

Wie aus Recht Wirklichkeit werden könnte

von Wolfgang Däubler

I. Die Ausgangssituation

Fragt man einen Praktiker des Arbeitsrechts, was denn geschehe, wenn der Überstundenzuschlag „vergessen“ oder eine rechtswidrige Kündigung ausgesprochen wird, so ist die Antwort kurz und knapp: Man zieht vors Arbeitsgericht und erhebt Zahlungs- bzw. Kündigungsschutzklage. Die Vorstellung ist tief im Bewusstsein der Arbeitenden, der Betriebsräte und Gewerkschaften wie der Prozessvertreter verankert; wenn eine einvernehmliche Lösung im Wege eines Gesprächs nicht möglich ist, gibt es keine andere Alternative. Die juristische Literatur trägt dem Rechnung; Lehr- und Handbücher des Arbeitsrechts enthalten in der Regel ein Schlusskapitel über „das arbeitsgerichtliche Verfahren“.

Die Nachteile, die mit dieser Eingleisigkeit verbunden sind, werden meist nicht oder nur am Rande angesprochen. Zu Gericht zu gehen, mag bei der Bewältigung von Verkehrsunfällen oder bei Mietstreitigkeiten eine Selbstverständlichkeit sein; im Arbeitsverhältnis ist sie es nicht. Die hierarchische Beziehung, die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und oft auch zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat besteht, wird durch den „Gang nach draußen“ gestört mit ungewissen Folgen, Dies schreckt ab. Und ein gerichtliches Verfahren braucht Zeit Soll ein Streitfall voll aufgeklärt und das Geschehen durch Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen rekonstruiert werden, so kann schon in der ersten Instanz ein Jahr ins Land gehen. Kommt es zu einer Berufung oder gar zu einer Revision, ist mit einer deutlichen Verlängerung zu rechnen. Zum Abhängigkeitsfaktor kommt der Zeitfaktor hinzu.

Gibt es wirksamere und schnellere Verfahren, um zum Ziel zu kommen? In der Vergangenheit wurde verschiedentlich an Verbandsklagen und kollektive Selbsthilfe durch Arbeitsverweigerung gedacht. Heute steht in bestimmten Teilen des Arbeitsrechts die Intervention einer Behörde im Vordergrund, die verbindliche Anweisungen geben, aber auch Sanktionen verhängen kann. Läge hier möglicherweise ein Ausweg, der die Nachteile des arbeitsgerichtlichen Verfahrens vermeidet?

Michael Kittner war als Justiziar, Wissenschaftler und politischer Mensch zeitlebens damit konfrontiert, aus dieser Situation das Beste für die Betroffenen zu machen. Aus vielen Gesprächen mit ihm weiß ich, dass ihn dieses Thema auch heute noch bewegt. Sein jüngst gemachter Vorschlag, Betriebsräte notfalls durch das Arbeitsgericht einsetzen zu lassen,¹ vermag dies nachhaltig zu unterstreichen.

II. Rechtsweg mit Hindernissen

1. Die Abhängigkeit des Individuums

Arbeitnehmer und sonstige Beschäftigte sind keine gelernten Juristen. Dies kann unschwer dazu führen, dass ein Rechtsverstoß gar nicht als solcher erkannt wird: Der Einzelne weiß nicht, dass die pauschale Abgeltung aller Überstunden nach der Rechtsprechung des BAG² unzulässig ist und hält deshalb die Klausel für wirksam. In anderen Fällen mögen Zweifel auftauchen, aber er/sie kennt niemanden, der die Frage klären könnte, und der Gang zum Rechtsanwalt ist nicht jedermanns Sache. Auch wer sich rechtswidrig behandelt fühlt, hat bisweilen die Vorstellung, von „denen da oben“ sei sowieso nichts zu erwarten; eine entsprechende Haltung ist mir besonders häufig bei Leiharbeitern begegnet. Auch wenn keines dieser „Hindernisse“ greift, bleibt die Befürchtung, der Arbeitgeber könne den Gang zum Gericht als Illoyalität werten. In einem autoritär geführten Betrieb kann dies zu einer Kündigung unter einem Vorwand führen, doch wird es nicht immer um solch grobe Mittel gehen: Wer sich als Kläger gegen den Arbeitgeber exponiert, muss damit rechnen, dass der „beliebtere“ Kollege die interessanteren Aufträge bekommt und dann auch bei einer Beförderung den Vorzug erhält. Auch wer sich nicht um solche Dinge kümmert (weil er etwa bald ausscheiden will), wird bei umstrittenen Tatsachen Schwierigkeiten haben, objektive Zeugenaussagen von Kolleginnen und Kollegen zu bekommen. Diese „werden möglicherweise zögern, gegen ihren Arbeitgeber auszusagen, weil sie befürchten, dass dieser Maßnahmen ergreift, durch die das Arbeitsverhältnis zu ihren Ungunsten beeinflusst werden könnte“ – so wörtlich der EuGH³, dem niemand eine Parteinahme zugunsten der Arbeitnehmer unterstellt. Die im Arbeitsverhältnis bestehende Abhängigkeit setzt sich ersichtlich in das gerichtliche Verfahren hinein fort. Dessen Regeln sind aber so beschaffen, wie wenn sich zwei gleich starke „autonome“ Parteien gegenüber stehen würden; Vorschläge

¹ NZA 9/2020 Editorial

² 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335

³ 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 - CCOO

für ein kompensatorisches Verfahren, die die strukturelle Schwäche des Arbeitnehmers mildern oder ausgleichen wollen,⁴ haben bisher keinen Niederschlag in der Praxis gefunden.

2. Der Zeitfaktor

Ein gerichtliches Verfahren braucht Zeit. Fristen sind einzuhalten, jede Seite muss zum Vorbringen der anderen Partei Stellung nehmen können. Das ist legitim und eine notwendige Konsequenz des Rechtsstaatsprinzips. Nur: Es führt dazu, dass der Arbeitnehmer das von ihm eingeklagte Entgelt erst Monate, manchmal auch Jahre später erhält. Gravierender sind die Folgen bei Kündigungsschutzstreitigkeiten, die im Jahre 2018 43 % aller anhängigen Verfahren ausmachten.⁵ Wird erst nach zwei Jahren festgestellt, dass die Kündigung unberechtigt war, so ist der Arbeitsplatz längst weggefallen oder mit einer anderen Person besetzt. Eine Rückkehr in den Betrieb ist zwar rechtlich möglich und geboten, faktisch aber sehr problematisch, wenn sich keine angemessene Alternativtätigkeit finden lässt. Dies führt dazu, dass typischerweise längst vorher ein Vergleich geschlossen wird. Daran ist auch der Arbeitgeber interessiert, der bei verlorenem Prozess für die gesamte Verfahrensdauer das Entgelt gemäß § 615 BGB nachbezahlen müsste. Der einstweilige Rechtsschutz hilft nur in Ausnahmefällen, wobei die Schwelle für eine vorläufige Entgeltzahlung noch sehr viel höher liegt als bei einer vorläufigen Weiterbeschäftigung.

III. Kollektiver Rechtsschutz und Klagerecht für Behörden

Die Schwäche des Individuums kann durch eine Verbandsklage überwunden werden, wie sie beispielsweise im Umweltrecht oder im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen existiert. Voraussetzung ist allerdings, dass der fragliche Verband keiner Ermächtigung durch den Einzelnen bedarf. Auch ein Widerspruchsrecht des Betroffenen wäre wenig hilfreich, weil es der Arbeitgeber als Illoyalität werten könnte, wenn der Arbeitnehmer von diesem keinen Gebrauch macht. Die Verbandsklage hätte den zusätzlichen Vorteil, dass sie bestimmte Fragen wie die Auslegung und Wirksamkeit bestimmter Arbeitsvertragsklauseln für eine Vielzahl von Fällen lösen könnte; das AGB-Recht bietet hierfür genügend Anschauungsmaterial. Nur: Das alles gilt für viele andere Rechtsgebiete, nicht aber für das

⁴ Vgl. etwa Wassermann, Der soziale Zivilprozess, 1978

⁵ Zahlenangaben nach Grotmann-Höfling AuR 2018, 452 (453). Die Zahlungsklagen machten demgegenüber rund 30 % aus.

Arbeitsrecht. § 15 Unterlassungsklagengesetz⁶ bestimmt in aller Kürze und Eindeutigkeit: „Dieses Gesetz findet auf das Arbeitsrecht keine Anwendung.“ Forderungen, dies zu ändern, gibt es auch von Seiten der Gewerkschaften, doch gewinnt man nicht den Eindruck, dass dieser Gegenstand auf der Prioritätenliste ganz oben stehen würde. Erst recht gilt dies für die sog. class action, wie sie insbesondere in den USA entwickelt wurde: Eine größere Zahl von Betroffenen schließt sich zusammen und klagt gemeinsam einen Anspruch ein, den (z. B. wegen Diskriminierung) jeder von ihnen zu haben behauptet. Kommt es dann tatsächlich zu einer Verurteilung des Beklagten, wirkt dies auch zugunsten von Betroffenen, die nicht am Verfahren beteiligt waren.⁷ Was bleibt, ist die Behördenklage nach § 25 HAG, mit deren Hilfe das durch die Heimarbeitsausschüsse festgesetzte Entgelt eingeklagt werden kann; im Jahre 2018 kam es auf dieser Grundlage zu insgesamt 25 Verfahren.⁸ Bemerkenswert ist, dass das Gesetz über Mindestarbeitsbedingungen vom 11. Januar 1952 in § 13 ebenfalls eine Behördenklage vorsah, während das Mindestlohnengesetz vom 11. August 2014⁹ trotz entsprechender Hinweise in der Literatur auf eine entsprechende Vorschrift verzichtete.¹⁰

Diese eindeutige Negativ-Regelung kennt nur wenige Ausnahmen, die überdies nicht als solche kenntlich gemacht werden. Nach der Rechtsprechung des BAG kann eine tarifschießende Gewerkschaft gegen einen Arbeitgeber vorgehen, der durch arbeitsvertragliche Einheitsregelungen oder durch Absprache mit dem Betriebsrat eine gegen den Tarifvertrag verstoßende Konkurrenzordnung etabliert.¹¹ Die Gewerkschaft kann für die Zukunft Unterlassung sowie die Beseitigung noch wirksamer Beeinträchtigungen verlangen. Der einzelne Arbeitnehmer wird so von der Aufgabe befreit, seine tariflichen Rechte gegen den Arbeitgeber einklagen zu müssen. Die praktische Bedeutung dieser Rechtsprechung ist allerdings eher skeptisch zu beurteilen, da eine spätere Entscheidung eines anderen Senats¹² von der klagenden Gewerkschaft verlangte, ihre Mitglieder im Einzelnen namhaft zu machen, was gerade bei innerbetrieblichen Konfliktsituationen schwierig bis unzumutbar ist.¹³ Eine Annäherung an die Verbandsklage enthält § 85 SGB IX zugunsten von schwerbehinderten Menschen: Behindertenverbände können an ihrer Stelle auch Rechte als Arbeitnehmer

⁶ v. 26.11.2001, idF der Bekanntmachung vom 27. August 2002 (BGBl I S. 3422, 4346), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 26. November 2020 (BGBl I S. 2568)

⁷ Näher Däubler, AuR 1995, 305 (311)

⁸ Mitgeteilt bei Grotmann-Höfling AuR 2019, 452 (453)

⁹ BGBl I S. 1348

¹⁰ Däubler, NJW 2014, 1924 (1928)

¹¹ BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887.

¹² BAG 19.3.2003 – 4 AZR 271/02, NZA 2003, 1221

¹³ Kritisch deshalb Kocher NZA 2005, 1401.

einklagen, doch muss das Einverständnis des jeweils Betroffenen eingeholt werden. In der Praxis spielt diese Form des Rechtsschutzes bisher eine denkbar geringe Rolle.¹⁴

Ein entfernte Ähnlichkeit mit der class action entsteht dann, wenn eine Gruppe von gleichermaßen betroffenen Arbeitnehmern Einzelklagen erhebt, dann jedoch mit der Gegenseite vereinbart, dass nur ein Verfahren durchgeführt wird, dessen Ergebnis dann für alle übrigen maßgebend sein soll. Eine derartige „Musterprozessabrede“ hängt allerdings von der Kooperationsbereitschaft der Gegenseite ab und wirkt nur zugunsten derjenigen, die sich an der Aktion beteiligt haben. „Massenklagen“ dieser Art fanden in der Vergangenheit bei offenkundiger Benachteiligung von Frauen¹⁵ und als gewerkschaftliche Aktion gegen die Aussperrung statt.¹⁶

IV. Selbsthilfe

Wo der Weg zum Gericht wegen der vielen Hindernisse nicht gangbar ist, könnte es naheliegen, andere Formen der Konfliktaustragung zu wählen. Mittlere und größere Unternehmen entscheiden sich in ihren Verträgen häufig für Schiedsgerichte, weil sie von ihnen eine schnellere und praxisnähere Entscheidung erwarten als von den staatlichen Gerichten. Von den Unternehmen selbst aufgestellte Compliance-Regeln haben den Sinn, Rechtsverletzungen von vorne herein zu vermeiden und notfalls mit innerbetrieblichen Maßnahmen zu sanktionieren. Zu den Normen, zu denen sich Unternehmen in diesem Rahmen bekennen, zählt auch das Arbeitsrecht. Soweit dieses (wie in der Regel) auslegungsbedürftig ist, dürfte allerdings regelmäßig eine arbeitgeberfreundliche Interpretation zugrunde gelegt werden, so dass die Beschwerde eines Arbeitnehmers beim Compliance-Beauftragten nur in ganz offensichtlichen Fällen zum Erfolg führen wird. Meist dürfte es aussichtsreicher sein, sich an den Betriebsrat zu wenden. Macht er sich das Anliegen des Beschäftigten zueigen, kommt es zu Verhandlungen mit dem Arbeitgeber, die möglicherweise aussichtsreicher sein werden. Ein verbindlicher Spruch der Einigungsstelle scheidet allerdings in solchen Fällen an § 85 Abs. 2 Satz 3 BetrVG, wonach diese nicht über Rechtsansprüche entscheiden kann.

¹⁴ Belege bei Hlava, in: Deinert/Welti (Hrsg.), Behindertenrecht, Stichwortkommentar, 2. Aufl., 2018 Nr. 170 Rn. 27

¹⁵ Bekannt die Aktion der Heinze-Frauen aus Gelsenkirchen; dazu M. Kaiser (Hrsg.), Wir wollen gleiche Löhne! Dokumentation zum Kampf der 29 „Heinze“-Frauen, 1980

¹⁶ Dazu Kittner, 50 Urteile. Arbeitsgerichte schreiben Rechtsgeschichte, 2019, S. 300; Stürner JZ 1978, 499 ff.

Eine sehr viel sichtbarere Form der Selbsthilfe stellt die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts dar. Verletzt der Arbeitgeber arbeitsvertragliche Pflichten, so kann der Arbeitnehmer grundsätzlich nach § 273 BGB seine Arbeitskraft zurückhalten, also die Arbeit einstellen, bis der Arbeitgeber wieder zu einem rechtmäßigen Verhalten zurückgekehrt ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Pflichten im Arbeitsvertrag selbst festgelegt sind oder sich aus einem in Bezug genommenen Tarifvertrag oder dem Arbeitsschutzrecht ergeben. Sind zahlreiche Arbeitnehmer mit einer Pflichtverletzung konfrontiert, so können sie ihr Verhalten koordinieren und beispielsweise die Arbeit zum gleichen Zeitpunkt einstellen. Sie müssen lediglich deutlich machen, dass es sich nicht um einen Streik handelt.¹⁷ Während der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts bleibt nach allgemeiner Auffassung der Entgeltanspruch erhalten.¹⁸ Trotz seiner „arbeitnehmerfreundlichen“ Ausgestaltung spielt dieses Instrument in der Praxis eine sehr geringe Rolle. Dies mag damit zusammen hängen, dass der Rechtsverstoß des Arbeitgebers häufig nicht klar zutage liegt und ggf. eine Kündigung drohen könnte, wenn man die Rechtslage falsch einschätzt. Daneben dürfte eine Rolle spielen, dass § 273 BGB nicht zum Kernbereich arbeitsrechtlicher Kenntnisse eines Gewerkschaftssekretärs oder sonstigen Rechtsberaters gehört.

V. Kontrolle durch Aufsichtsbehörden

Die Aufsichtsbehörden spielen im deutschen Arbeitsrecht eine eher untergeordnete Rolle. Die Gewerbeaufsicht kontrolliert traditionellerweise nur die Einhaltung des Arbeitsschutz – und des Arbeitszeitrechts. und unterscheidet sich dadurch u. a. vom französischen inspecteur de travail. Ob die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall korrekt praktiziert und der gesetzliche Urlaubsanspruch erfüllt wird, hat sie nicht zu interessieren. Erst recht kontrolliert sie nicht die Einhaltung von Tarifverträgen oder von arbeitsvertraglich übernommenen Pflichten.

Dass dies bis heute auch von Arbeitnehmerseite klaglos hingenommen wird, ist im Grunde erstaunlich. Die Aufsichtsbehörde ist dem Anspruch nach und meist auch in der Realität eine unabhängige Größe, die nur an das Gesetz gebunden ist. Soziale Abhängigkeit spielt in der Regel keine Rolle – sieht man einmal von jenen Extremfällen ab, in denen ein Unternehmen mit Verlagerung droht. Auch der Zeitfaktor ist praktisch zu vernachlässigen, wenn die Behörde befugt ist, sofort vollziehbare Verwaltungsakte zu erlassen. Die Gebrechen des

¹⁷ Einzelheiten und weitere Nachweise bei Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., 2018, § 28 Rn. 38 ff.

¹⁸ So bereits BAG 20.12.1963 – 1 AZR 428/62, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 7; Linck, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, § 50 Rn. 10.

Individualrechtsschutzes sind im Regelfall verschwunden. Selbstredend steht dem Arbeitgeber das Recht zu, den ihn treffenden Verwaltungsakt durch die Verwaltungsgerichte überprüfen zu lassen. Doch zunächst gilt das von der Behörde Angeordnete. Im Vergleich zum traditionellen gerichtlichen Rechtsschutz sind die Rollen vertauscht; die Zeit arbeitet für den Arbeitnehmer.

In einzelnen Sektoren ist von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht worden. Dies gilt etwa für den Mindestlohn in all den Branchen, in denen Arbeitszeit und bezahlte Vergütung dokumentiert werden müssen, es gilt für die Schwarzarbeit und die illegale Ausländerbeschäftigung. Große Bedeutung kommt der Aufsicht auch im Datenschutz zu: Die Behörde kann vielfältige Anordnungen treffen und hohe Bußgelder verhängen. Im Einzelfall kann sie sogar schneller sein als der einstweilige Rechtsschutz, wie eine Entscheidung des ArbG Oldenburg¹⁹ zeigt: Der Arbeitgeber hatte Videokameras aufgestellt, die ab Streikbeginn am Montag früh sämtliche Aktivitäten der Streikteilnehmer und anderer Personen aufzeichneten. Die Gewerkschaft beantragte beim Arbeitsgericht, ihm dies durch einstweilige Verfügung zu untersagen. Die mündliche Verhandlung fand am Donnerstag statt. Bereits am Dienstag war die Aufsichtsbehörde für den Datenschutz erschienen und drohte mit hohen Bußgeldern. Wenige Stunden später wurden die Kameras abgebaut und die vorhandenen Filme herausgegeben. Das Gericht hatte nur noch über die Kosten zu entscheiden.

Warum sollte man sich nicht viel mehr als bisher auf die behördliche Kontrolle stützen? Das Arbeitsschutzkontrollgesetz vom 22. Dezember 2020²⁰ ist ein Schritt in die richtige Richtung, weil es nicht nur in der Fleischwirtschaft, sondern in allen Branchen die Kontrollkapazitäten der Gewerbeaufsicht erhöht. Der nächste Schritt müsste eine Erweiterung ihrer Kompetenzen sein.

¹⁹ 8.2.2011 – 3 Ga 16/10, AuR 2011, 261 mit Anm. Garweg

²⁰ BGBl I S. 3334. Dazu Däubler NZA 2021, 86