen über die 25 % „Flexibilitätspuffer“ sind ein Beispiel dafür, dass dies schon heute geschieht. Ein anderer Anwendungsfall liegt in der sehr viel eher zu kritisierenden

---

<sup>29</sup> Karpen, ZRP 2002, 443, 445

<sup>30</sup> Röhl, a. a. O., S. 1, 13

<sup>31</sup> Ähnlich im Ergebnis Eidenmüller, a. a. O., S. 450 ff.

These, einmal erworbene tarifliche Ansprüche könnten im Rahmen des Vertrauensschutzes auch rückwirkend entzogen werden.<sup>32</sup> Dabei muss allerdings immer außer Diskussion sein, dass die Folgen von Entscheidungen nicht allein nach betriebswirtschaftlichen Maßstäben beurteilt werden können.

## **2. Schutzprinzip**

Der Arbeitsschutz stellt die älteste Schicht des Arbeitsrechts dar; zu ihr sind zahlreiche Normen etwa über Entgeltfortzahlung, Urlaub und Kündigungsschutz hinzugekommen. Derartige Vorschriften können sich im Einzelfall auch betriebswirtschaftlich rechnen: Prävention durch Betriebsärzte kann den Krankenstand senken, der Urlaub die Arbeitsmotivation und damit die Produktivität steigern. Dasselbe gilt für langfristig angelegte Arbeitsverhältnisse, die es für den Arbeitgeber wie für den Arbeitnehmer attraktiv machen, Zeit und Geld in die Weiterqualifizierung zu investieren.<sup>33</sup> Damit allein lassen sie sich allerdings nicht rechtfertigen. Sie sind ein Stück Sozialstaatlichkeit, das aus historischen und politischen Gründen für das Funktionieren unseres Gemeinwesens elementare Bedeutung hat. Insofern verwirklicht es nicht nur ökonomische Werte.

Das Schutzprinzip darf genauso wenig wie der Gedanke der betriebswirtschaftlichen Effizienz und der Kosteneinsparung verabsolutiert werden. Gruppenspezifische Schutznormen können für die Betroffenen zum Bumerang werden, weil ihre Einstellungschancen drastisch sinken.<sup>34</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat dies in seiner Entscheidung über

---

<sup>32</sup> BAG AP Nr. 12 zu § 1 TVG Rückwirkung = NZA 1995, 844 in Abweichung von BAG AP Nr. 9 zu § 1 TVG Rückwirkung; aus der neuesten Literatur s. BAG AP Nr. 21 zu § 1 TVG Rückwirkung und BAG AP Nr. 7 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gewerkschaften, mit kritischer Anm. Däubler

<sup>33</sup> Kleinhenz, 63. DJT, München 2000, S. B 66

<sup>34</sup> In der Rechtssoziologie wäre hier von „Adaptationsfolgen“ die Rede. S. Deckert, Folgenorientierung, S. 118 ff.

den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zutreffend erkannt<sup>35</sup> und daraus die Konsequenz gezogen, der Gesetzgeber müsse durch Verteilung der Lasten ein System schaffen, das den vom MuSchG ausgehenden Abschreckungseffekt gegenüber der Einstellung von Frauen beseitige. Dies ist inzwischen durch das Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung<sup>36</sup> geschehen. Offen bleibt die Frage, inwieweit nicht auch andere Schutznormen wie etwa die zugunsten von Schwerbehinderten bestehenden analoge Effekte bewirken: Ist die Ausgleichsabgabe geringer als die durchschnittlichen Zusatzkosten, die bei der Beschäftigung eines Schwerbehinderten anfallen, ist ein Anreiz zur Nichteinstellung gegeben. Dies lässt sich im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, aber auch vor dem Hintergrund der Förderungspflicht nach Art. 5 der EG-Rahmenrichtlinie diskutieren: Müsste der Gesetzgeber nicht (zumindest) faktische Benachteiligungen beseitigen, die aus seinem eigenen Tun erwachsen sind? Das Schlechterstellungsverbot gegenüber Behinderten spricht eindeutig dafür, diese Frage zu bejahen.<sup>37</sup>

### **3. Mitbestimmung**

Ob die betriebliche Mitbestimmung und die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat die Ertragslage des Unternehmens im Ergebnis fördert oder beeinträchtigt, wird unterschiedlich beurteilt.<sup>38</sup> Dabei lassen die Erhebungsmethoden allerdings bisweilen zu wünschen übrig. So erscheint es wenig Erfolg versprechend, Unternehmensleitungen mit und Unternehmensleitungen ohne Betriebsrat einfach zu befragen, wie sie die Ertragslage ihres Unternehmens einschätzen<sup>39</sup>: Wenn

<sup>35</sup> BVerfG NZA 2004, 33 ff.

<sup>36</sup> V. 22. Dezember 2005, BGBI. I S. 3686

<sup>37</sup> Däubler, ZfA 2006 Heft 3

<sup>38</sup> Zusammenfassende Darstellung der wichtigsten Untersuchungen bei Thannisch, AuR 2006, 81 ff.

<sup>39</sup> Darstellung bei Dilger, Effizienzforschung betrieblicher Mitbestimmung, in: Rodi (Hrsg.), Recht und Wirkung. Greifswalder Beiträge zur

die mit Betriebsrat versehenen Geschäftsführungen pessimistischer in die Zukunft schauen, so heißt dies nicht, dass der Betriebsrat die Ursache hierfür sein müsste. Vielmehr können absehbare Probleme die Gründung eines Betriebsrats veranlassen haben, genauso wie es möglich ist, dass die Verteilung die konjunkturelle Situation bestimmter Branchen widerspiegelt oder auf Zufall beruht. Bemerkenswert ist, dass nach derselben Untersuchung der angebliche „Negativeffekt“ des Betriebsrats ausgeglichen wird, wenn dieser über die gesetzlichen Vorgaben hinaus in die Entscheidungsprozesse des Unternehmens eingebunden ist.<sup>40</sup> Auf der anderen Seite ist erwähnenswert, dass nach einer weiteren Studie Niederlassungen deutscher Unternehmen in Großbritannien den Beschäftigten mehr Beteiligungsmöglichkeiten einräumen als vom dortigen Recht gefordert wird<sup>41</sup>; Ähnliches lässt sich aus Brasilien berichten. Bemerkenswert ist auch die Feststellung, dass der Erlass des Mitbestimmungsgesetzes 1976 und seine Bestätigung durch das Bundesverfassungsgericht am 1.3.1979 keinerlei Einfluss auf den Börsenkurs der erfassten Unternehmen hatte.<sup>42</sup> Auch der geplante und dann Gesetz gewordene Equal-Pay-Grundsatz zwischen Leiharbeitnehmern und Stammbeschäftigten hat die Kursentwicklung börsennotierter Verleihunternehmen nicht negativ beeinflusst, obwohl eine Umsetzung dieses Grundsatzes für die Branche herbe Verluste gebracht und sie im Grunde darauf beschränkt hätte, den „Spitzenbedarf“ an Arbeitskräften abzudecken.<sup>43</sup> An der Börse besteht offensichtlich ein starkes Vertrauen in der Richtung, die Geschäftsleitungen würden mit ihren Beschäftigten und deren Interessenvertretern schon zu einem Arrangement kommen, das die Renditechancen nicht

---

Rechtswirkungsforschung, Köln u.a. 2002, S. 187 ff.

<sup>40</sup> Darstellung bei Dilger, aaO, S. 192 ff.

<sup>41</sup> Heise/Tüselmann u.a. WSI-Mitt. 2005, 362 ff.

<sup>42</sup> Frick, Der Einfluss der Rechtsprechung zur Unternehmensmitbestimmung auf den Marktwert börsennotierter Aktiengesellschaften, in: Rodi (Hrsg.), Recht und Wirkung, S. 165, 179

<sup>43</sup> Däubler KJ 2003, 17 ff.



beeinträchtigt. Soweit ersichtlich, ist dieses Vertrauen bisher in der Praxis auch nie enttäuscht worden.

Unter diesen Umständen besteht kein Anlass, die Mitbestimmung auf betrieblicher wie auf überbetrieblicher Ebene irgendwie in Frage zu stellen. Ihre Aufrechterhaltung wie ihr Ausbau sind kein teurer „Luxus“, sondern eine kulturelle Selbstverständlichkeit, die sich angesichts nicht belegter negativer ökonomischer Wirkungen keine Relativierung, etwa im Sinne einer restriktiven Auslegung des BetrVG, gefallen lassen muss. Insoweit verdienen die Aussagen der gemeinsamen Kommission von Böckler- und Bertelsmann-Stiftung volle Unterstützung.<sup>44</sup>

#### **4. Entscheidungsfreiheit des Einzelnen**

Ein modernes Arbeitsrecht muss auch dafür sorgen, dass das Individuum Spielräume und Handlungsoptionen besitzt. In diesen Rahmen gehört etwa der Anspruch auf Teilzeit, aber auch jede Form von Flexibilisierung der Arbeitszeit im Arbeitnehmerinteresse. Die Vertrauensarbeitszeit kann dazu gehören, doch gilt dies dann nicht mehr, wenn sie so organisiert ist, dass das vereinbarte Arbeitspensum in der tariflich vorgesehenen oder der arbeitsvertraglich vereinbarten Zeit nicht bewältigt werden kann. Die traditionelle Gleitzeit ist demgegenüber in aller Regel unproblematisch. Einen hohen Stellenwert besitzen die Versuche, Beruf und familiäre Pflichten in Einklang zu bringen. Hier lässt sich der Freiheitsgedanke mit der betriebswirtschaftlichen Effizienz im Grundsatz durchaus vereinbaren<sup>45</sup>, da die Rückkehr qualifizierter Frauen an „Heim

---

<sup>44</sup> Bertelsmann-Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen. Bilanz und Perspektiven, Gütersloh 1998, S. 55 ff.

<sup>45</sup> Rieble/Klumpp JZ 2004, 818

und Herd“ zu einem großen Verlust an Wissens- und Innovationspotential führen würde. Auch die Meinungsfreiheit am Arbeitsplatz<sup>46</sup> ist nicht nur Ausdruck eines verfassungsgeschützten Wertes, sondern ein Mittel, um die Loyalität zum Unternehmen und die Identifizierung mit der Arbeit zu fördern.

## **V. Konsequenzen**

Die Folgenbeurteilung ist auf der Grundlage der vier genannten Kriterien möglich, ohne dass man ernsthaft mit überraschenden Fernwirkungen rechnen müsste. Soweit sich betriebswirtschaftliche Nützlichkeit, sozialer Schutz, Beteiligungsrechte und individuelle Freiheit weitgehend zur Deckung bringen lassen, ist die Akzeptanz in der Gesellschaft gesichert.

Lässt sich eine solche „praktische Konkordanz“ nicht bewerkstelligen, kann es Probleme geben, wenn einem der vier Gesichtspunkte der Vorrang eingeräumt wird. Hier bieten sich differenzierende Regelungen an. Um es an einem relativ aktuellen Beispiel zu verdeutlichen. Man könnte daran denken, Leiharbeitnehmer bei den Grenzwerten in der Betriebsverfassung dann mitzuzählen, wenn sie regelmäßig einen Anteil von 20 % der Belegschaft (oder mehr) ausmachen. Ihr Wahlrecht soll - so wäre die eine Erwägung - an sich die Kosten der Betriebsverfassung für den Arbeitgeber nicht erhöhen, so dass sie grundsätzlich bei den Grenzwerten nicht zu berücksichtigen sind. Auf der anderen Seite kann man aber auch nicht in Kauf nehmen, dass Gremien entstehen, die für den betrieblichen Arbeitszusammenhang nicht mehr repräsentativ sind und die alle jene Arbeitgeber entscheidend entlasten, die sich auf

---

<sup>46</sup> Dazu zuletzt BAG NZA 2005, 158, 161

Leiharbeitnehmer statt auf eigene Beschäftigte stützen.<sup>47</sup> Weiter ist mit Recht der Vorschlag gemacht worden, alle langfristig in denselben Betrieb entsandten Arbeitnehmer mitzuzählen, da sie funktional die Stellung von Stammbeschäftigten einnehmen.<sup>48</sup>

Die Folgenabschätzung kann - und dies sei als kleine Anregung angefügt - dadurch entscheidend erleichtert werden, dass man sich auf Erfahrungen anderer Länder stützt, die einen vergleichbaren wirtschaftlichen Entwicklungsstand und ein ähnliches Maß an Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen aufweisen. Dies lässt sich etwa bei der Handhabung des neuen Antidiskriminierungsrechts fruchtbar machen: Hier können nicht nur die Erfahrungen anderer EU-Mitgliedstaaten, sondern beispielsweise auch die der USA Aufschluss darüber geben, wie sich bestimmte Auslegungsvarianten in der Realität auswirken. Komplizierter werden die Dinge, wenn man etwa auf die schärfere Kontrolle der Unternehmerentscheidung im französischen Recht zurückgreifen will.<sup>49</sup> Eine rechtswidrige Kündigung führt dort grundsätzlich nur zu einer Mindestabfindung in Höhe von sechs Monatsgehältern, sodass eine Übertragung lediglich unter der Voraussetzung in Betracht kommt, dass jedenfalls in der Praxis auch bei uns keine weitergehenden Folgen eintreten. Auf jeden Fall muss man behutsam vorgehen und darf nicht einzelne Institute aus ihrem Kontext herausreißen.

Durch den Blick über die Grenze relativiert sich auch der angeblich singuläre Charakter der deutschen Mitbestimmung im Betrieb. Andere Rechtsordnungen kennen ein Recht zur spontanen Arbeitsniederlegung, das auch die Verhandlungsposition der betrieblichen Interessenvertretung stützen kann, und dann

---

<sup>47</sup> Vgl. auch die weiterführenden Überlegungen von Dörner, FS Wißmann, S. 286, 293 ff.

<sup>48</sup> Dörner, aaO.

<sup>49</sup> Dazu Reinecke ZIAS 2000, 17, 28

möglicherweise zu einem funktionalen Äquivalent wird. In der Literatur ist deshalb der interessante Vorschlag gemacht worden, die aus der Europäischen Sozialcharta folgende Pflicht zur Legalisierung der nichtgewerkschaftlichen Arbeitsniederlegung dort zu aktualisieren, wo es weder einen Betriebsrat noch eine handlungsfähige Gewerkschaft gibt.<sup>50</sup>

Das Nachdenken über die Folgen richterrechtlicher Normen benötigt den Diskurs. Unsere Tagung kann hierfür ein nützlicher Anfang sein.

---

<sup>50</sup> Bepler, FS Wißmann, S. 97 ff.