

Zusammenfassung der Dissertation von Friedrich Schellen

(Titel: Die verständigen Arbeitsvertragsparteien)

Der „verständige Arbeitgeber“ und der „verständige Arbeitnehmer“ sind richterliche Argumentationsfiguren im Arbeitsrecht. Sie sind nicht gesetzlich verankert, mithin keine normativen Rechtsbegriffe, sondern rhetorisch-argumentative Redeweisen in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung. Von den Arbeitsgerichten über die Landesarbeitsgerichte bis hin zum (Bundesarbeitsgericht) BAG sind die Rechtsfiguren bis heute in knapp 800 Entscheidungen zum Einsatz gekommen. Allein das BAG greift seit 67 Jahren, beginnend mit der erstmaligen Verwendung des verständigen Arbeitgebers im Jahre 1954, in nunmehr insgesamt 176 Entscheidungen und 49 verschiedenen Anwendungsbereichen auf beide Rechtsfiguren zurück. Trotz dieser tiefgreifenden Verankerung und weitreichenden Verzahnung der richterlichen Redeweisen innerhalb der Rechtsprechungspraxis des BAG hat das Gericht selbst nur in zwei Entscheidungen Ausführungen zu den Rechtsfiguren gemacht, die über eine bloße unkommentierte Anwendung der Redeweisen hinausgehen. Selbst diese Ausführungen tragen jedoch nur sehr wenig zur Aufklärung des Wesensgehalts der Rechtsfiguren bei. In der arbeitsrechtlichen Literatur wird die Verwendung der Rechtsfiguren durch das BAG nahezu einhellig und teilweise scharf kritisiert. Allerdings versuchen nur weniger Autoren den Wesensgehalt und die Funktionen der Rechtsfiguren überhaupt im Ansatz herauszuarbeiten. Auch deren Ausführungen bleiben jedoch einzelfallbezogen und ohne eine über mehrere Anwendungsbereiche reichende systematische Fundierung.

Um diesen Mangel zu beheben, werden im Rahmen einer Rechtsprechungsanalyse *sämtliche* 176 Entscheidungen untersucht, in denen das BAG seit seiner erstmaligen Heranziehung des verständigen Arbeitgebers im Jahre 1954 auf beide Rechtsfiguren als argumentative Topoi zurückgegriffen hat. Diese Analyse ergibt folgende zusammenfassende Ergebnisse:

- Die Rechtsfiguren, die in 49 verschiedenen Anwendungsbereichen zum Einsatz kommen, werden in der großen Mehrheit der Anwendungsbereiche als Werkzeug zur Präzisierung unbestimmter Rechtsbegriffe verwendet.
- Im Rahmen des richterlichen Argumentationsprozesses kommen die Rechtsfiguren in ca. 62 % der Fälle als Teil der Maßstabsformulierung, also in der richterlichen Obersatzbildung, zum Einsatz. Demgegenüber werden die Rechtsfiguren auch in ca. 38 % und damit in über einem Drittel aller Anwendungsfälle *ausschließlich* im Bereich der Subsumtion sowie Ergebnisformulierung als reine Begründungstützen oder Ergebnispostulate eingesetzt. Diese Verwendungsweise ist methodologisch problematisch, denn ein flächendeckender Einsatz der Rechtsfiguren im Rahmen der Maßstabsbildung forderte zumindest im Ansatz eine weitere Begründung oder Subsumtion anhand der Rechtsfiguren heraus, die nach bisheriger Verwendungspraxis in vielen Fällen – gewollt oder ungewollt – unterbleibt.
- Die Rechtsfigur des verständigen Arbeitnehmers kommt in den meisten Fällen im Kontext der Auslegung von Willenserklärungen zum Einsatz. Dabei fällt auf, dass durch den Rückgriff auf die Rechtsfiguren die in §§ 133, 157 BGB verankerten Auslegungsgrundsätze strukturell unterlaufen zu werden drohen. Als prominente Beispiele einer solchen verfehlten Auslegungsweise unter Zuhilfenahme des verständigen Arbeitnehmers sind die mittlerweile überkommene Gleichstellungs-rechtsprechung im Kontext von Bezugnahme Klauseln sowie die BAG-Rechtsprechung zu Anrechnungsvorbehalten und zur Betriebsvereinbarungsoffenheit von Arbeitsverträgen zu nennen.
- Allgemein ergibt die Analyse des kontextuell-argumentativen Umfelds der Rechtsfiguren zwar einen mehrheitlichen Bezug des verständigen *Arbeitnehmers* zur Auslegung von Willenserklärungen sowie des verständigen *Arbeitgebers* zur Argumentationsweise der Interessenabwägung. Trotz dieser Verwendungstendenzen kann in der Gesamtheit der analysierten Entscheidungen des BAG ein eindeutiges und kohärentes Verwendungskonzept für die Rechtsfiguren der verständigen Arbeitsvertragsparteien nicht ausgemacht werden. Dies ist problematisch, denn, wenn die Gerichte schon auf die Rechtsfiguren als eigene Rechtsschöpfungen zurückgreifen, so wäre ein einheitliches und durchgängiges Verwendungskonzept bereits aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit sowie der Vorherseh- und Nachvollziehbarkeit richterlicher Entscheidungen wünschenswert. Im Gegenteil wirken die Rechtsfiguren wie Traditionsargumente aus dem „kollektiven Unterbewusstsein“ des BAG, auf die das Gericht je nach Sachverhalt mit pragmatischer Ergebnisorientierung zurückgreift. Ohne ein reflektiertes und als solches auch klar

artikuliertes oder zumindest mittelbar erkenn- und voraussehbares Bild von den Rechtsfiguren birgt ihre Verwendung durch das BAG die Gefahr beliebiger und intransparenter Ergebnisse.

Die „verständige Betrachtung“ als richterliche Beurteilungsgröße kommt auch in einigen anderen Rechtsgebieten in vielfältigen Ausprägungen (vom „verständigen Eigentümer“ oder „verständigen Verbraucher“ im allgemeinen Zivilrecht über den „verständigen Durchschnittsmenschen“ im privaten Nachbarrecht, den „verständigen Patienten“ im Arzthaftungsrecht bis hin zum „verständigen Anleger“ im Kapitalmarktrecht) zum Einsatz. Im Rahmen der rechtsbereichsübergreifenden Untersuchung dieser Rechtsfiguren wird sodann festgestellt, dass der verständige Betrachter in der richterlichen Argumentationsarbeit im Allgemeinen eine objektivierte, aber gleichzeitig situationsverhaftete Interessenabwägung personifiziert. Die verständige Betrachtung ist damit eine Denk- und Artikulationshilfe des Richters, der durch die Augen einer fiktiven objektivierten Bezugsperson das konkrete Rechtsproblem mit Erwägungen der gegenseitigen Rücksichtnahme unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalles zu lösen versucht.

Vor dem Hintergrund der Ergebnisse der Rechtssprechungsanalyse sowie der rechtsbereichsübergreifenden Untersuchung werden sodann die Zukunftsaussichten der verständigen Arbeitsvertragsparteien in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung kritisch hinterfragt. Hauptgegenstand der Darlegungen ist die Frage, ob vor dem Hintergrund der herausgearbeiteten strukturellen Defizite der Verwendung der verständigen Arbeitsvertragsparteien durch das BAG einerseits sowie mit Blick auf die herausgearbeiteten allgemeinen Wesens- und Funktionsmerkmale der verständigen Betrachtung andererseits auf die Rechtsfiguren in der zukünftigen arbeitsgerichtlichen Arbeit verzichtet werden muss (*notwendiger Verzicht*) oder jedenfalls verzichtet werden sollte (*empfohlener Verzicht*). Die Frage des rechtlich notwendigen Verzichts wird maßgeblich anhand der Dogmatik richterlicher Rechtsfortbildung sowie ihrer Grenzen beurteilt. Hierbei ist festzustellen, dass die Verwendung der Rechtsfiguren durch das BAG über 49 Anwendungsbereiche und 176 Einzel-Entscheidungen hinweg *nicht pauschal* als Rechtsfortbildung oder gar unzulässige Rechtsfortbildung eingeordnet werden kann. Eine solche Qualifizierung bereits der allgemeinen Verwendungspraxis des Gerichts verbietet sich allein deshalb, weil eine einheitliche und kohärente Einsatz- und Verwendungsweise für die Rechtsfiguren nicht besteht. Die Frage, ob wegen der Verwendung der Rechtsfiguren von unzulässiger Rechtsfortbildung auszugehen ist, kann nur *einzelfallbezogen* mit Blick auf den konkreten Anwendungsbereich beantwortet werden. Im Einzelfall kann die Verwendung der Rechtsfiguren der verständigen Arbeitsvertragsparteien durch das BAG, wie anhand der Rechtsprechung des Ersten Senats zur konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit von Arbeitsverträgen (1 AZR 417/12 vom 05.03.2013) exemplarisch dargestellt wird, aber sehr wohl als unzulässige richterliche Rechtsfortbildung qualifiziert werden. Auch wenn die Verwendung der Rechtsfiguren durch das BAG nicht pauschal als unzulässige Rechtsfortbildung eingeordnet werden kann, wird dem BAG und auch den sonstigen Gerichten für Arbeitssachen dennoch nachdrücklich empfohlen, auf beide Rechtsfiguren in ihrer zukünftigen Argumentations- und Formulierungsarbeit vollständig zu verzichten. Dafür streiten bereits die oben dargelegten strukturellen Defizite in der bisherigen Verwendungspraxis des BAG. Die rechtsbereichsübergreifende Untersuchung der verständigen Betrachtung hat zudem offengelegt, dass die Argumentationsweise der *Interessenabwägung* ein wesensimmanenter Bestandteil der verständigen Betrachtung als allgemeiner Beurteilungsgröße ist. Erkennt man diese rechtsbereichsübergreifende Wesensbestimmung auch für den spezifischen Einsatz der verständigen Arbeitsvertragsparteien im Arbeitsrecht als allgemeinen Orientierungsrahmen an, sind die Rechtsfiguren methodisch *nicht* für den Einsatz in *Auslegungskonstellationen geeignet*. Schließlich gehen von der Verwendungsweise der Rechtsfiguren durch das BAG auch spezifische *negative Wirkeffekte* auf die konkret von einem Urteilspruch betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus.

Im Kern ist die Arbeit damit als ein Plädoyer für den vollständigen Verzicht auf die richterlichen Redeweisen des verständigen Arbeitgebers und des verständigen Arbeitnehmers in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zu verstehen.