

Gesamtes Arbeitsrecht in 3 Bänden

Von *Boecken / Düwell / Diller / H. Hanau (Hrsg.)* – Nomos Verlag – 2016 - 7634 S., Hardcover – 798 € - ISBN: 978-3-8487-0530-6

Boecken / Düwell / Diller / Hanau (Hrsg.)

Gesamtes Arbeitsrecht

Boecken / Düwell / Diller / Hanau (Hrsg.)

Gesamtes Arbeitsrecht

Der „Superkommentar“

I. Das äußere Erscheinungsbild

Der Nomos-Verlag hat Mitte des Jahres einen dreibändigen Kommentar „Gesamtes Arbeitsrecht“ mit insg. 7.634 S. herausgebracht. Jeder Band wiegt geschätzte 2 Kilo, also ein gewichtiges Werk, auch im übertragenen Sinne des Wortes. Der Umfang ist – gemessen an den Anschlägen pro Seite - etwa 3 Mal so groß wie der des gleichfalls bei Nomos veröffentlichten „Handkommentars“,¹ der bei Beck erschienene Erfurter Kommentar² mit seinen vergleichsweise bescheidenen 2.938 S. wird um das Zweieinhalbfache, der HWK³ aus dem Otto-Schmidt-Verlag um gut das Doppelte übertroffen.

Das weckt Erwartungen. Wem so viel Platz eingeräumt ist, der hat ein Privileg: Während man in anderen Werken kurz und knapp formulieren muss und womöglich vom Verlag eine Kürzungsaufgabe erhält, kann man sich hier „ausleben“ und auch mal neue Gedanken zu Papier bringen; dem Einfallsreichtum stehen alle Türen offen. Im Vorwort von Hrsg. und Verlag heißt es deshalb auch, dass „die Herleitung und Vertiefung der Argumente nicht unter den Einschränkungen der Einbändigkeit zu leiden hat.“ 115 Autoren haben mitgewirkt; neben den Hrsg. engagierten sich *Michael Holthaus* und *Bernhard Ulrici* als „Schriftleiter“; sicherlich keine einfache Aufgabe. Die große Zahl der Mitwirkenden verspricht Vielfalt, was die Qualität, aber auch das Vorverständnis betrifft.

II. Das Arbeitsrecht als einheitliches Rechtsgebiet

Im Vorwort wird die fehlende Kodifikation des Arbeitsrechts beklagt; der Zersplitterung in Einzelgesetze soll durch wissenschaftliche Systematisierung entgegengewirkt werden. Die Gesamtkommentierung soll dazu beitragen, das Arbeitsrecht „überschaubar und in sich stimmig“ darzustellen. Entstanden sei so eine „juristische Bibliothek“, in der 91 Gesetze, RL und VO „in einer über die übliche Kommentierung hinausgehenden Argumentationstiefe erläutert“ und in den Zusammenhang mit anderen Rechtsgebieten wie dem Verfassungsrecht, dem Sozialversicherungsrecht und dem Steuerrecht gestellt werden. Wird der hohe Anspruch eingelöst?

Als erstes fällt auf, dass es keinen Platz gibt, wo die wissenschaftliche Systematisierung und die Herausarbeitung übergreifender Zusammenhänge geleistet werden kann. Im Palandt⁴ gibt es die gute Tradition, dass vor allen wichtigeren Abschnitten eine Einführung steht: Nicht nur das Gesamtwerk verfügt über eine solche, wo u. a. Entstehung und Grundgedanken des BGB, seine Weiterentwicklung, der Einfluss des Europarechts und Auslegungsprinzipien dargestellt sind. Auch bei zahlreichen Einzelabschnitten findet sich Entsprechendes: Vor den §§ 145 ff., die das Zustandekommen von Verträgen betreffen, steht

¹ *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath* (Hrsg.), Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen. Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2013.

² *Müller-Glöge/Preis/Schmidt* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., München 2016.

³ *Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 7. Aufl., Köln 2016, 3342 S.

⁴ *Palandt* (Begr.), BGB, 75. Aufl., München 2016.

einiges zur Vertragsfreiheit, die zahllosen Fragen der Schadensberechnung sind vor § 249 BGB, die Grundzüge des Deliktsrechts vor §§ 823 ff. abgehandelt. Mit 130 Rn. ist die Einleitung ins Mietrecht besonders eingehend ausgefallen. Wenn man wie im Arbeitsrecht keine in sich stimmige Kodifikation hat, erscheint eine solche Form der Erläuterung besonders notwendig: Wo sonst soll der Leser erfahren, wie sich das Arbeitsrecht entwickelt hat, in welchen Erscheinungsformen („Rechtsquellen“) es uns entgegen tritt, ob es sich nur am Schutzgedanken oder auch an anderen Zielen orientiert, auf wen es Anwendung findet, welches die Interpretationsspielräume der Gerichte und der Wissenschaft sind. Wo soll das alles stehen? Die 3 Bände beginnen – in alphabetischer Ordnung – mit der Erläuterung des *ÄArbVtrG*.⁵

Nun kann der kundige Leser sich manches zusammensuchen; zum Arbeitnehmerbegriff wird er vermutlich bei § 611 BGB fündig (in der Tat: Rn. 58 – 81). Auch verfügt das Gesamtwerk über ein Stichwortverzeichnis von 336 S., das weiterhelfen kann. Das Wort „Schutzprinzip“ sucht man dort allerdings vergebens, auch unter „Zweck des Arbeitsrechts“ findet man nichts. Bei „Arbeitsrecht“ entdeckt man das Unterstichwort „Ausgleichsfunktion“, was jedoch – wie das Nachschlagen an den genannten Stellen ergibt – nur den Ausgleich zwischen konfligierenden Arbeitnehmerinteressen meint. Es verwundert nicht, dass bei dieser Vorgehensweise auch andere wichtige Dinge unter den Tisch fallen. Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts entdeckt man sowohl bei § 611 BGB Rn. 164 – 183 wie auch bei § 105 GewO Rn. 14 (wenngleich die Angaben im Stichwortregister nicht ganz exakt sind). Nicht einbezogen ist dabei aber das sog. *soft law*, also Normen, die zwar handlungsleitende Funktion haben oder wenigstens haben sollen, die jedoch bei Verstößen keine Sanktionen vorsehen. Bekanntestes Beispiel sind die Sozialpartnervereinbarungen in der chem. Industrie, doch gibt es zahlreiche andere Fälle wie den Corporate Governance Kodex oder die OECD-Leitsätze für multinationale UN.⁶ Auch wenn der Umgang mit ihnen nicht zum Alltagsgeschäft eines RA oder eines Personalleiters gehört – sie sind nun mal Teil des Arbeitsrechts und sollten deshalb in einem Werk nicht fehlen, das den im Vorwort genannten Anspruch erhebt. Dasselbe gilt für „sonstige Kollektivverträge“, die es neben dem TV gibt.⁷

Gravierender ist, dass die derzeit in aller Mund befindliche Digitalisierung keine Erwähnung oder gar jur. Aufarbeitung findet. Zwar ist das BDSG in Auszügen kommentiert, aber die sonstigen Veränderungen, die sich in der Gegenwart vollziehen, sind nur kurz in einzelnen Rn. angesprochen. Erfreulicherweise findet man das Stichwort „soziale Netzwerke“, in denen der AG nur eingeschränkt nach Äußerungen eines Bewerbers forschen darf (§ 32 BDSG Rn. 19 ff.) und wo nicht selten Beleidigungen auftauchen, die zu verhaltensbedingten Kündigungen führen können (§ 1 KSchG Rn. 936). Ob der AN dazu veranlasst werden darf, auf der Website des AG mit eigenen Äußerungen aktiv zu werden und welche Regeln er dabei zu beachten hat, wird jedoch nicht erörtert. Das Stichwort „Bewertungsportale“ taucht im Verzeichnis gleichfalls nicht auf, ebenso wenig das Problem, welche Angaben über den einzelnen AN auf der Internetseite des AG veröffentlicht werden dürfen und ob auch ein Foto darunter sein darf. Laptop, Smartphone und Tablet-Computer ermöglichen Arbeit zu jeder Zeit und von jedem Ort aus. Dabei stellt sich die Frage, ob es die 11-Std. Ruhezeit nach § 5 ArbZG unterbricht, wenn der Vorgesetzte den AN in der Freizeit anruft und/oder dabei zu einer kleineren Arbeit veranlasst. Das Problem ist erkannt (§ 5 ArbZG Rn. 8), doch wird eine „Erheblichkeitsschwelle“ eingebaut: Geringfügige Tätigkeiten sollen nicht unterbrechen, sondern nur solche, die einen Zeitraum von 1/4 Stunde überschreiten. Was dabei befremdet, ist weniger das Ergebnis als die Tatsache, dass sämtliche Autoren unerwähnt bleiben, die eine

⁵ Gesetz über befristete Verträge mit Ärzten in der Weiterbildung v. 15.05.86 (BGBl I S. 742).

⁶ <http://www.oecd.org/corporate/mne/48808708.pdf> (abgerufen am 16.8.2016).

⁷ S. etwa aus der Rspr. BAG 28.09.83, 4 AZR 200/83, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifverträge, Seniorität; 16.12.2010, 6 AZR 357/09, AP Nr. 29 zu § 1 TVG, AuR 2011, 42; 14.04.2004, 4 AZR 232/03, NZA 2005, 178 = AuR 2004, 437.

solche Erheblichkeitsschwelle nach geltendem Recht ablehnen.⁸ Der Vorwurf einer gewissen Arbeitgeberlastigkeit ist nicht von der Hand zu weisen. Die Qualifizierung der Erreichbarkeit als Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft wird erörtert (§ 2 ArbZG Rn. 18), ein „Recht auf Nichterreichbarkeit“ scheint allerdings jenseits des Diskussionshorizonts zu liegen. Das Stichwort „Globalisierung“ taucht nicht auf; im Verzeichnis findet sich nur der Globalantrag (der der Lebenswelt der Verf. vermutlich näher liegt), bei dessen Formulierung bekanntlich besondere Sorgfalt anzuwenden ist.

Nun wäre es allerdings ungerecht, wollte man den Verf. unterstellen, ihr Denken höre an den dt. Landesgrenzen auf. Die arbeitnehmerbezogenen Gewährleistungen der EU-Grundrechtecharta sind eingehend kommentiert, wobei die dabei auftauchenden Grundsatzfragen erfreulicherweise in einer „Vorbemerkung“ abgehandelt sind. Unter Nr. 30 sind Bestimmungen des AEUV, unter Nr. 280 zahlreiche EU-RL kommentiert, was schon mit Rücksicht auf das Gebot richtlinienkonformer Auslegung zu begrüßen ist. Allerdings zeigen sich hier paradoxerweise so etwas wie Platzprobleme: Bei der derzeit besonders interessierenden Leiharbeits-RL werden z. B. lediglich die unterschiedlichen Auffassungen (etwa zum vorübergehenden Charakter der Überlassung oder zur tariflichen Abweichung von Equal Pay und Equal Treatment) in ganz knappen Worten referiert (Rn. 207 ff.), ohne dass in irgendeiner Weise Stellung bezogen würde. So wird man auch nach der Lektüre dieses Kommentarteils nicht wissen, was der „Gesamtschutz“ bedeutet, der nach der RL bei tariflichen Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz als Untergrenze zu beachten ist. Wie steht es mit dem primären Unionsrecht? Die „Grundfreiheiten“ tauchen im Stichwortregister nicht auf, sind aber in ihrem Verhältnis zu den Grundrechten in Rn. 17 ff. der Vorbemerkung zur Grundrechtecharta angesprochen und gut behandelt.

Auch das Arbeitsvölkerrecht existiert; es soll sich „aus supranationalem materiellen Arbeitsrecht bilden, das ohne einen internationalen oder auslandsrechtlichen Bezug Anwendung neben den einzelnen nat. arbeitsrechtlichen Vorschriften findet.“ (§ 611 BGB Rn. 166). Vielleicht gehört es zur Wissenschaft, manchmal Sätze zu schreiben, deren Sinn sich nicht spontan erschließt. Wie auch immer – unter Nr. 260 sind wichtige Art. der EMRK kommentiert; dasselbe geschieht unter Nr. 640 mit der UN-Behindertenrechtskonvention. Sie wird in Rn. 1 mit dem Rang eines Bundesgesetzes versehen; dass sie auch von der Union ratifiziert wurde und deshalb Teil des vorrangigen Unionsrechts ist,⁹ bleibt dagegen unerwähnt. Das übrige Arbeitsvölkerrecht wird eher stiefmütterlich behandelt. Die „Kernarbeitsnormen“ der ILO tauchen als solche – soweit ersichtlich – nirgends auf. Die Übereinkommen Nr. 87 und 98 über Koalitionsfreiheit bzw. Tarifvertragsfreiheit sind im Rahmen des Arbeitskampfrechts erwähnt (Art. 9 GG Rn. 102), doch werden die Aussagen der Kontrollgremien als Empfehlungen ohne bindende Wirkung für die Mitgliedstaaten abgetan. Ein Kurzkomentar kann sich vielleicht mit einer solchen Aussage begnügen. Dem Anspruch des Großkommentars hätte es sehr viel mehr entsprochen, sich damit argumentativ auseinanderzusetzen und bspw. auch die instanzgerichtliche Rspr. zu erwähnen, die eine Abweichung nur aus „triftigen Gründen“ zulässt.¹⁰ Angesichts dieser Umstände kann ich nicht erkennen, dass der Anspruch des Vorworts auch nur ansatzweise eingelöst wäre. Zusammenhänge werden nicht herausgearbeitet, es wird „segmentiertes“, auf Einzelnormen bezogenes Wissen vermittelt. Außerdem ist die Problemwahrnehmung nur teilweise auf der Höhe der Zeit.

⁸ *Buschmann*, PersR 2011, 249; *Buschmann/Ulber* Arbeitszeitgesetz, 8. Aufl. 2015, § 5 Rn. 8; *Falder*, NZA 2010, 1150, 1152; *Gaul*, DB 2013, 60, 62; *Heuschmid* in: Däubler (Hrsg.), TVG, 4. Aufl. 2016, Rn. 600; *Jerchel* in: Hahn/Pfeiffer/Schubert (Hrsg.), Arbeitszeitrecht. Handkommentar, 2014, § 5 Rn. 15; *Krause*, 71. DJT, B 42; *Reim* in: Kohte/Faber/Feldhoff (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsschutzrecht, Kommentar, 2014, § 5 ArbZG Rn. 12; *ErfK-Wank* § 5 ArbZG Rn. 4; *Zmarzlik*, Entwurf eines Arbeitszeitgesetzes, BB 1993, 2009, 2011; *Zöll/Kielkowski*, BB 2012, 2625, 2628.

⁹ *EuGH* 11.04.2013, C-335/11, C-337/11, NZA 2013, 553 Tz. 28, 37 ff., AuR 2013, 230, 410.

¹⁰ *ArbG Oldenburg* 21.08.87, 2 Ca 284/87, BB 1988, 565.

III. Der Kommentar als Nachschlagewerk

Wenn der Anspruch von Hrsg. und Verlag nicht eingelöst wird, heißt dies nicht, dass ein Kommentar nutzlos wäre. Der Rechtsanwender benötigt eine kompakte und leicht zugängliche Darstellung der Rspr. und oft auch der Lit. zu bestimmten Problemen; diesem Bedarf Rechnung zu tragen, ist das wahre Erfolgsgeheimnis von Büchern wie dem „Palandt“. Wichtig ist, dass ein Kommentar nicht ausschließlich vorhandene Rspr. wiedergibt, sondern dass er absehbare Probleme antizipiert und zu ihnen plausible Lösungen entwickelt. Dort sind dann neue Argumente gefragt, die eine Chance haben, in der Praxis aufgegriffen zu werden. Wer 7634 S. zur Verfügung hat, kann insoweit einiges ins Werk setzen. Angesichts des Umfangs des zu besprechenden Werks kommen nur Stichproben in Betracht. Sie entstammen im Wesentlichen den Bereichen, mit denen der Verfasser in letzter Zeit konfrontiert war. Wo hätte der vorl. Kommentar weitergeholfen?

1. Verhalten am Arbeitsplatz

Beginnen wir mit Alltagsproblemen aus der betrieblichen Praxis. Darf der AN während der Pause den Betrieb verlassen, sofern er nach deren Ende wieder an seinen Arbeitsplatz zurückkehrt? Der Kommentar bejaht es (§ 4 ArbZG Rn. 9), verarbeitet allerdings die einschlägige BAG-Entscheidung¹¹ nicht, die spezifische Ausnahmen vorsieht. Darf der AN Fotos auf seinem Schreibtisch platzieren oder eine ihm zusagende Karikatur an der Wand befestigen? Dies kann zu Meinungsverschiedenheiten führen, zu denen man auch als beratender Jurist Stellung beziehen muss; ein Blättern im Stichwortregister und bei § 611 BGB hilft leider nicht weiter. Dürfen private Handys an den Arbeitsplatz mitgebracht werden, auch wenn man damit fotografieren kann? Darf der AG dies kraft seines Direktionsrechts verbieten und benötigt er dabei die Zustimmung des BR? Das ist zwar in der Lit. erörtert,¹² doch lässt sich im Kommentar – auch bei § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG – keine Aussage dazu entdecken. Eingehend wird – allerdings nicht im Rahmen der Persönlichkeitsentfaltung bei § 611 BGB oder § 75 Abs. 2 BetrVG, sondern bei den Gründen für eine verhaltensbedingte Kündigung (§ 1 KSchG Rn. 923 ff.) – das Tragen einer bestimmten Kleidung behandelt. Hier wird eine Abwägung zwischen den Grundrechten des AG und des AN vorgenommen, wobei die betrieblichen Interessen im Ergebnis immer die Oberhand behalten, soweit es um das äußerlich sichtbare Erscheinungsbild geht. Eine einheitliche Kleidung kann mit Zustimmung des BR vorgeschrieben werden. Gilt dies auch für Sprachregelungen, wonach die Kassiererin im Supermarkt jedem Kunden einen „schönen Tag“ und ab 16 Uhr einen „schönen Abend“ wünschen muss? Beides soll ja eine einheitliche Erscheinungsform des Betriebes sicherstellen, doch findet man dazu keine Überlegungen.¹³

2. Haftung des Arbeitgebers für Personenschäden des Arbeitnehmers

Nach § 104 Abs. 1 SGB VII beschränkt sich bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten die Haftung des AG auf Vorsatz, wobei es nicht genügt, bestimmte Verhaltensregeln bewusst zu übertreten; vielmehr muss auch die konkrete Verletzungsfolge zumindest billigend in Kauf genommen werden.¹⁴ In 99 von 100 Fällen ist der AN daher allein auf die Leistungen der BG angewiesen. Nun gibt es neben Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten auch andere

¹¹ BAG 16.08.1990, 2 AZR 113/90, NZA 1991, 141, AiB 1997, 284.

¹² Hunold, NZA 2004, 1206.

¹³ Wer Näheres zu dieser gar nicht so unwichtigen „kleinen Münze“ des Arbeitsrechts erfahren möchte, sei auf Däubler, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rn. 459 – 459 k verwiesen, wo alle diese (und noch ein paar weitere) Fragen behandelt sind. Das Buch ist leider in der im Vorwort genannten „juristischen Bibliothek“ nicht angeschafft worden. Zur Supermarktproblematik s. Däubler, AiB 2009, 350.

arbeitsbedingte Erkrankungen, bei denen § 104 Abs. 1 SGB VII nicht eingreift. Das *BAG* hatte schon in den 1960-er Jahren in einem Fall Schadensersatz gegen den AG zugesprochen, in dem ein leitender Angestellter nie Urlaub genommen, täglich 12 bis 16 Std. gearbeitet und nach ärztlichem Urteil aufgrund dieser Umstände einen Schlaganfall erlitten hatte.¹⁵ Dasselbe geschah einige Jahre später in einem weiteren, ähnlich gelagerten Fall.¹⁶ In jüngerer Zeit kam das *BAG* zum selben Ergebnis, als ein Oberarzt aufgrund systematischer Schikane („Mobbing“) durch den Chefarzt psychisch erkrankte und dadurch Schäden erlitt.¹⁷ Weniger bekannt ist der Fall einer Berufsschullehrerin, die sich bei der Wundversorgung eines drogenabhängigen Schülers mit Hepatitis C ansteckte und von ihrem AG Schadensersatz bekam, weil nach Auffassung der BG und des SG kein Arbeitsunfall vorlag.¹⁸

Wie geht nun der Kommentar mit dieser nicht ganz uninteressanten „Restgröße“ der arbeitsbedingten Gesundheitsschäden um? In § 611 BGB Rn. 928 wird die Frage untersucht, inwieweit die Arbeitgeberhaftung generell im Arbeitsvertrag abbedungen werden könne. Diese stelle sich aber sowieso nur dann, wenn es sich um keinen Versicherungsfall handle, was etwa bei Betriebsfeiern der Fall sein könne. Mehr findet man zunächst nicht. Im Folgenden wird die vertragliche, anschließend die deliktische Haftung im allg. abgehandelt. Dabei wird die Haftung für Mobbinghandlungen ausdrücklich bejaht, die als Verletzung des Persönlichkeitsrechts, nicht als Eingriff in die Gesundheit qualifiziert werden (§ 611 BGB Rn. 939). Etwas missverständlich wird in Rn. 937 vom Haftungsausschluss des AG bei Körperschäden gesprochen, was sich unschwer als „alle“ Körperschäden liest, weil keine Ausnahme angedeutet ist. Im nächsten Abschnitt (Rn. 946 ff.) ist von der verschuldensunabhängigen Einstandspflicht des AG für Sach- und Vermögensschäden des AN die Rede, die sich aus § 670 BGB ergibt. In Rn. 948 heißt es, bei vom AN erlittenen Personenschäden greife der Haftungsausschluss des § 104 SGB VII ein; von sonstigen arbeitsbedingten Erkrankungen ist auch hier nicht die Rede, obwohl schon das *RG*¹⁹ die Ersatzpflicht nach § 670 BGB auch auf die partielle Aufopferung der Gesundheit erstreckt hat.²⁰ Der Ausnahmereich bleibt irgendwie eine Realität 2. oder 3. Klasse. Wer den Kommentar liest, würde schwerlich auf die Idee verfallen, dass auch dann, wenn kein Arbeitsunfall und keine Berufskrankheit vorliegen, für den Geschädigten noch nicht alles verloren ist.

3. Betriebsänderungen und Tarifsozialplan

Ob der Katalog von Betriebsänderungen nach § 111 S. 3 BetrVG abschließenden Charakter hat, ist eine alte Streitfrage; mittlerweile wird sie von der Mehrheit der Autoren verneint.²¹ Das *BAG* hat die Frage lange Zeit dahinstehen lassen,²² in jüngster Zeit jedoch von einer „beispielhaften Aufstellung“ gesprochen²³ und das Vorliegen einer Betriebsänderung nach § 111 S. 1 geprüft, als weder S. 3 Nr. 4 noch S. 3 Nr. 5 erfüllt waren.²⁴ Die erste dieser beiden Entscheidungen hätte der Kommentar berücksichtigen können, doch ist dies nicht geschehen (§ 111 BetrVG Rn. 10). Stattdessen wird vorsichtig gesagt, dass es auf den Tatbestand des

¹⁴ *BAG* 10.10.2002, 8 AZR 103/02, NZA 2003, 436, AuR 2003, 122; ebenso *BGH* 11.02.2003, VI ZR 34/02, BGHZ 154, 11, 13 ff.

¹⁵ *BAG* 13.03.67, 2 AZR 133/66, AP Nr. 15 zu § 618 BGB mit zust. Anm. *A. Hueck*.

¹⁶ *BAG* 27.02.70, 1 AZR 258/69, AP Nr. 16 zu § 618 BGB mit insoweit zust. Anm. *Sieg*.

¹⁷ *BAG* 25.10.2007, 8 AZR 593/06, NZA 2008, 223, AuR 2008, 119.

¹⁸ *BAG* 14.12.2006, 8 AZR 628/05, AP Nr. 28 zu § 618 BGB.

¹⁹ *RG* 07.05.41, VI 72/40, RGZ 167, 85, 89.

²⁰ Zust. *BGH* 05.12.83, II ZR 252/82, BGHZ 89, 153, 157.

²¹ Nachw. bei *DKKW-Däubler* (15. Aufl. 2016) § 111 Rn. 45 Fn. 133.

²² Zuletzt in AP Nr. 26 zu § 111 BetrVG 1972.

²³ *BAG* 09.11.2010, 1 AZR 708/09, NZA 2011, 466 Tz. 13, AuR 2011, 223.

²⁴ *BAG* 22.03.2016, 1 ABR 12/14, NZA 2016, 894 Tz. 28, AuR 2016, XXX.

Satz 1 in aller Regel nicht ankomme, was so nicht zutrifft.²⁵ Im Folgenden ist dann nur noch von „wesentlichen Nachteilen“ die Rede, die bei „etwaigen weiteren Betriebsänderungen“ in Betracht kommen.

Ähnlich unbefriedigend ist die Stellungnahme zum Tarifsozialplan. In § 1 TVG Rn. 188 wird im Anschluss an Entscheidungen des *BAG* bemerkt, Tarifsozialpläne seien „grds.“ zul. und „sogar“ erstreikbar, doch kritisiere die Lit., dass darin eine unzul. Einschränkung der unternehmerischen Freiheit liege. Dieser Einwand greife „jedenfalls“ dann nicht, wenn der TV freiwillig abgeschlossen werde. Typischerweise werden Juristen aber gefragt, wenn ein Streik nicht auszuschließen ist: Was soll man antworten, wenn man sich ausschließlich auf den Kommentar stützen will? Ähnlich unentschieden ist die Haltung zu Standortsicherungsverträgen; ihre Erstreikbarkeit sei „verfassungsrechtlich bedenklich“ (§ 1 TVG Rn. 187). Derlei Unentschiedenheiten mögen in einem Kurzkomentar unvermeidbar sein, wo der Platz für argumentative Auseinandersetzungen fehlt; hier ist diese Entschuldigung ersichtlich fehl am Platze. Nicht erwähnt ist die Aussage des *BAG* in der Entscheidung zum Tarifsozialplan, es seien auch solche (Kompensations-)Forderungen zulässig, die die geplante Betriebsänderung wirtschaftlich sinnlos machen würden.²⁶ Wer auf rechtlich festem Boden stehen will, sollte von dieser Feststellung ausgehen.²⁷

4. Die unternehmerische Entscheidung im Kündigungsschutzrecht

Der AG kann entscheiden, welche Produkte er herstellen, welche Methoden er anwenden und wie viele Menschen er dabei einsetzen will. Eine gerichtliche Kontrolle findet nur statt, wenn seine Entscheidung „offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich“ ist oder wenn sie gegen geltende Rechtsnormen verstößt, die auch AN schützen sollen. Dies wird in sehr transparenter Weise und mit zahlreichen Nachw. auch im Kommentar so dargestellt (§ 1 KSchG Rn. 1104 ff., 1112 ff.). Eine Interessenabwägung soll in Übereinstimmung mit dem *BAG* nicht stattfinden: Die Abwägung der Vor- und Nachteile einer Kündigung würde letztlich doch zu einer Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung führen (§ 1 KSchG Rn. 1150). Eine Abwägung finde nur statt, wenn es bei der sozialen Auswahl darum gehe, ob berechnete betriebliche Belange für die Herausnahme eines sozial weniger schutzwürdigen AN aus der sozialen Auswahl und damit für seine Weiterbeschäftigung sprechen würden. Argumente für eine allg. Interessenabwägung, die es verbreitet in der Lit. gibt,²⁸ werden nicht genannt. So hat etwa das *BAG* von 1954-1979, also 25 Jahre lang, sehr wohl eine solche Interessenabwägung vorgenommen, ohne dass es deshalb zu wirtschaftlichen Unzuträglichkeiten gekommen wäre.²⁹ Weiter wird von den Kritikern grundrechtsdogmatisch argumentiert: Auch der AN ist nach allg. Auffassung durch das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Die Rechte beider Seiten haben keine „Drittwirkung“ in dem Sinn, dass sich im Arbeitsverhältnis jede Seite unmittelbar auf sie berufen könnte. Vielmehr ist es Sache des Gesetzgebers und des notfalls an seine Stelle tretenden Richters, die notwendigen Grenzziehungen vorzunehmen; sie sind zu einem angemessenen oder „ausgewogenen“ Ausgleich verpflichtet. Die Formel von den „dringenden“ betrieblichen Interessen spricht dafür, dass die Kündigung nur bei überwiegenden Arbeitgeberinteressen sozial gerechtfertigt

²⁵ Zahlreiche Anwendungsfälle bei *DKKW-Däubler* § 111 Rn. 119 – 124.

²⁶ *BAG* 24.04.2007, 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Tz. 112, AuR 2007, 180, 207, 365.

²⁷ Sehr viel informativer und klarer *ErfK-Linsenmaier* Art. 9 GG Rn. 114, 116; *HK-ArbR-Hensche* Art. 9 GG Rn. 102.

²⁸ *Kühling*, AuR 2003, 92; *P. Stein*, AuR 2003, 99; *Däubler*, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe? 2012 (HSI-Schriftenreihe Band 5); ders. AuR 2013, 9 ff.

²⁹ Für eine „umfassende Interessenabwägung“ etwa *BAG* 03.05.70, 4 AZR 65/78, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung, *BAG* 25.06.64, 2 AZR 382/63, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung, AuR 1965, 124; *BAG* 03.05.78, 4 AZR 698/76, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, AuR 1979, 124;.

sein soll.³⁰ Niemand kann erwarten, dass dieser Argumentation gefolgt oder dass sie gar eins zu eins übernommen wird. Aber wer sich lt. Vorwort um eine über das Übliche hinausgehende „Argumentationstiefe“ bemüht, sollte sich mit diesen Gesichtspunkten auseinandersetzen.³¹ Schließlich könnte ein Gericht auf die Idee kommen, sie sich zu eigen zu machen; auf diese „Gefahr“ müsste man als Arbeitgeberanwalt doch wohl den Mandanten hinweisen. Beispiele aus der instanzgerichtlichen Rspr. gibt es durchaus;³² ob sie Nachahmer finden, lässt sich nie sicher abschätzen.

5. Die diskriminierende Kündigung

§ 2 Abs. 4 AGG hat die Kündigung aus dem Diskriminierungsschutz ausgenommen, was eine heftige Diskussion über die Unionsrechtswidrigkeit dieser Vorschrift zur Folge hatte.³³ Das BAG hat einen Kompromissweg gewählt, und berücksichtigt in richtlinienkonformer Interpretation die Diskriminierungsverbote im Rahmen des § 1 KSchG und sonstiger kündigungsschutzrechtlicher Vorschriften. Würde etwa wegen einer Weltanschauung oder der sexuellen Orientierung gekündigt, wäre die Kündigung allein deshalb unwirksam.³⁴ Offen bleibt dabei zunächst, ob auch die Schadensersatzsanktionen des § 15 AGG eingreifen, wenn eines der verpönten Merkmale des § 1 AGG der Kündigung zugrunde lag. Diese Frage hat das BAG in einer neueren Entscheidung bejaht³⁵ und damit dem § 2 Abs. 4 AGG ein weiteres Stück seiner Ausschlusswirkung genommen. Wie geht nun der Kommentar mit dieser Problematik um, die deshalb nicht unwichtig ist, weil ein Ersatz des immateriellen Schadens auch dann noch verlangt werden kann, wenn die Kündigung als solche wegen Ablaufs der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG wirksam ist? Die BAG-Entscheidung wird korrekt referiert (§ 2 AGG Rn. 21), doch werden keine weitergehenden Überlegungen angestellt. Wie ist bspw. der immaterielle Schaden zu bestimmen, der wegen des diskriminierenden Elements in der Kündigung zu bezahlen ist? Da es hier keine „Schmerzensgeldtabellen“ gibt, wäre eine Handreichung (auch im Hinblick auf Vergleichsverhandlungen) recht nützlich gewesen. Außerdem kann man die Frage stellen, ob ein nach § 15 Abs. 1 AGG zu ersetzender materieller Schaden vorliegt, wenn der Gekündigte einen üblichen Abfindungsvergleich geschlossen hat. Unterbricht ein solches Verhalten den Kausalzusammenhang? Wenn nein, muss man dann in Anlehnung an die Rspr. zum Auflösungsverschulden³⁶ den Wert des Arbeitsplatzes entspr. §§ 9, 10 KSchG bestimmen? Liegt der Schaden in der Differenz zwischen der ausgehandelten Abfindung und dem Betrag, der sich nach §§ 9, 10 KSchG ergeben würde? Das sind nur einige der Folgefragen, die sich dem Interessierten automatisch stellen.

6. Arbeitskampfrecht

In jüngster Zeit ist die alte Frage wieder relevant geworden, ob ein Streik auch dann rechtswidrig wird, wenn nur eine von vielen Forderungen gegen geltendes Recht verstößt, weil ihr Gegenstand bspw. noch unter die Friedenspflicht fällt. Das BAG hat sich mit einer (derzeit) noch nicht bekannten Begründung für die Rechtswidrigkeit des gesamten Streiks, also für die sog. Rühreitheorie entschieden, wonach ein verdorbenes Ei das ganze Omelett

³⁰ Dazu auch *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 248.

³¹ Ao etwa HK-ArbR-M. *Schubert*, § 1 KSchG Rn. 392 ff., 410 ff.

³² S. ArbG *Gelsenkirchen* 28.10.97, 2 Ca 3762/96, NZA 1998, 944, AuR 1999, 38 mit Anm. *Däubler*; ArbG *Berlin* 17.02.2000, 4 Ca 32471/99, AuR 2001, 72.

³³ Überblick bei *Däubler/Bertzbach-Däubler*, AGG. Handkommentar, 3. Aufl. 2013, § 2 Rn. 256 ff.

³⁴ So seit BAG 06.11.2008, 2 AZR 523/07, NZA 2009, 361, AuR 2009, 358.

³⁵ BAG 12.12.2013, 8 AZR 838/12, AP Nr. 17 zu § 15 AGG, AuR 2014, 39, 286.

³⁶ BAG 26.07.2001, 8 AZR 739/00, AP Nr. 13 zu § 628 BGB, AuR 2001, 348, AuR 2002, 75 und BAG 08.08.2002, 8 AZR 574/01, AP Nr. 14 zu § 628 BGB, AuR 2002, 349, 435.

ungenießbar macht.³⁷ Dies soll hier nicht diskutiert, vielmehr soll nur die Frage aufgeworfen werden, ob die Gewerkschaft ihr Risiko hätte erkennen können, wenn sie den Kommentar zu Rate gezogen hätte. Der Rezensent hat lange gesucht und zu der Frage nichts gefunden; ob es vielleicht doch irgendwo steht, lässt sich angesichts des Umfangs des Werkes nicht mit Sicherheit ausschließen.³⁸ Dass eine Gewerkschaft in der Folge eines rechtswidrigen Streiks Schadensersatz bezahlen muss, wird zu Recht hervorgehoben und mit einigen Aussagen aus der Rspr. ergänzt, wonach ggf. ein qualifiziertes Verschulden vorliegen muss (Art. 9 GG Rn. 247), doch werden wichtige Folgefragen nicht angesprochen: Ist die Arbeitgeberseite gehalten, den Streik möglichst frühzeitig durch einstweilige Verfügung verbieten zu lassen, um so ihrer Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 BGB zu genügen? Gibt es mit Rücksicht auf die von der Verfassung gewollte Funktion von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden evtl. eine Grenze für die Höhe des Schadensersatzes idS., dass er nicht zu einer Existenzvernichtung der Gewerkschaft führen darf?

Wie verhält sich der Kommentar zur Rspr. des *EGMR*, wonach auch Beamten ein Streikrecht zusteht, sofern sie keine hoheitliche Gewalt ausüben?³⁹ Viel Furore habe diese Rspr. gemacht, heißt es in Art. 9 GG Rn. 101, doch die Annahme, dass das dt. Streikverbot fallen werde, sei voreilig. Die Rspr. des *EGMR* sei nicht nur methodisch anfechtbar, sondern lasse auch jede Auseinandersetzung mit dem Alimentationsanspruch des Beamten vermissen, „der, anders als es bei einem AN der Fall ist, ein angemessenes Entgelt justiziabel macht und damit die Notwendigkeit eines Streikrechts von vorne herein entfallen lässt.“ Nun ging es in den beiden *EGMR*-Fällen um türkische Beamte; ob ihnen ein Alimentationsanspruch in unserem Sinne zusteht, ist dem Rezensenten nicht bekannt. Sich mit der Rechtslage in Deutschland auseinander zu setzen, bestand für den *EGMR* jedenfalls keine Veranlassung. Doch wie dem auch sei: Auch andere Beschäftigte haben Anspruch auf angemessene Vergütung, ohne dass dies einem Streikrecht entgegenstehen würde. Neben dem Mindestlohn existiert weiter die 2/3-Grenze in Bezug auf den einschlägigen TV,⁴⁰ die eine justiziable, Vergütung darstellt. Außerdem haben Azubis nach § 17 Abs. 1 S. 1 BBiG einen Anspruch auf „angemessene Vergütung“, und dennoch ist ihr Streikrecht nicht ausgeschlossen.⁴¹ Schließlich geht es beim Streik nicht nur um Lohnerhöhungen. Die Entscheidung des *BVerwG*, die im Februar 2014 ergangen ist und die einen aus seiner Sicht unüberbrückbaren Widerspruch zwischen EMRK und GG konstatierte,⁴² hätte eigentlich in einem Mitte 2016 erscheinenden Buch noch berücksichtigt werden müssen.

IV. Ergebnis

Die hier unternommenen Stichproben hatten ein vorwiegend negatives Ergebnis: Viele naheliegende Probleme wurden nicht angesprochen, von einer besonderen „Argumentationstiefe“ konnte nicht die Rede sein. Dies auf die ganzen 3 Bände des Kommentars zu erstrecken, wäre vermutlich ungerecht: Es gibt – etwa bei Teilen der Erläuterungen zum TVG oder zum Unionsrecht oder zur Stellung der ehrenamtlichen Richter – auch richtig gute Kommentierungen. Nur: Sie sind für das Gesamtwerk nicht repräsentativ. Eine Erweiterung der „Stichproben“ auf neue Themen, deren Ergebnis hier aus Platzgründen nicht wiedergegeben werden kann, brachte kein besseres Resultat.

³⁷ BAG 26.07.2016, 1 AZR 160/14 (PM), AuR 2016, XXX.

³⁸ Das Problem ist bspw. behandelt bei HK-ArbR-*Hensche* Art. 9 GG Rn. 114.

³⁹ *EGMR* 12.11.2008, Nr. 34503/97, AuR 2009, 269 – Demir u. Baykara; *EGMR* 21.04.2009, Nr. 68959/01, AuR 2009, 274 – Enerji Yapi-Yol Sen.

⁴⁰ ErfK-Franzen § 1 MiLoG Rn. 1; HWK-*Thüsing* § 611 BGB Rn. 78a ff.

⁴¹ BAG 30.08.1994, 1 AZR 765/93, NZA 1995, 32; ErfK-*Linsenmaier* Art. 9 GG Rn. 164.

⁴² *BVerwG* 27.02.2014, 2 C 1/13, AuR 2014, 431.

Für diesen Befund sehe ich 2 Ursachen. Zum einen wurden Veröffentlichungen, die etwas andere Wege gehen und dadurch den Argumentationshaushalt erweitern, nicht oder nur am Rande berücksichtigt. Dies gilt etwa für das Handbuch zum Arbeitsrecht von *Kittner/Zwanziger/Deinert*,⁴³ aber auch für zahlreiche Kommentare aus dem Bund-Verlag: Der eine oder andere zitiert sie, aber eine echte Auseinandersetzung findet nicht statt. Unbewusste Vorurteile mögen dabei eine Rolle spielen. Dass selbst Nomos-Produkte als nicht „stromlinienförmig“ genug eingeschätzt werden, wird nicht zuletzt daran deutlich, dass der dort erschienene Stichwortkommentar zum Behindertenrecht⁴⁴ - soweit ersichtlich – nirgends Erwähnung findet. Auch der Nomos-Handkommentar zum Arbeitsrecht⁴⁵ sieht sich nicht gerade häufig zitiert. Denken und Argumentieren wird, so scheint es, von vielen Autoren als gefahrgeneigte Tätigkeit gesehen – was übrigens dazu führt, dass nicht nur arbeitnehmerorientierte Veröffentlichungen mit eigenständigen Überlegungen, sondern auch dezidiert liberale Querdenker wie *Volker Rieble* kaum erwähnt werden.

Zum zweiten sind die 115 Autoren (die jetzt möglicherweise alle „verschnupft“ sind) typischerweise in einer beruflichen Situation, die das Schreiben an einem Kommentar zu einer Zusatzarbeit macht, die man am Wochenende oder im Urlaub erledigen muss. Dies bedeutet, dass man im Prinzip das zusammenstellt, was die Rspr. entschieden hat und was die gängigsten Kommentare schreiben: Die Muße zum Nachdenken fehlt, man ist froh, wenn man angesichts der Fülle des Materials überhaupt einen Text zustande bringt. Viele geraten in Verzug, was Mahnungen des Verlags oder des zust. Hrsg. zur Folge hat. Das Schreiben wird dann zu einer besonders lästigen Pflicht und ist keine interessante, aus der Routine herausführende Tätigkeit mehr.

Bei allem Verständnis: Da bisweilen auch einschlägige Rspr. nicht verarbeitet ist, muss davor gewarnt werden, die 3 Bände als ausschließliche Informationsquelle zu nutzen. Als Ergänzung haben sie in einer großen Bibliothek mit gutem Budget sicherlich ihren Platz.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

⁴³ 8. Aufl. 2015.

⁴⁴ Herausgegeben von *Deinert* und *Welti*, 2014.

⁴⁵ Oben Fn. 2.