

Das Prinzip der Selbstverantwortung

Grundlagen und Bedeutung
im heutigen Privatrecht

Herausgegeben von
Karl Riesenhuber

Mohr Siebeck

Karl Riesenhuber, geboren 1967; Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht an der Ruhr-Universität Bochum.

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung in Köln.

ISBN 978-3-16-150732-8

ISSN 0083-7113 (Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel-Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIII
§ 1 Das Prinzip der Selbstverantwortung – Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht <i>Karl Riesenhuber</i>	1
1. Teil: Grundlagen	
§ 2 Das Prinzip der Selbstverantwortung im römischen Recht <i>Jan Dirk Harke</i>	23
Diskussionsbericht <i>Martin Metzler</i>	39
§ 3 Freiheit und Verantwortung – Neurowissenschaftliche Erkenntnisse und ordnungsökonomische Folgerungen <i>Viktor J. Vanberg</i>	45
§ 4 Selbstverantwortung aus der Sicht der Kognitionswissenschaften <i>Wolfgang Prinz</i>	73
Diskussionsbericht <i>Alexander Roos</i>	93
§ 5 Das Prinzip der Selbstverantwortung – Verhaltensökonomische Grundlagen <i>Matthias Leistner</i>	101

§ 6	Das Prinzip der Selbstverantwortung in der verhaltenswissenschaftlichen Organisations- und Führungsforschung <i>Uta Wilkens/Daniel Nermerich</i>	119
	Diskussionsbericht <i>Sven Lohse</i>	135
§ 7	Das Prinzip der Selbstverantwortung im heutigen Privatrecht – Europarechtliche Grundlagen <i>Peter-Christian Müller-Graff</i>	139
	Diskussionsbericht <i>Frank Rosenkranz</i>	159
§ 8	Das Prinzip der Selbstverantwortung – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen <i>Christian Hillgruber</i>	165
§ 9	Das Prinzip der Selbstverantwortung im Sozialstaat <i>Jörg Neuner</i>	187
	Diskussionsbericht <i>Sina Krefft</i>	205
	2. Teil Dogmatik	
§ 10	Das Prinzip der Selbstverantwortung im Europäischen Privatrecht <i>Karl Riesenhuber</i>	213
§ 11	Das Prinzip der Selbstverantwortung im Vertrags- und Verbraucherrecht <i>Michael Martinek</i>	247
	Diskussionsbericht <i>Athena Papikinou</i>	277
§ 12	Das Prinzip der Selbstverantwortung im Deliktsrecht <i>Renate Schaub</i>	281

§ 13	Das Prinzip der Selbstverantwortung im Familienrecht – Dargestellt am Beispiel der Gütertrennung <i>Barbara Dauner-Lieb</i>	299
	Diskussionsbericht <i>Ulrike Koch</i>	329
§ 14	Das Prinzip der Selbstverantwortung im Arbeitsrecht <i>Volker Rieble</i>	337
§ 15	Das Prinzip der Selbstverantwortung im Gesellschaftsrecht <i>Susanne Kals</i>	359
	Diskussionsbericht <i>Frank Rosenkranz</i>	385
§ 16	Das Prinzip der Selbstverantwortung im Lauterkeitsrecht <i>Alexander Peukert</i>	395
§ 17	Das Prinzip der Selbstverantwortung im Bank- und Kapitalmarktrecht <i>Christian Hofmann</i>	423
	Diskussionsbericht <i>Sarah Rohde</i>	443
§ 18	Das Prinzip der Selbstverantwortung und das Insolvenzrecht <i>Peter A. Windel</i>	449
§ 19	Das Prinzip der Selbstverantwortung in rechtsvergleichender Sicht <i>Günter Hager</i>	487
	Diskussionsbericht <i>Christof Taube</i>	505
	Personenregister	511
	Sachregister	513

Autorenverzeichnis

<i>Barbara Dauner-Lieb</i>	Dr. iur., Professorin in der Universität zu Köln
<i>Günter Hager</i>	Dr. iur., Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
<i>Jan Dirk Harke</i>	Dr. iur., Professor an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Richter am Oberlandesgericht Nürnberg
<i>Christian Hillgruber</i>	Dr. iur., Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
<i>Christian Hofmann</i>	Dr. iur., LL.M. oec. int., Privatdozent an der Humboldt-Universität zu Berlin, z.Zt. Hauser Global Research Fellow, NYU Law School.
<i>Susanne Kals</i>	Dr. iur., LL.M., Professorin an der Wirtschaftsuniversität Wien
<i>Ulrike Koch</i>	cand. iur., stud. Mitarbeiterin an der Ruhr-Universität Bochum
<i>Sina Krefft</i>	cand. iur., stud. Mitarbeiterin an der Ruhr-Universität Bochum
<i>Matthias Leistner</i>	Dr. iur., LL.M., Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
<i>Sven Lohse</i>	cand. iur., stud. Mitarbeiter an der Ruhr-Universität Bochum
<i>Michael Martinek</i>	Dr. iur., Dr. rer. publ., Dr. h.c. mult., M.C.J., Professor an der Universität des Saarlandes
<i>Martin Metzler</i>	Wiss. Mitarbeiter an der Ruhr-Universität Bochum
<i>Peter-Christian Müller-Graff</i>	Dr. iur., Dr. iur. h.c., Dr. phil. h.c., Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
<i>Daniel Nermerich</i>	Dipl. oec., Wiss. Mitarbeiter an der Ruhr-Universität Bochum
<i>Jörg Neuner</i>	Dr. iur., Professor an der Universität Augsburg
<i>Athena Papikinou</i>	Doktorandin an der Ruhr-Universität Bochum
<i>Alexander Peukert</i>	Dr. iur., Professor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main
<i>Wolfgang Prinz</i>	Dr. phil., emeritierter Direktor am Max-Planck-Institut für Kognitions- und Neurowissenschaften Leipzig
<i>Volker Rieble</i>	Dr. iur., Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München
<i>Karl Riesenhuber</i>	Dr. iur., M.C.J., Professor an der Ruhr-Universität Bochum
<i>Sarah Rohde</i>	Rechtsreferendarin am Oberlandesgericht Hamm
<i>Alexander Roos</i>	Doktorand am Bochumer Nachwuchsforscherkolleg „Intradisziplinäre Rechtswissenschaft“

Frank Rosenkranz

Ass. iur., Wiss. Mitarbeiter an der Ruhr-Universität Bochum

Renate Schaub

Dr. iur., LL.M., Professorin an der Ruhr-Universität Bochum

Christof Taube

Dipl. Kfm. (FH), Wiss. Mitarbeiter an der Ruhr-Universität Bochum, Rechtsreferendar am Oberlandesgericht Hamm

Viktor J. Vanberg

Dr. phil., em. Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau

Uta Wilkens

Dr. rer. pol., Professorin an der Ruhr-Universität Bochum

Peter A. Windel

Dr. iur. utr., Professor an der Ruhr-Universität Bochum

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
A. C.	Law Reports, Appeal Cases ([Jahr] ggfs. Teilband – Seite)
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AAE	Advances in Austrian Economics (Jahrgang [Jahr], Seite)
ABGB	(österreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
abgedr.	abgedruckt
ABl.	1. für Veröffentlichungen vor dem 1. Februar 2003: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (Jahr Reihe Nummer des Dokuments/Seite); 2. für Veröffentlichungen ab dem 1. Februar 2003: Amtsblatt der Europäischen Union (Jahr Reihe Nummer des Dokuments/Seite)
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Jahrgang [Jahr], Seite)
Admin.Sci.Quart.	Administrative Science Quarterly (Jahr, Seite)
AER	American Economic Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte und umbenannte Fassung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft mit den Änderungen durch den Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007
AG	1. Aktiengesellschaft; 2. Amtsgericht; 3. Die Aktengesellschaft (Jahr, Seite)
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz (siehe auch dAktG und öAktG)
AktRÄG 2009	(österreichisches) Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009
All E. R.	All England Law Reports ([Jahr] Teilband, Seite)
allg.	allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative
Am.Psychol.	American Psychologist (Jahrgang [Jahr], Seite)
Anm.	Anmerkung
Annu.Rev.Psychol.	Annual Review of Psychology (Jahrgang [Jahr], Seite)
Ans.	Ansicht
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Jahrgang [Jahr], Seite)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nummer zu Norm)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz

AR-Blattei SD	Arbeitsrecht-Blattei Systematische Darstellung
ArbR	Arbeitsrecht
ArbVG-E	Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes
Art.	Artikel (singular/plural)
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie
ASR	American Sociological Review (Jahr, Seite)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Jahr, Seite)
Az.	Aktenzeichen
B2B	business to business
B2C	business to consumer
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
Bd.	Band
BE	Begründungserwägung(en) (vgl. Art. 296 AEUV)
Bearb.	Bearbeitung
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
Begr.	Begründung
bes.	besonders
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt (ggfs. Jahr Teil, Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Band, Seite ggf. Randnummer)
BGHZ	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite ggf. Randnummer)
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (Jahr, Seite)
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats (Beilagennummer – Gesetzgebungsperiode Seite)
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
BR-Drs.	Bundsrats-Drucksache (Nummer/Jahr)
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache (Legislaturperiode/Nummer der Vorlage, Seite)
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation en matière civile (ggf. Band, Nummer, ggf. Seite)
BVerfGE	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
bzw.	beziehungsweise
Cal.	Supreme Court of California
Cal.L.Rev.	California Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
Can.J.Behav.Sci.	Canadian Journal of Behavioural Science (Jahr, Seite)
Cass.civ.	(französische) Cour de Cassation, Chambre civile (ggf. unter Angabe der Kammer)
Cass.com.	(französische) Cour de Cassation, Chambre commerciale

CC	(französischer) Code Civil
CDS	Credit Default Swaps
CDU	Christlich Demokratische Union
CEEP	European Center of Employers and Enterprises providing Public services
CEFL	Commission on European Family Law
CFR	siehe DCFR
CMLR	Common Market Law Review (Jahr, Seite)
Co. Pty.	Proprietary Company
CPI	Competition Policy Journal (Jahrgang [Jahr], Seite)
CSU	Christlich Soziale Union
Curr.Dir.Psychol.Sci.	Current Directions in Psychological Science (Jahrgang [Jahr], Seite)
d.h.	das heißt
dAktG	deutsches Aktiengesetz (siehe auch AktG und öAktG)
Das Argument	Das Argument: Zeitschrift für Philosophie und Sozialwissenschaft (Jahr, Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DDR	Deutsche Demokratische Republik
dems.	demselben
ders.	derselbe
DFG	Deutsche Forschungsgemeinschaft
dies.	dieselbe(n)
DiskEntw	Diskussionsentwurf
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr, Seite)
DOK	Dokumentenummer des Bundesministeriums der Finanzen
DStR	Deutsches Steuerrecht (Jahr, Seite)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaft und Insolvenzrecht (Jahr, Seite)
e.V.	eingetragener Verein
EAEG	Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz
ebd.	ebenda
ec	electronic cash
ECFR	European Company and Financial Law Review (Jahr, Seite)
ECJ	European Court of Justice (siehe auch EuGH)
EFZG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz) (siehe auch EntgFG)
EG	1. Europäische Gemeinschaft; 2. nach Bezeichnung eines Artikels: EG-Vertrag, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, konsolidierte Fassung mit den Änderungen des am 16. April 2003 unterzeichneten Vertrags von Athen
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EGV	EG-Vertrag, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, konsolidierte Fassung mit den Änderungen des am 7. Februar 1992 unterzeichneten Vertrags über die Europäische Union (Maastrichter Fassung)

EheRG	Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
ELR	European Law Reporter (Jahr, Seite)
endg.	endgültig
EntgFG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz) (siehe auch EFZG)
ERCL	European Review of Contract Law (Jahr, Seite)
ERPL	European Review of Private Law (Jahr, Seite)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968
EuR	Europarecht (Jahr, Seite)
EuS	Ethik und Sozialwissenschaft (Jahr, Seite)
EUV	EU-Vertrag seit Vertrag über die Europäische Union, konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Europäisches Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Jahr, Seite)
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (Norm Nummer)
EZB	Europäische Zentralbank
f., ff.	folgende (singular/plural)
FamRB	Der Familien-Rechts-Berater (Jahr, Seite)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr, Seite)
FAS	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei Deutschlands
FED	Federal Reserve System
FF	Forum Familienrecht (Jahr, Seite)
Fn.	Fußnote/Fußnoten
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht (Jahr, Seite)
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht (Jahr Seite)
GA	Generalanwalt, Generalanwältin
GastG	Gaststättengesetz
gem.	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter (Jahr, Seite)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Gemeinschaftskommentar
GmbHG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau (Jahr, Seite)
GP	Gesetzgebungsperiode
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (Jahr, Seite)

GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung
Grundl	Grundlagen
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr, Seite)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil (Jahr, Seite)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	herrschende Meinung
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
Hdb	Handbuch
HeimG	Heimgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HL	House of Lords
HRE	Hypo Real Estate
Hrsg.	Herausgeber (singular/plural)
HStR	Handbuch des Staatsrechts
Hum.Res.Manage.J.	Human Resource Management Journal (Jahrgang [Jahr], Seite)
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinn
i.R.	im Rahmen
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IECL	International Encyclopedia of Comparative Law (Band [Jahr], Seite)
IFRS	International Financial Reporting Standards
ins.	insofern
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
Interact.Stud.	Interaction Studies (Jahrgang [Jahr], Seite)
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
IntRV	Internationaler Rechtsverkehr (Mitteilungsblatt der Arbeitsgemeinschaft für Internationalen Rechtsverkehr des Deutschen Anwaltsvereins) (Heft/Jahr, Seite)
IP	Intellectual Property
IVRA	Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico (Jahrgang [Jahr], Seite)
IWF	Internationaler Währungsfond
J.Bus.	Journal of Business (Jahrgang [Jahr], Seite)
J.Econ.Behav.Organ.	Journal of Economic Behavior and Organization (Jahrgang [Jahr], Seite)
J.Econ.Lit	Journal of Economic Literature (Jahrgang [Jahr], Seite)
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics (Jahrgang [Jahr], Seite)
J.Organ.Behav.	Journal of Organizational Behavior (Jahrgang [Jahr], Seite)
JAP	Journal of Applied Psychology (Jahrgang [Jahr], Seite)
JBRSOZ	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Jahrgang [Jahr], Seite)

JCP G	La Semaine juridique Édition générale. (Jahr.Band.Seite)
JCR	Journal of Consumer Research (Jahrgang [Jahr], Seite)
JEP	Journal of Economic Perspectives (Jahrgang [Jahr], Seite)
jew.	jeweils
JFE	Journal of Financial Economics (Jahrgang [Jahr], Seite)
JHRE	Journal of Human Resource Education (Jahrgang [Jahr], Seite)
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics (Jahrgang [Jahr], Seite)
JMR	Journal of Marketing Research (Jahrgang [Jahr], Seite)
JPE	Journal of Political Economy (Jahrgang [Jahr], Seite)
juill.	juillet
JurBüro	Das Juristische Büro (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JZ	JuristenZeitung (Jahr, Seite)
K. B.	The Law Reports, King's Bench (England and Wales) ([Jahr] ggfs. Teilband – Seite)
Kap.	Kapitel
KO	Konkursordnung
KOM	KOM-Dokumente: Legislativvorschläge und sonstige Mitteilungen der Europäischen Kommission an den Rat und/oder die anderen Organe sowie die entsprechenden vorbereitenden Dokumente ([Jahr] Nummer, ggf. Seite)
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Jahrgang [Jahr], Seite)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KStG	Körperschaftssteuergesetz
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht (Jahr, Seite)
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (Jahr, Seite)
LAG	Landesarbeitsgericht
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
li.	links/linke
lit.	litera
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring (Jahr, Nummer)
LMRR	Lebensmittelrecht Rechtsprechung (Jahr, Seite)
LQR	Law Quarterly Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
Ltd.	Limited
m.a.W.	mit anderen Worten
m.Anm.v.	mit Anmerkung von
m. Begr.	mit Begründung
m. E.	meines Erachtens
m.N.	mit Nachweisen
m.umf.N.	mit umfangreichen Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)

MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (Jahr, Seite)
MOE	Mittel- und Osteuropa
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MPI	Max-Planck-Institut
MR	Medien und Recht (Jahr, Seite)
Mrd.	Milliarde(n)
MuSchG	Mutterschutzgesetz
N.	Nachweis
n. Chr.	nach Christus
n. F.	neue Fassung
n.rkr.	nicht rechtskräftig
Nachdr.	Nachdruck
Neuaufl.	Neuaufgabe
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report (Jahr, Seite)
No.	1. Number; 2. nombre
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NS	Nationalsozialistisch(en)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Jahr, Seite)
Nw.	Nachweis/Nachweise
Nw.U.L.Rev.	Northwestern University Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Jahr, Seite)
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (Jahr, Seite)
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (Jahr, Seite)
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht (Jahr, Seite)
o.	oben
öAktG	österreichisches Aktiengesetz (siehe auch AktG und dAktG)
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OIR	Orbis Iuris Romani (Jahr [Jahrgang], Seite)
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte (Jahr, Seite)
OLGR	OLG Report (Jahr, Seite)
OLGZ	Amtliche Entscheidungssammlung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Jahr, Seite)
OP.	Opuszahl
OR	(schweizerisches) Obligationenrecht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Jahrgang [Jahr], Seite)
Organ.Behav. Hum.Dec.	Organizational Behavior and Human Decision Processes (Jahrgang [Jahr], Seite)

öURG	österreichisches Unternehmensreorganisationsgesetz
P.2d	Pacific Reporter, Second Series (Jahrgang – Seite)
para.	paragraph
PECL	Principles of European Contract Law
PHI	Produktionstechnik Hannover informiert (Jahr, Seite)
Phil.Trans.R.Soc. Lond.B	Philosophical Transactions of the Royal Society of London, Biological Sciences (Jahrgang [Jahr], Seite)
Plc.	public limited company
preuß.	preußisch/en
Pro.Ann.Conv. Am.Psych.A.	Proceedings of the Annual Convention of the American Psy- chological Association (Jahrgang [Jahr], Seite)
Psychol.Bull.	Psychological Bulletin (Jahrgang [Jahr], Seite)
Pty.	siehe Co. Pty.
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums
Q. B.	Law Reports, Queen's Bench ([Jahr] ggfs. Teilband – Seite)
Q.J.Econ.	Quarterly Journal of Economics (Jahrgang [Jahr], Seite)
RabattG	Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Pri- vatrecht (Jahrgang [Jahr], Seite)
RdA	Recht der Arbeit (Jahr, Seite)
re.	rechts/rechte
RED	Review of Economic Dynamics (Jahrgang [Jahr], Seite)
RegE	Regierungsentwurf
REStud	Review of Economics Studies (Jahrgang [Jahr], Seite)
RGZ	Amtliche Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zi- vilsachen (Band, Seite)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Jahr, Seite)
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift (Jahr, Seite)
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	1. Satz; 2. Seite/Seiten; 3. Siehe
s. a.	siehe auch
s. o.	siehe oben
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Jahr, Seite)
SchVG	Gesetz über Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen
SEC	Securities and Exchange Commission
sec.	section
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs (Teil I) und (seit dem 15. November 1989) des Gerichts Erster Instanz (Teil II) (bis zum 14. November 1989: Jahr, Seite ggf. Rand- nummer, ab dem 15. November 1989: Jahr, Teil – Seite ggf. Randnummer)
SoFFin	Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung
sog.	sogenannte
SolvVO	Verordnung über die angemessene Eigenmittelausstattung von Instituten, Institutsgruppen und Finanzholding-Gruppen
Sp.	Spalte

SpaltG	(österreichisches) Spaltungsgesetz
SPE	Societas Privata Europaea (Europäische Privatgesellschaft)
SpuRt	Zeitschrift für Sport und Recht (Jahr, Seite)
St.	Ständige
Stan.L.Rev.	Stanford Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
Stud.Hist.Philos.Sci.	Studies in History and Philosophy of Science (Jahrgang [Jahr], Seite)
SZ	1. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (Jahrgang [Jahr], Seite); 2. Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen (Band/Nummer)
TPG	Transplantationsgesetz
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis [Zeitschrift für Rechtsgeschichte] (Jahrgang [Jahr], Seite)
trSchKG	türkisches Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
u.	und
u. a.	1. unter anderem; 2. und andere
u. a. m.	und anderes mehr
U.Chi.L.Rev.	University of Chicago Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
u.dgl.	und dergleichen
U.Penn.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
u. U.	unter Umständen
UAbs.	Unterabsatz
UGB	(österreichisches) Unternehmensgesetzbuch
UK	United Kingdom
UNICE	Union of Industrial and Employers' Confederation of Europe
USA	United States of America
usf.	und so fort
UTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts (Band [Jahr], Seite)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	1. vom; 2. versus
v. a.	vor allem
v. Chr.	vor Christus
VerbrVG	Gesetz über Verbraucherverträge
VerglO	Vergleichsordnung
Verh.	Verhandlungen
VersR	Versicherungsrecht (Jahr, Seite)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
vs.	versus
VuR	Verbraucher und Recht (Jahr, Seite)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Jahrgang [Jahr], Seite)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz

w.N.	weitere Nachweise
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter (Jahr, Seite)
WM	Wertpapiermitteilungen (Jahr, Seite)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr, Seite)
Yale L.J.	Yale Law Journal (Jahrgang [Jahr], Seite)
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankbetriebswirtschaft (Jahr, Seite)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (Jahr, Seite)
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft (Jahr, Seite)
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht (Jahr, Seite)
ZfP	Zeitschrift für Personalforschung (Jahr, Seite)
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Jahr, Seite)
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung (Jahr, Seite)
ZGE	Zeitschrift für geistiges Eigentum (Jahr, Seite)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZGS	Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht (Jahr, Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Jahrgang [Jahr], Seite)
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (Jahr, Seite)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZJapanR	Zeitschrift für Japanisches Recht (Jahrgang [Jahr] Seite)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr, Seite)
ZugabeVO	Zugabeverordnung
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht Rechtsprechungs- dienst (Jahr, Seite)
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Jahr, Seite)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Jahrgang [Jahr], Seite)

Volker Rieble

§ 14 Das Prinzip der Selbstverantwortung im Arbeitsrecht

Übersicht

I. Menschenbild des Arbeitsrechts (Fastrich vs. Potthoff)	337
II. Auf der Individualebene	340
1. Sozialschutz des Arbeitnehmers und Verantwortungslosigkeit	340
a) Privatautonomie und Vertragsänderungsansprüche	340
b) Lohn ohne Arbeit als Regel für die Preisgefahr	341
c) (Ent-)Haftung für Pflichtverletzungen	342
aa) In Haftungsgrund und Schadenszurechnung	342
bb) Auch für Leitende Angestellte und GmbH-Geschäftsführer?	343
cc) Im Kündigungsrecht	344
dd) Exkurs: Vertragserhalt für Eingehungsbetrüger	345
d) Restverantwortung des Arbeitnehmers	345
2. Verantwortungsübertragung auf den Arbeitgeber	346
a) Betriebsrisiko als Verwendungs-, Preis- und Schadensgefahr	346
b) Gesetzesübersteigende Gefährdungshaftung über § 670 BGB	347
c) Arbeitgeber als Zwangsversicherer	348
d) Strukturelle Überforderung schwacher Arbeitgeber (Adomeit)	349
aa) Wirtschaftliche Lasten und kleine Arbeitgeber	349
bb) Dogmatisches Problem: minderjährige Arbeitgeber	350
III. Mitbestimmung ohne Mitverantwortung.	350
1. Keine Haftung des Betriebsrats.	350
2. Im Gegenzug: Arbeitgeberverantwortung für Mitbestimmungsfehler des Betriebsrats.	352
IV. Tarifautonomie als Hort (verantwortungsfreier) Privatautonomie	353
V. Generalklauseln, Interessenabwägung und Lotteriespiel als Systemproblem	355
VI. Schlussbemerkung.	356

I. Menschenbild des Arbeitsrechts (Fastrich vs. Potthoff)

Das ganze Arbeitsrecht wird beherrscht von einem spezifischen Schutzdenken, welches mannigfache Eingriffe in das zivilrechtliche Autonomie- und Verantwortungssystem auslöst. Die Unselbständigkeit ist dogmatischer Ausgangspunkt des Arbeitnehmerbegriffs und damit des Arbeitsrechts: Weil der Arbeit-

nehmer seine Arbeitsumgebung, die Arbeitsorganisation, in die er eingebettet ist, nicht beherrscht, muss er vor der Fremdherrschaft des Arbeitgebers geschützt werden. Das hinderte aber nicht, den Arbeitnehmer dort, wo er als aufgeklärtes Wesen selbst entscheidet oder doch entscheiden könnte, auch als selbstständig und eigenverantwortlich wahrzunehmen. Eben hierfür wirbt *Fastrich* in seinen Thesen über das Menschenbild des Arbeitsrechts – in augenscheinlicher Parallele zum verständigen Verbraucher¹ oder dem verständigen Anleger². Schon das Fürmöglichhalten eines verständigen Arbeitnehmers, dessen autonome Entscheidungen ernst zu nehmen sind, eben weil er autonom entschieden hat, prägt liberale Blicke auf das Arbeitsrecht.

Indes ist das Arbeitsrechtssystem derzeit wenig liberal. Das hat einen zweiten Grund. Neben die hierarchische Abhängigkeit tritt die Marktschwäche des Arbeitnehmers, aus der die klassische Unterlegenheit in Vertragsverhandlungen abgeleitet – und ein weiteres Schutzbedürfnis hergeleitet wird. Noch schlimmer wird es, wenn dem Arbeitnehmer nicht nur vertragliche Unterlegenheit sondern intellektuelle Unfähigkeit unterstellt wird – ohne jeden sozialempirischen Beleg. Das Arbeitsrecht ist Kind der Industrialisierung und legt traditionell die „unwiderleglich vermutete“ intellektuelle und vertragsbezogene Unterlegenheit des Industriearbeiters zugrunde.³

Zugleich begründet solche Unterlegenheit einen besonderen Schutzaspekt – den des Paternalismus der arbeitsrechtlichen Kollektive.⁴ So formuliert *Potthoff* 1928⁵:

„Denn der einzelne Arbeitnehmer ist praktisch gar **nicht vertragsfähig**. Seine Freiheit und Vertragsberechtigung ist eine leere Form, die praktisch nur dazu dienen könnte, ihn unfrei und vom Diktate des Arbeitgebers abhängig zu machen. Organisation ist Notwendigkeit und soziale Pflicht des Arbeitnehmers, Organisationszwang ein ‚Zwang zu Freiheit‘. Die Gewerkschaft kann ihre Aufgaben nicht ohne den Gehorsam der Mitglieder erfüllen.“

¹ Dazu *Schweizer*, Die „normative Verkehrsauffassung“ – ein doppeltes Missverständnis – Konsequenzen für das Leitbild des „durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers“, GRUR 2000, 923; *Staudinger-Thüsing*, BGB (Bearb. 2005), § 1 BGB-Info V Rn. 28 ff.; jeweils m. w. N.; BGH, GRUR 2000, 506; *Köhler/Bornkamm-Köhler*, UWG (28. Aufl. 2010), § 1 Rn. 28.

² *Schwark-Zimmer*, Kapitalmarktrechts-Kommentar (3. Aufl. 2004), § 15 WPHG Rn. 153 f.; *Fleischer*, Empfiehlt es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und das Börsenrecht neu zu regeln?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Vierundsechzigsten Deutschen Juristentages, 1. Band (2002), S. F 1, F 44 f. m. w. N.

³ *Schliemann*, Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Gedanken um den, um dessentwillen es Tarifverträge im Arbeitsleben gibt, nämlich um den Arbeitnehmer, in: Lehmann (Hrsg.), Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert (2005), S. 14; zum Arbeitnehmerbild mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip *Klumpp*, Das Subsidiaritätsprinzip im Arbeitsrecht (2006), S. 23 = www.kas.de/wf/doc/kas_9063-544-1-30.pdf (zuletzt abgerufen am 20. 12. 2010).

⁴ *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit (2008), S. 257 ff.

⁵ *Potthoff*, Arbeitsrecht (1928), S. 127, Hervorhebung im Original. *Luzide Reuter*, Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, RdA 1985, 321, 322 f.

Ganz ähnlich wird die Schutzfunktion des Betriebsrats begründet – und also ein spezifisch kollektiver Paternalismus begründet: Gewerkschaft und Betriebsrat sollen besser als der Arbeitnehmer wissen, was für diesen gut ist. Damit ist die Basis für die Leugnung jeglicher Eigenverantwortung des Arbeitnehmers gelegt – wie das insbesondere *Enderlein* in seiner Studie *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht* 1996 zeigt.⁶

Kollektive Protektoren agieren zum Schutz und im Interesse des Arbeitnehmers, der freilich kaum Chancen hat, seine individuelle Sicht dagegen zu setzen – es also besser zu wissen als das Kollektiv. Denn der Rest an Arbeitsvertragsfreiheit soll mit einem Vorbehalt „gemeinverträglicher Selbstbestimmung“ versehen sein.⁷ So bekennt *Kittner*: „Die fehlende ‚Gemeinverträglichkeit des Interessenausgleichs‘ legitimiert und erfordert nach wie vor (und ... mehr denn je) Eingriffe in den individuellen Arbeitsvertrag“⁸. Was dann wiederum „gemeinverträglich“ ist, sollen die arbeitsrechtlichen Kollektive bestimmen. Damit gerät das Menschenbild vom Arbeitnehmer zur operativen Unterstellung – zur Sicherung der eigenen kollektiven Machtbasis.

Das mündet – und das brauche ich hier nicht aufzuführen, weil *Enderlein* dies schon wunderbar getan hat – in einem System des Vertragspaternalismus, bei dem Protektoren dazu berufen sind, dem Geschützten zu sagen, was für ihn gut und richtig ist. Diese soziale Entmündigung hat *Löwisch* – freilich unter modernerem Blick – einmal auf die dialektische Kurzformel gebracht: Selbstbestimmung durch Fremdbestimmung.⁹

Der „verständige Arbeitnehmer“ erhält freilich in jüngeren Rechtsentwicklungen gewissen Auftrieb: Das gilt zuerst mit Blick auf höchstindividuelle Entscheidungen – die dem Arbeitnehmer ohnehin niemand abnehmen kann. Das betrifft zuerst die Berufs- und Arbeitgeberwahl, die notwendig dem Arbeitnehmer zugeordnet ist und durch das Widerspruchsrecht bei Betriebsübergang kollektivfest ausgestaltet ist. Zweitens experimentiert das Arbeitsrecht mit wiederum weithin kollektivfesten Individualansprüchen der Arbeitnehmer auf Vertragsänderung – einmal beim Teilzeitanspruch auf Verringerung der Arbeitszeit und zum anderen bei der Entgeltumwandlung. Sogar die Betriebsverfassungsreform 2002 setzt auf etwas Individualität, die dem Betriebsrat ausdrücklich zur Aufgabe macht „die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern“. Dialektisch ist das schon: Individualität als Gegenstand kollektiver Förderung.

Jedenfalls aber gilt im Eingang zu unserem Thema: Auf der Individualebene entscheidet das Menschenbild darüber, wieviel Individualität und Eigenverant-

⁶ *Enderlein*, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht* (1996), S. 451 ff.

⁷ *Dorndorf*, Mehr Individualvertragsfreiheit im Arbeitsrecht?, in: *Festschrift für Gnade* (1992), S. 39, 55.

⁸ *Kittner*, Der freie Arbeitsvertrag, in: *Festschrift für Kissel* (1994), S. 499.

⁹ *Löwisch*, Schutz der Selbstbestimmung durch Fremdbestimmung, *ZfA* 1996, 293.

wortung man zulässt. Das Menschenbild des Arbeitsrechts allerdings leidet unter dem kollektiven Machtstreben. Das ist ein Generalthema des Arbeitsrechts – wunderbar in der Formel vereint: „Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses“ – eben dem Titel der Habilitationsschrift von *Richardi* aus 1967.

Im Folgenden will ich also nicht diese Generalfrage behandeln, weil das ein abgegriffenes Thema ist. Sondern ganz konkret nach Verantwortungszuweisungen im Arbeitsrecht fragen – aber auch dies notwendig punktuell.

II. Auf der Individualebene

1. *Sozialschutz des Arbeitnehmers und Verantwortungslosigkeit*

Wer dem Arbeitnehmer die individuelle Vertrags- und Steuerungsfähigkeit weithin abspricht, der kann ihn auch schwerlich für eigenes Tun verantwortlich halten. Die Privatautonomie des Arbeitnehmers ist ein eher schmales Thema.

Die Eigenverantwortung des Arbeitnehmers konzentriert sich auf drei Rechtsfragen:

- Ist der Arbeitnehmer an eigene Verträge gebunden – gilt für ihn *pacta sunt servanda*?
- Ist der Arbeitnehmer wenigstens insoweit für die eigene Arbeitsleistung verantwortlich, dass er die Preisgefahr trägt?
- Haftet der Arbeitnehmer für eigene Pflichtverletzungen?

a) *Privatautonomie und Vertragsänderungsansprüche*

Dass man eigene Verträge in den Grenzen der Geschäftsgrundlagenlehre halten müsse, rechnet zum Kern der privatautONOMEN Eigenverantwortung.¹⁰ Dass die Bindung nicht nur des Arbeitgebers sondern auch des Arbeitnehmers an den Arbeitsvertrag durch Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung und Mitbestimmung eingeschränkt wird, rechnet nur am Rande zu unserem Thema.

Dass aber der Arbeitnehmer auch dann, wenn er als Individuum einen Arbeitsvertrag geschlossen hat durch Vertragsänderungsrechte zu Lasten des Arbeitgebers in den Vertrag eingreifen darf, das bedarf besonderer Rechtfertigung. Hauptfall ist der Teilzeitananspruch nach § 8 TzBfG: Ein Arbeitnehmer, der etwa mit 40 Wochenstunden bei seinem Arbeitgeber gebucht ist, kann von diesem eine Vertragsänderung verlangen, etwa auf 25 Stunden. Ganz nach seinem Belieben ohne auch nur einen rechtfertigenden Sachgrund zu haben.¹¹ Einen ge-

¹⁰ Statt aller: *Schmidt-Rimpler*, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Nipperdey (1955), S. 1.

¹¹ BAG, NZA 2004, 921.

wichtigen Sachgrund braucht nur der Arbeitgeber – wenn er das Ansinnen des Arbeitnehmers ablehnen will. So mag der Arbeitnehmer etwa bei seinem Arbeitgeber weniger arbeiten wollen – um einen Zweitberuf auszuüben.¹² Oder er hat sich in einen Vollzeitberuf hineinbeworben, obzwar er von Anfang an nur Teilzeit arbeiten wollte. Hier ist der Weg zu freier Vertragsreue eröffnet und zu einer Art Teilkündigung.¹³ Mit weiteren Einzelheiten will ich hier nicht langweilen. Jedenfalls kann der Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag mit einem Inhalt erzwingen, den der Arbeitgeber nie abzuschließen bereit war. An das eigene Wort muss er sich nicht halten.

Selbstredend sind sachgrundgebundene Teilzeitansprüche für Eltern und Schwerbehinderte kein Problem: Wegen der Höchstpersönlichkeit der Arbeitsleistung können solche Verhinderungen zur Geschäftsgrundlage rechnen und eine Fortschreibung des Vertragsinhaltes rechtfertigen. Auch ein Anspruch auf Teilzeit zu Weiterbildungszwecken ist denkbar. Aber ein freies sachgrundloses Vertragsreurecht eben nicht.

b) Lohn ohne Arbeit als Regel für die Preisgefahr

Eigenverantwortung bedeutet im Leistungsstörungsrecht, dass derjenige, dessen Leistung auch unverschuldet ausfällt, auch keine Gegenleistung erhält – er trägt die Preisgefahr. Im Arbeitsverhältnis ist diese Verantwortung für die eigene Leistungsfähigkeit weithin ausgehebelt. Ohne Arbeit kein Lohn ist ein theoretischer Satz, der von arbeitsrechtlichen Ausnahmen weithin durchlöchert ist.¹⁴ Dass der Arbeitgeber das Verwendungsrisiko für die ihm angebotene Arbeit trägt, ist als Leistungsstörungsregel ohne weiteres zivilrechtlich verständlich – und gilt ja nach § 615 BGB auch im freien Dienstvertrag. Dass der Arbeitgeber aber auch persönliche Risiken des Arbeitnehmers tragen soll – von der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit über Mutterschaft bis hin zu allen Formen kurzfristiger Verhinderung – das lässt sich nur sozialfürsorgerisch erklären. Die Eigenverantwortung des Arbeitnehmers etwa für Sportunfälle liegt bei nahe Null; der Arbeitnehmer hat entgeltfortzahlungsrechtlich das Recht, die aus seiner privaten Lebensführung resultierenden allgemeinen Lebensrisiken in ihren Folgen auf den Arbeitgeber abzuwälzen.¹⁵ Eine Begrenzung des

¹² So der Fall bei einem Beamten: VGH Baden-Württemberg v. 25. 6. 2003 – Az. 4 S 1540/02.

¹³ Kritisch *Brox/Rüthers/Hensler*, Arbeitsrecht (17. Aufl. 2007), Rn. 82f., die einen Verstoß gegen den Grundsatz „pacta sunt servanda“ bemängeln; *Schliemann*, Pacta sunt varianda? Zur Wirkung der Zustimmungsfiktion des § 8 TzBfG auf den Grundsatz „pacta sunt servanda“, in: Festschrift für Picker (2010), S. 1131, 1148ff.; *Richardi/Annus*, Gesetzliche Neuregelung von Teilzeitarbeit und Befristung, BB 2000, 2201, 2203.

¹⁴ *ErfKomm-Preis*, ArbR (10. Aufl. 2010), § 614 Rn. 4.

¹⁵ *BeckOK-Ricken*, EFZG (Stand: 1. 6. 2010), § 3 Rn. 35; *MünchKomm-Müller-Glöge*, BGB (5. Aufl. 2009), § 3 EFZG Rn. 40.

zwangsversicherten Risikos findet nicht statt. Eigenverantwortung wird durch Sozialfürsorge überwunden.

c) (Ent-)Haftung für Pflichtverletzungen

Die Beschränkungen der Arbeitnehmerhaftung greifen in ein weiteres Standbein der Eigenverantwortung ein: in die Schadenshaftung. Das geschieht aber zunächst mit gutem Grund: Ist doch der Arbeitgeber derjenige, der die Betriebsrisiken steuert und damit auch aus zivilrechtsdogmatischer Sicht nah am schädigenden Ereignis dran ist.¹⁶

aa) In Haftungsgrund und Schadenszurechnung

Dass also die Arbeitnehmerhaftung gegenüber der klassisch-zivilrechtlichen Haftung auch für leichteste und objektive Fahrlässigkeit abgemildert ist, das geht grundsätzlich in Ordnung. Allerdings muss man genau hinsehen: Das Betriebsrisiko als vom Arbeitgeber beigesteuerte Gefährdungstatsache trägt nicht nur keine Haftungsbeschränkungen für Vorsatz¹⁷, sondern auch nicht für grobe Fahrlässigkeit¹⁸. Denn grobe Fahrlässigkeit ist ein massiver Vorwurf an die Selbststeuerungsfähigkeit des Arbeitnehmers, der dasjenige außer Acht gelassen hat, was jedem einleuchtet. Hier kann doch das allgemeine Betriebsrisiko praktisch keine Mitverursachung des großen Schadens bedeuten. Deswegen will die h. M. im Arbeitsrecht eine summenmäßige Beschränkung – bezogen auf das Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers – damit begründen, dass der Arbeitnehmer sonst einem existentiellen Haftungsrisiko ausgeliefert sei. Nun lässt sich auch dies zunächst hören – denn die betriebliche Tätigkeit prägt das Schadensrisiko auch im Haftungsumfang. Das BAG nennt das „sozialstaatlich veranlasste Ergebniskontrolle“¹⁹ und lässt etwa einen Wertpapierberater für gerade noch 20.000 € haften, weil dieses 3,5-fache des Monatsentgeltes gerade noch zumutbar sei.²⁰ Diese Ergebniskontrolle steht extra legem; sie ignoriert die von *Wagner* herausgestellte Steuerungsfähigkeit des Haftungssystems²¹ – wohl auch deshalb, weil der Arbeitnehmer als im Individualverhalten zu steuerndes Subjekt dem arbeitsrechtlichen Denken nicht entspricht.

Krass kommt die Enthaftung im Gabelstaplerfall daher: Das BAG will nun auch bei Vorsatz enthaften, wenn der konkrete Schaden vom Vorsatz nicht erfasst gewesen ist. Das betrifft gerade konkrete Arbeitsanweisungen des Arbeit-

¹⁶ BAG, NZA 1994, 1038, 1084.

¹⁷ Vgl. BGH, NJW 2004, 951, 953.

¹⁸ BGH, NJW 2004, 772 ff.

¹⁹ BAG, NZA 2003, 37, 41; kritisch MünchHdb-Reichold, ArbR (3. Aufl. 2009), §51 Rn. 58.

²⁰ BAG, NZA 2007, 1230, 1233.

²¹ *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht, AcP 206 (2006), 354, 454.

gebers – mit denen dieser die betriebliche Organisation steuert. Setzt sich ein Arbeitnehmer über solche Anweisungen vorsätzlich hinweg, so soll er für den für ihn unvorhersehbaren Schaden nicht mehr oder jedenfalls nicht vollständig haften.²² Im konkreten Fall hatte ein 16jähriger Lehrling entgegen der ausdrücklichen Weisung des Arbeitgebers einen Gabelstapler benutzt, für den er auch keinen Führerschein hatte und das Fabriktor beschädigt. Wenn die Fahrt überhaupt betrieblich veranlasst war (was noch zu klären war) so hält das BAG es ohne weiteres für möglich, dass der Lehrling summenmäßig beschränkt haftet, weil der konkrete Schaden von seinem Vorsatz nicht umfasst gewesen war. Weil Arbeitnehmer vielfach keine konkrete Vorstellung davon haben, welche Schäden sie verursachen können, bedeutete dies eine weitreichende Lizenz zur Schädigung. Der Arbeitnehmer kann praktisch die Betriebsabläufe gegen jede Weisung so ausführen, wie er es für richtig hält – und dem Arbeitgeber die Schadensfolgen bis auf einen kleinen Eigenanteil in die Schuhe schieben. Dies entgegen § 275 Abs. 3 BGB und auch gegen § 619a BGB, der überhaupt nur auf das Vertretenmüssen der Pflichtverletzung und gerade nicht des Schadens abstellt. Das schadensrechtliche Prinzip der Totalreparation²³ ist im Arbeitsrecht damit abgeschafft. Und damit auch die schadensrechtliche Eigenverantwortung des Vorsatztäters.

Eine kleine Ausnahme ist zu vermelden: Weil Mobbing und Diskriminierung ganz böse sind, hat das BAG hier gemeint, der mobbende Täter – ein Leitender Arzt – könne sich nicht auf Haftungsbegrenzungen berufen. Schließlich dürfe ein solches Verhalten im Betrieb nicht geduldet werden. Deswegen könne der Arbeitgeber den vom Täter ausgelösten Entschädigungsschaden des Opfers an diesen weiterreichen.²⁴

Deutlicher lässt sich nicht zeigen, dass das Arbeitsrecht weithin zur Gesinnungsgefühlsjustiz verkommen ist: Sachschäden herbeizuführen ist verzeihlich; hier darf das kapitalistische Ersatzinteresse zurücktreten. Geht es dagegen um sozialpolitische Umerziehung unanständiger Täter, dann darf auch das Schadensrecht zur Verhaltenslenkung eingesetzt werden.

bb) Auch für Leitende Angestellte und GmbH-Geschäftsführer?

Wie stark sich das Prinzip der Eigenverantwortung im Arbeitsrecht zugunsten einer umverteilenden Schadenszuweisung auflöst, wird an den Versuchen deutlich, auch diejenigen unter den Arbeitnehmern einzubeziehen, die ihrerseits

²² BAG, NZA 2003, 37, 39; zustimmend *Waltermann*, Risikozuweisung nach den Grundsätzen der beschränkten Arbeitnehmerhaftung, RdA 2005, 105; ablehnend *MünchHdb-Reichold* (Fn.19), § 51 Rn. 36.

²³ *Palandt-Grüneberg*, BGB (69. Aufl. 2010), Vor § 249 Rn. 3; LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 24. 1. 2002 – Az. 1 Sa 265/01; zur dogmatischen Begründung *ErfKomm-Preis* (Fn. 14), § 619a BGB Rn. 9f.

²⁴ BAG, NZA 2008, 223; dazu *MünchHdb-Reichold* (Fn. 19), § 51 Rn. 34 a. E.

gerade Arbeitgeberverantwortung wahrnehmen: Auch Leitende Angestellte sollen grundsätzlich vom Enthaltungsregime erfasst werden – und das obzwar gerade sie weitgehend frei entscheiden, also ihre Schadensumgebung selbst beeinflussen.²⁵ Zwar soll ihre Eigenständigkeit durch höhere Haftungsquoten „weich“ mitberücksichtigt werden – aber an eine volle „harte“ Verantwortlichkeit für eigene Pflichtverletzungen denkt in jüngerer Zeit kaum noch jemand. Nein: Sogar die GmbH-Fremdgeschäftsführer sollen nach Stimmen in der Literatur enthaftet werden.²⁶ Das wiederum hieße: Auch wenn die D & O-Versicherung wegen grober Fahrlässigkeit des Geschäftsführers (!) nicht zahlt, bliebe die Gesellschaft auf einem Teil des Schadens sitzen. Immerhin sollen die gesellschaftsrechtlichen Kardinalpflichten des Geschäftsführers mit Blick auf § 43 GmbHG haftungsbewehrt bleiben.²⁷ Richtigerweise verbietet § 43 GmbHG jede Haftungserleichterung *contra legem*.

cc) *Im Kündigungsrecht*

Auch das Kündigungsrecht nimmt dem Arbeitnehmer essentielle Vertragsrisiken. Das *ultima-ratio*-Prinzip und der ganz weitreichende Vorrang der Änderungskündigung verpflichtet den Arbeitgeber, für den Arbeitnehmer ganz andere Arbeitsplätze auszusuchen, als dies vereinbart war. Der erblindete Kraftfahrer ist ggf. als Pförtner oder Telefonist weiterzubeschäftigen. Für ermattende und erschöpfte Arbeitnehmer muss der Arbeitgeber Ausschau nach leidensgerechten Schonarbeitsplätzen halten. Das Risiko eigener Leistungsunfähigkeit wird dem Arbeitnehmer fürsorglich abgenommen – aber nur solange ein Arbeitsplatz frei ist.

Inwieweit auch bei verhaltensbedingten Kündigungen Umsetzungen vorrangig sind, ob also der morgens arbeitsunwillige Arbeitnehmer verlangen kann, in die für ihn angenehmere Spätschicht versetzt zu werden, das ist noch nicht ausgemacht. Immerhin zeigt der Fall der straffälligen Supermarktkassiererin, dass der Arbeitgeber über die weiche Interessenabwägung sogar gezwungen werden kann, einer Frau, die sich bei Vermögensdelikten nicht zurückhalten kann, weiterhin an der Kasse zu beschäftigen – weil die Arbeitnehmerin nach dreißig Jahren einen Schuss frei hat²⁸. Bei Mobbing oder harten rassistischen Äuße-

²⁵ MünchHdb-*Reichold* (Fn. 19), § 51 Rn. 64; *Joussen*, Der persönliche Anwendungsbereich der Arbeitnehmerhaftung, RdA 2006, 129, 132f. m. w. N. gegen *Kaiser*, Leitende Angestellte, AR-Blattei SD 70.2. (2004), Rn. 227ff.

²⁶ MünchHdb-*Reichold* (Fn. 19), § 51 Rn. 66; a. A. *Goette*, Der Geschäftsführerdienstvertrag zwischen Gesellschafts- und Arbeitsrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Festschrift für Wiedemann (2002), S. 873, 877; *Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack*, GmbHG (19. Aufl. 2010), § 35 Rn. 178.

²⁷ *Kuhn*, Abgestuftes Arbeitsrecht am Beispiel des abhängigen GmbH-Geschäftsführers (2006), S. 133f.; *Sandmann*, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten (2001), S. 347.

²⁸ BAG v. 10. 6. 2010 – 2 AZR 541/09 – Pressemitteilung 42/10; dazu kritisch *Rieble*, Bar-

rungen hingegen wird es kaum Freischüsse geben. Auch hier gilt also ein arbeitsrechtliches Nachsicht- und Fürsorgeprinzip, das dem Arbeitnehmer harte Reaktionen auf eigenes Fehlverhalten hin erspart.

dd) Exkurs: Vertragserhalt für Eingehungsbetrüger

Arbeitnehmer erschleichen sich mitunter Arbeitsverhältnisse, vielfach mit gefälschten Arbeits- oder Ausbildungszeugnissen. Der rechtsgeschäftlichen Eigenverantwortung entspräche es, die Arglistanfechtung innerhalb der (inzwischen verkürzten) absoluten und relativen Anfechtungsfristen zuzulassen – also bis maximal 10 Jahre nach Täuschung und ein Jahr ab Aufdeckung. Die Arbeitsrechtsprechung mag dem Betrüger soviel Unsicherheit nicht zumuten. Zuerst meint das BAG, ein solcher Anfechtungsgrund könne im Lauf der Zeit seine Bedeutung verloren haben – wenn und weil der Arbeitnehmer auf dem erschlichenen Arbeitsplatz gute aber jedenfalls beanstandungsfreie Arbeit geleistet habe. Und ab Entdeckung sollte der Arbeitnehmer zunächst dadurch geschützt werden, dass die zweiwöchige Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB zum Schutz des Betrügers hierher übertragen wird. Das hat das BAG inzwischen aufgegeben und betont, der arglistig Täuschende müsse die Unsicherheit während der Jahresfrist ertragen. Immerhin schlägt der Kölner ArbVG-Entwurf in § 19 Abs. 3 solches noch ausdrücklich vor. Der normale Mensch sähe im Erhalt des erschlichenen Arbeitsplatzes eine Begünstigung des Straftäters. Der Arbeitsrechtler sagt: Alles nicht so schlimm, wir resozialisieren.

Wirklich „genial“ werden Arbeitsrechtler, wenn Zivilrechtsdogmatik stört: So ist es allgemein anerkannt, dass der auch nur fahrlässig täuschende Vertragspartner Schadensersatz für den aufgedrängten Vertrag schuldet und dass dies erst recht für Betrüger gilt. Als Mindestschaden geschuldet ist die Aufhebung des erschlichenen Vertrages. Da Haftungsprivilegierungen für eigenes Betrugsverhalten nicht greifbar sind, meint das LAG Hamm – nach dem Palmström-Prinzip, dass nicht sein kann, was nicht sein darf – dass Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers wegen arglistiger Täuschung gleich dem Anfechtungsrecht zu beschränken seien.²⁹ Wo kommen wir hin, wenn das Schadensrecht richterrechtlich gedeckte Verantwortungslosigkeit überwände?

d) Restverantwortung des Arbeitnehmers

Was bleibt an Resteigenverantwortung des Arbeitnehmers? Das Arbeitsrecht kennt hierauf zwei Antworten: Erstens das Wegerisiko. Ob der Arbeitnehmer

bara Emme: Ein Lehrstück über den Umgang mit der Justiz, NJW 2009, 2101; anders aber Preis, *Minima (non) curat praetor?*, AuR 2010, 186 und 242, 245, der den störungsfreien Verlauf des Arbeitsverhältnisses in der Vergangenheit betont, weswegen langjährige Mitarbeiter dann auch einen „Schuß frei“ haben – und sei es in Form einer vorsätzlichen Straftat.

²⁹ LAG Hamm, MDR 2000, 282.

es zur Arbeit schafft, ob er witterungsbedingt den Betrieb nicht erreicht, im Urlaub wegen Aschewolken festsitzt oder ob sein Fahrzeug versagt – das ist sein Restlebensrisiko, für das er die Preisgefahr trägt. Und insofern haftet er auch schadensrechtlich für sein Ausbleiben voll, wenn er dies zu vertreten hat.

An zweiter Stelle steht die Verantwortung für seine Arbeitsfähigkeit. Diese Qualifizierungsverantwortung³⁰ nötigt ihm Fortbildungs- und Umschulungsbemühungen ab und trägt am Ende auch seine Entlassung – wenn der Arbeitnehmer nicht in der Lage ist, die ihm angesonnene Arbeit auszuführen. Diese Verantwortung ist sozialrechtlich in § 2 Abs. 4 SGB III fixiert:

„Die Arbeitnehmer haben bei ihren Entscheidungen verantwortungsvoll deren Auswirkungen auf ihre beruflichen Möglichkeiten einzubeziehen. Sie sollen insbesondere ihre berufliche Leistungsfähigkeit den sich ändernden Anforderungen anpassen.“

Und eben deshalb kann der Arbeitgeber einem Spanier, der sich verweigert, Deutsch zu lernen, um veränderten betrieblichen Anforderungen Rechnung zu tragen auch ohne weiteres kündigen.³¹ Das Sprachrisiko als Leistungsrisiko liegt beim Arbeitnehmer.³²

2. Verantwortungsübertragung auf den Arbeitgeber

Der weitreichenden Risiko- und Verantwortungsentlastung des Arbeitnehmers entspricht eine korrespondierende Verantwortungszuweisung beim Arbeitgeber – die zum Teil auch überwälzte Fremdverantwortung ist.

a) Betriebsrisiko als Verwendungs-, Preis- und Schadensgefahr

Dass der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trägt, ist – wie gesehen – auch aus zivilrechtlicher Sicht „in Ordnung“. Der Arbeitgeber wird dadurch, dass er die Preisgefahr für sinnlose Arbeit trägt und dass er Schäden selbst ganz oder anteilig tragen muss, soweit seine Organisation mitursächlich für den Schaden ist – doch nur an seine aus der Organisation arbeitsteiligen Wirtschaftens resultierende Verantwortung gemahnt.

Freilich müsste dem Arbeitgeber dann auch eine effektive Organisationsherrschaft zugebilligt werden, mit deren Hilfe er sich selbst so verhalten kann, wie es von ihm erwartet wird. Davon kann aber keine Rede sein. Nicht wenige betriebliche Organisationsmaßnahmen sind mitbestimmt und auch das nackte Weisungsrecht ist – wie am Gabelstaplerfall gesehen – nicht sonderlich effektiv.

³⁰ Eingehend Rieble, Qualifizierungstarifverträge, in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (2004), S. 831.

³¹ BAG, NZA 2010, 625.

³² Schon Rieble, Sprache und Sprachrisiko im Arbeitsrecht, in: Festschrift für Löwisch (2007), S. 229, 231.

So gesehen wird das Betriebsrisiko zu einer reinen Gefährdungs(eigen)haftung des Arbeitgebers, weil schon das Führen eines Betriebes mit Arbeitnehmern entsprechende Risiken ohne korrespondierende Steuerungsmöglichkeit verursacht. Im Mobbingfall hat das BAG dies gesehen und erkannt, dass der mobbende Chefarzt auf das Haftungsprivileg aus Steuerungsgründen verzichten muss. Diese Einsicht verlangt Gefolgschaft indes auch sonst.

Vollends überdehnt wird das Betriebsrisiko dann, wenn es jedes Rechtsrisiko umfasst. *Picker* verdanken wir die Erkenntnis, dass § 615 BGB wie bei der Miete ein faktisches Verwendungsrisiko meint. Die Norm erfasst nach ganz h. M. aber auch das Rechtsrisiko,³³ dass der Arbeitgeber ein bestehendes Arbeitsverhältnis verkennt – also entweder die rechtswirksame Begründung eines Arbeitsverhältnis oder aber dessen Beendigung leugnet. In Kündigungsschutzprozessen dräut also nachträglicher Annahmeverzugslohn, weil der Arbeitgeber (wie viele Arbeitsrechtler) nicht in der Lage gewesen ist, den Prozessausgang vorherzusagen. Das führt zu erheblicher Vergleichsbereitschaft und schreckt von Kündigungen ab.

In den Annahmeverzug gerät der Arbeitgeber aber ebenso, wenn er die Rechtsprechung des BAG zum leidensgerechten Schonarbeitsplatz verkennt, deshalb dem Arbeitnehmer nicht die richtige Arbeit zuweist.³⁴

b) Gesetzesübersteigende Gefährdungshaftung über § 670 BGB

Die kaum kalkulierbare Gefährdungseigenhaftung des Arbeitgebers schlägt in eine echte Quasigefährdungshaftung um, sobald der Arbeitnehmer in Ausführung betrieblicher Arbeiten Eigenschäden erleidet. Vom Unfall mit dem zu einer Dienstfahrt eingesetzten Privatwagen³⁵ bis hin zum Kaschmirpullover der Sekretärin, der bei einem Tonerwechsel am Drucker Schaden nimmt – für alles ist der Arbeitgeber verantwortlich, über § 670 BGB. Eigenverschulden des Arbeitnehmers wird nach den Grundsätzen der Haftungsprivilegierung „freigeschaltet“, so dass der Arbeitnehmer also auch bei einem leicht fahrlässig verursachten Unfall den gesamten Schaden beim Arbeitgeber liquidieren kann. Das Arbeitsrecht nimmt dem Arbeitnehmer insofern also einen erheblichen Teil des allgemeinen Eigentümmerrisikos ab und ordnet es gleichfalls dem Betriebsrisiko zu. Hier gilt stärker noch: Der Arbeitgeber hat praktisch wenig Möglichkeiten, dem Schadenseintritt entgegenzuwirken. Wie will er der Sekretärin verbieten, teure Kaschmirpullover zur Arbeit zu tragen?

³³ Dazu *Zedler*, Rechtsrisiko als Betriebsrisiko – Das Rechtsrisiko und seine Verteilung im Arbeitsverhältnis (Diss. 2010 – erscheint demnächst).

³⁴ BAG, NZA 2008, 1410.

³⁵ BAG, NJW 1981, 702; BAG, NJW 2007, 1486.

c) *Arbeitgeber als Zwangsversicherer*

Krankheit, Mutterschaft und Alter sind private Risiken des Arbeitnehmers – für die der Arbeitgeber, abgesehen von Arbeitsunfall und Berufskrankheit, die aber unfallversichert sind, nicht verantwortlich ist. Gleichwohl ordnet die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall dem Arbeitgeber als Zwangskrankenversicherer³⁶ das Krankheitsrisiko – genauer: das krankheitsbedingte Entgeltausfallrisiko – zu mit dem altbekannten Problem, dass die Begrenzung auf sechs Wochen per annum nur für Langzeiterkrankungen wirksam wird, wohingegen die Frist bei vielen Kurzerkrankungen nicht schützt. Einen wirklichen Sachgrund gibt es nicht – außer dass die Arbeitnehmer dies einst erstreikt hatten. Als Tarifregelung könnte eine solche Krankenentgeltausfallversicherung durchaus bestehen – sie wäre eine ausgehandelte Entgeltzusatzleistung im Synallagma. Als gesetzliche Arbeitsbedingung ist sie Zwangsversicherung zur Entlastung der krankentagegeldpflichtigen gesetzlichen Krankenversicherung – und allenfalls bei ganz kurzen Erkrankungen über § 616 BGB aus Praktikabilitätsgründen gedeckt. Irgendein Recht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer zu krankheitsvermeidendem Verhalten anzuhalten besteht nicht. Die Eigenverantwortung des Arbeitnehmers, die im Tatbestandsmerkmal des § 3 Abs. 1 S. 1 EntgFG „ohne dass ihn ein Verschulden trifft“ angelegt ist, ist durch die Rechtsprechung auf nahezu Null reduziert. Denn die Freiheit in der eigenen Lebensführung darf nicht beschnitten werden.

Noch unsinniger ist die Belastung des Arbeitgebers mit den Mutterschutzkosten: Mutterschutz ist ein gesamtgesellschaftliches Anliegen. Weder ist es gerechtfertigt, dass überhaupt nur Arbeitnehmerinnen einen Ersatz für den Entgeltausfall erhalten, nicht dagegen kleinere Selbständige. Und noch weniger ist es in einem privatautonomen System gerechtfertigt, den Arbeitgeber mit diesem Risiko zu belasten. Indes: Recht ist hier, was die öffentliche Kasse schont.

Zum gewillkürten Zwangsversicherer wird der Arbeitgeber schließlich bei der Entgeltumwandlung in der betrieblichen Altersversorgung. Zwar muss der Arbeitnehmer die Versicherung selbst bezahlen – durch Entgelteinbuße. Doch trägt der Arbeitgeber vielfache Risiken, von der Wertgleichheit über Informationspflichten bis hin zur Bewältigung von Leistungsstörungen: Ihm ist umfassend der Vollzug und die Vollzugsverantwortung zugewiesen – sowohl gegenüber der Versicherung wie im Verhältnis zum Arbeitnehmer. Dahinter steckt kein besonderer Sinn, sondern allein der Wunsch, dem Arbeitnehmer eine Bruttoanlage zu ermöglichen, von Entgelt, das noch nicht verbeitragt ist. Vollkom-

³⁶ Zur Rechtsnatur der Entgeltfortzahlung als Versicherung *Alewell/Nell*, Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall als gesetzliche Sozialleistung, in: Ortlieb (Hrsg.), *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik* 45 (2000), 145, 156ff.; *von Koppenfels*, Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall an der Schnittstelle von Arbeits- und Sozialrecht, *NZS* 2002, 241.

men gleichwertig ist die steuerliche Förderung (Riesterrente) der Privatanlage des Arbeitnehmers, die dieser direkt bei einem Versorgungsträger, insbesondere einer Direktversicherung bucht. Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer also eine von diesem gewünschte Dienstleistung ohne tieferen Bezug zum Arbeitsverhältnis leisten.³⁷ Ebenso könnte man den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer einen Mobilfunkvertrag oder einen Firmenwagen zu stellen – gegen Entgeltanrechnung. Das ist Wünsch-Dir-was-Rechtspolitik.

d) Strukturelle Überforderung schwacher Arbeitgeber (Adomeit)

aa) Wirtschaftliche Lasten und kleine Arbeitgeber

Adomeit hat schon 1983 auf die mentalen Seinschwierigkeiten des Arbeitsrechtlers hingewiesen, der solche Zuweisungen nicht versteht.³⁸ Sein besonderes Anliegen war das Schutzbedürfnis des kleinen Arbeitgebers, der nur ein oder zwei Arbeitnehmer hat und durch die Arbeitsrechtslasten in existentielle Schwierigkeiten geraten kann. Dieser sozial schutzbedürftige Arbeitgeber kommt im Arbeitsrecht nicht vor.

Im Gegenteil: Manchmal erweisen sich arbeitsrechtliche Kniffe nachgerade als Verhöhnung des anständigen Arbeitgebers. Wenn ein Arbeitgeber etwa während eines Kündigungsprozesses dem Arbeitnehmer Weiterbeschäftigung bis zum Ende des Prozesses anbietet – muss er darauf achten, dass das schriftlich geschieht. Sonst ist die Zweckbefristung unwirksam und der Arbeitgeber behält den Arbeitnehmer auch dann, wenn er den Kündigungsschutzprozess gewinnt.

Die schmalen arbeitsrechtlichen Ressourcen kleiner Arbeitgeber³⁹ führen – in Verbindung mit dem breiten Schutzkonzept des Arbeitsrechts – inzwischen zu einer spezifischen intellektuellen Schwäche im Rechtssystem.

Dass kleinere Arbeitgeber von manchen Arbeitsrechtlasten ausgenommen sind, weil bestimmte Schutznormen erst ab gewissen Schwellenwerten greifen, ändert nichts an der Überkomplexität des Arbeitsrechts. Die Schwellenwerte ihrerseits sind nur schwer beherrschbar.

³⁷ Kritisch dazu *Hanau u. a.*, Entgeltumwandlung (2. Aufl. 2006), Rn. 13; anders dagegen *Reinecke*, Die Änderung des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung durch das Altersvermögensgesetz – neue Chancen für die betriebliche Altersversorgung, NJW 2001, 3511, 3514.

³⁸ *Adomeit*, Über einige Schwierigkeiten, ein Arbeitsrechtler zu sein, in: Festschrift für Hilger/Stumpf (1983) S. 1.

³⁹ *Alewell/Koller*, Arbeitsrechtliche Ressourcen und Einschätzungen in Personalabteilungen deutscher Unternehmen, BB 2002, 990.

bb) Dogmatisches Problem: minderjährige Arbeitgeber

Für Arbeitsrechtler problematisch wird es, wenn der Arbeitgeber formal schützenswert ist, vor allem als Minderjähriger. Dass der Minderjährigenschutz dem Arbeitnehmerschutz weichen soll, finden einige Arbeitsrechtler geboten: So mag zwar ein vom Minderjährigen abgeschlossener Arbeitsvertrag unwirksam sein; dennoch wird er zur Lohnzahlung verurteilt – sei es über die Figur des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses, sei es über Bereichungsansprüche⁴⁰, für die dann fingiert wird, dass die Arbeit ihren Lohn wert sei.

Und wenn ein Minderjähriger einen Betrieb kraft Rechtsgeschäft übernimmt, so treffen ihn die Folgen des § 613a BGB ungeachtet des Umstandes, dass er minderjährig ist und sein Übernahmerechtsgeschäft unwirksam.⁴¹ Für § 613a BGB komme es nur auf die faktische Übernahme der Leitungsmacht an. Das ist ein schwerer Wertungswiderspruch: Das BGB schützt Minderjährige vor der Übernahme einer unternehmerischen Tätigkeit und den damit verbundenen Haftungsrisiken besonders, wie §§ 112, 1629a Abs. 2 BGB zeigen.⁴²

Hier zeigt sich die unverteilende Qualität des Arbeitsrechts: Darauf, ob der Arbeitgeber die ihm zugeschobene Eigenverantwortung auch tragen kann, kommt es weniger an – entscheidend ist das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers, welches singulär gesehen wird. Eine ausgleichende Gerechtigkeit früge immer auch nach der konkreten Zumutbarkeit für den Arbeitgeber. Bezeichnend ist etwa, dass § 20 ArbVG-E überhaupt nur den minderjährigen Arbeitnehmer sieht.

III. Mitbestimmung ohne Mitverantwortung

1. Keine Haftung des Betriebsrats

Über Eigenverantwortung in der Mitbestimmung ließen sich ganze Bücher schreiben. Für unsere Zwecke genügt ein schmaler Blick. Mitbestimmung in Betrieb und Unternehmen zielt auf Teilhabe an jenen Entscheidungen des Arbeitgebers, die die Belegschaft betreffen.⁴³ Der Betriebsrat soll Teilhabe ausüben und mitbestimmen. Der Betriebsrat tut dies aber ohne die Verantwortung des-

⁴⁰ MünchHdb-Richardi/Buchner, ArbR (3. Aufl. 2009), § 34 Rn. 47, die aber anerkennen, dass das fehlerhafte Arbeitsverhältnis nicht greifen kann.

⁴¹ BAG, NJW 1985, 735; dagegen: Ascheid/Preis/Schmidt-Steffan, Kündigungsrecht (3. Aufl. 2007), § 613a Rn. 75 und (wortidentisch) ErfKomm-Preis (Fn. 14), § 613a Rn. 61.

⁴² Dazu Bittner, Die Einrede der beschränkten Haftung auf das Volljährigkeitsvermögen aus § 1629a BGB, FamRZ 2000, 325; weiter Veit, Mündigkeit und Minderjährigenschutz im Arbeitsrecht, in: Festschrift für Birk (2008), S. 877.

⁴³ Zum Teilhabeprinzip grundlegend Wiese, Schutz und Teilhabe als Zwecke notwendiger Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und deren Rangverhältnis, ZfA 2000, 117.

jenigen, der mitentscheidet. Er haftet, wie Detlev *Belling* herausgearbeitet und mit recht stark kritisiert hat, praktisch nur im Fall des § 826 BGB und der ist praktisch nie gegeben, denn der Betriebsrat gehört zu den Guten und Gute können nicht sittenwidrig handeln.⁴⁴

Das heißt, wir haben eine Gestaltungsbefugnis, die keinerlei Gestaltungsverantwortung entspricht. Unerträglich wird dies, wenn Betriebsräte die Grenzen ihres Betriebsverfassungsamtes verlassen und ultra vires als Co-manager agieren – wie etwa der Gesamtbetriebsratsvorsitzende und stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende der Adam Opel GmbH Klaus Franz, der gleich einem Mitglied der Geschäftsführung agiert⁴⁵, ja sogar – und dementsprechend als faktischer Geschäftsführer analog § 43 GmbHG⁴⁶ haften muss.

Sonst wird bei ehrenamtlicher Tätigkeit wenigstens für (einfachen) Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gehaftet – wie das der neue § 31a BGB zeigt. Selbst diese Haftung trifft den Betriebsrat als Gremium nicht, weil das Gremium vermögenslos ist⁴⁷. Bislang hatte man wenigstens gedacht, der Betriebsrat hafte wenigstens im vermögensfreien Bereich – etwa für wahrheitswidrige und kreditschädigende Behauptungen über den Arbeitgeber gegenüber Presse oder Öffentlichkeit. Bislang hätte man gedacht, dass § 1004 BGB hier doch wenigstens einen Unterlassungsanspruch und bei unwahren Tatsachenbehauptungen den Widerrufsanspruch deckt⁴⁸. Der Siebte Senat ist hier spitzfindiger und findet (am Beispiel der verbotenen parteipolitischen Betätigung) heraus, dass der Unterlassungsantrag an der Zwangsvollstreckung scheitert: Weil dafür eine Zwangsgeldandrohung erforderlich ist, die doch aber gegenüber dem vermögenslosen Betriebsrat scheitern muss⁴⁹. Ergebnis: Unzulässigkeit des Antrags – und weitestgehende Folgenfreistellung.⁵⁰ So kann der Betriebsrat als Gremium machen was er will, die einzige Situation die ihm dräut, ist die Auflösung des Gremiums oder die individuelle Amtsenthebung nach § 23 Abs. 1 BetrVG. Das aber ist das stumpfste Schwert, das es gibt: Weil nämlich der Verfahrensgang über drei Instanzen typischerweise zur prozessualen Überholung durch die nächste reguläre Betriebsratswahl führt. Ist der betriebsrätliche Missetäter wie-

⁴⁴ *Belling*, Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen (1990), S. 287 ff.; GK-BetrVG-Kraft/Franzen, BetrVG (9. Aufl. 2009), § 1 Rn. 78 f.

⁴⁵ Vgl. *Rubkamp*, Der Co-Manager, FAZ vom 18.2. 2009, www.faz.net/s/Rub-D16E1F55D21144C4AE3F9DDF52B6E1D9/Doc~E2B7575C222254E35BF04F5D66893102FÄTpl~Ecommon~Scontent.html (zuletzt abgerufen am 20. 12. 2010).

⁴⁶ Dazu allgemein Bork/Schäfer-Klöhn, GmbHG (2010), § 43 Rn. 9 ff. m. w. N.; aus der Rechtsprechung BGHZ 150, 61, 69 f.

⁴⁷ So zuletzt BAG, NZA 2010, 1133; BAG, JurBüro 2008, 550 f.

⁴⁸ Allgemein zur äußerungsrechtlichen Verantwortung aus § 1004 BGB Jauernig-Teichmann, BGB (13. Aufl. 2009), § 823 Rn. 83.

⁴⁹ BAG, NZA 2010, 1133.

⁵⁰ Möglich bleibt aber die gegen die äußernde Person gerichtete Unterlassungsklage, dazu *Rieble/Wiebauer*, Meinungskampf im Betrieb, ZfA 2010, 63, 154.

dergewählt, so entfällt das Rechtsschutzbedürfnis für die Amtsenthebung⁵¹. Sie sperrt auch keineswegs die Wählbarkeit⁵². Das heißt praktisch: Der Betriebsrat macht was er will – ohne jeden effektiven Rechtsschutz des Arbeitgebers (die theoretisch denkbare vorläufige Amtsenthebung über § 85 Abs. 2 ArbGG i. V. m. § 23 Abs. 1 BetrVG findet nicht statt⁵³) ohne Haftung, ja nahezu ohne Konsequenz. Da kann dann nur noch das Strafrecht helfen – allerdings nur in Extremfällen.⁵⁴ In der normalen Praxis ist der Arbeitgeber rechtswidrigen Handlungen des Betriebsrats schutzlos ausgesetzt – wohingegen der Betriebsrat in seinen Rechten durch den richterrechtlichen Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB analog und durch die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung effektiv geschützt ist.⁵⁵

Mitbestimmungsverantwortung vor Gericht? Fehlanzeige!

2. Im Gegenzug: Arbeitgeberverantwortung für Mitbestimmungsfehler des Betriebsrats

Die Mitbestimmung im Betrieb wird nach der Rechtsprechung des BAG durch die sogenannte „Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung“ durchgesetzt. Das heißt: Arbeitsvertragliche Rechtsakte des Arbeitgebers sind unwirksam, wenn der Betriebsrat nicht im gebotenen Verfahren zugestimmt hat. Das BAG leitet hieraus nun das Grundprinzip ab, dass der Arbeitgeber das Risiko der vom Betriebsrat gesetzten Verfahrensfehler trage – wie falsche Ladung zur Sitzung, fehlerhafte Abstimmungen und dergleichen. Auf das Wort des Betriebsratsvorsitzenden darf er sich nicht verlassen, dieser vertritt zwar den Betriebsrat nach außen, aber eben nur „im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse“, § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG. Der Betriebsratsvorsitzende ist nur Vertreter in der Erklärung und der Arbeitgeber trägt das Risiko all jener internen Fehler, die zur Unwirksamkeit des Beschlusses führen.⁵⁶ Einen effektiven Gutgläubensschutz für den Arbeitgeber, der doch seinerseits gar keine Möglichkeit hat, die Ordnungsgemäßheit des Betriebsratsbeschlusses zu steuern oder doch wenigstens effektiv zu kontrollieren – gibt es nicht⁵⁷. Eine einzige und kleine Ausnahme gilt

⁵¹ So BAG, EzA § 23 BetrVG Nr. 2; dazu kritisch GK-BetrVG-Oetker (Fn. 44), § 23 Rn. 82 m. w. N., der aber seinerseits verlangt, dass der Verstoß auch in der Folgewahlperiode noch entsprechend „nachwirkt“. Das wird wiederum selten der Fall sein.

⁵² Dazu GK-BetrVG-Oetker (Fn. 44), § 23 Rn. 93.

⁵³ GK-BetrVG-Oetker (Fn. 44), § 23 Rn. 84.

⁵⁴ Dazu Rieble/Klebeck, Strafrechtliche Risiken der Betriebsratsarbeit, NZA 2006, 758.

⁵⁵ Schöner Überblick bei Wiebauer, Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung (2010), S. 163 ff.; GK-BetrVG-Oetker (Fn. 44), § 23 Rn. 130 ff.

⁵⁶ Eingehend zu Beschlussmängeln Reitze, Der Betriebsratsbeschluss (1998); dort auch S. 146 ff. zum Vertrauensschutz; weiter GK-BetrVG-Oetker (Fn. 44), § 26 Rn. 44 m. w. N.

⁵⁷ BAG, NZA 2005, 66; BAG, NZA 2000, 785.

bei der Betriebsratsanhörung vor Kündigungen nach § 102 BetrVG: Hier soll „ausnahmsweise“ nicht der Arbeitgeber das Risiko tragen, dass der Betriebsrat den Zustimmungsbeschluss zur Kündigung fehlerhaft getroffen hat⁵⁸. Aber dies auch nur dann, wenn der Fehler nicht erkennbar ist.

Schön ist aber umgekehrt, dass der nichtig gewählte oder errichtete Betriebsrat selbstredend Vertrauensschutz genießt, wenn er an sein Amt glaubt und etwa Kostenerstattungsansprüche nach § 40 BetrVG geltend machen kann⁵⁹. Hier kann dem ehrenamtlichen Betriebsrat das Risiko nicht zugemutet werden, in Ausübung eines Nichtamtes auf den eigenen Kosten sitzenzubleiben.

IV. Tarifautonomie als Hort (verantwortungsfreier) Privatautonomie

Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie kraft mandatarischer Interessenwahrnehmung⁶⁰ müsste das letzte Residuum voller Eigenverantwortung sein: Sollen doch Tarifparteien die Schwäche des Einzelarbeitsvertrages überwunden und einen „freien Arbeitsvertrag“ auf kollektiver Ebene schließen. Also müssten die Tarifparteien für dasjenige verantwortlich sein, was sie tun. Eine Haftung für unzumutbare und tarifpolitisch verfehlte Tarifverträge kann es zwar nicht geben, weil das eine Zweckmäßigkeitsschutz über Tarifparteien und also eine mit der Tarifautonomie nicht zu vereinbarende Tarifzensur auslöst.⁶¹ Doch ist eine Haftung für nichtige, insbesondere diskriminierende Tarifverträge durchaus denkbar – entsprechend etwa der Haftung von Gemeinden, die nichtige Bebauungspläne erlassen⁶² oder sonst nichtige Satzungen erlas-

⁵⁸ BAG, NZA 2004, 1330 mit klar konturierten Risikozuweisungserwägungen.

⁵⁹ BAG, SAE 2008, 168 für den unwirksam errichteten Konzernbetriebsrat; BAG, NZA 1998, 1133 für den nichtig gewählten Betriebsrat. Umfassend *Kamp*, Der Scheinbetriebsrat (2006), S. 64 ff.

⁶⁰ *Rieble*, Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5, 23; *Dieterich*, Gleichheitsgrundsätze im Tarifvertragsrecht, RdA 2005, 177, 179; *ders.*, Tarif- und Betriebsautonomie – ein Spannungsverhältnis, in: Festschrift für Richardi (2007), S. 117, 118; *Picker*, Vom individualautonomen Kollektivvertrag zum kollektivautonomen Tarifvertrag – Privatautonomie und Korporatismus im frühen deutschen Kollektivarbeitsrecht, ZfA 2007, 129, 131 f.

⁶¹ Allgemeine Meinung BGH, NJW 1978, 2031: keine Haftung der Tarifparteien für tarifinduzierte Inflation; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Band 1 (2008), S. 459; *Däubler-Schiek*, TVG (2. Aufl. 2006), Einl. Rn. 245; insofern anders bei der gebundenen Bebauungsplanung, vgl. BGHZ 106, 323 für die Beplanung von Altlastgrundstücken; dazu *Reuter*, Zur Amtshaftung der Gemeinde nach BGB § 839 bei überplanten Altlasten, BB 1989, 874; *Schink*, Konfliktbewältigung und Amtshaftung bei der Bauleitplanung auf Altlasten, NJW 1990, 351; *Jochum*, Bebauungspläne für altbelastete Plangebiete – Zur Amtshaftung der Gemeinde als Planungsträgerin, NVwZ 1989, 635.

⁶² BGHZ 92, 34, 51 f.; m. Anm. *Papier*, Fortsetzung der Rechtsprechung zum enteignungs-gleichen Eingriff, JZ 1984, 993; ebenfalls dazu *Hecker*, Der nicht durchsetzungsfähige Be-

sen⁶³. So könnte man Tarifparteien dafür verantwortlich halten, dass ein Arbeitgeber oder Arbeitnehmer infolge der erkennbaren (!) Unwirksamkeit einer Tarifnorm ein Schaden entsteht – das Mitgliedschaftsverhältnis kann zur Haftungsanknüpfung dienen;⁶⁴ Baumann schlägt bei Grundrechtsverletzungen durch Tarifvertrag immerhin § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. dem Grundrecht vor⁶⁵. Das entspräche auch dem mandatorischen Modell der Tarifautonomie.

Indes sagt die herrschende Meinung auch hier: Die Haftung für selbst gesetztes Unrecht sei mit der Tarifautonomie nicht zu vereinbaren.⁶⁶ Das ist aufschlussreich, weil die Haftung für unwirksame Rechtsgeschäfte sonst durchaus zum Repertoire des Privatrechts gehört, man denke nur an die Haftung des *falsus procurator* nach § 179 BGB.⁶⁷

Pikant ist das deswegen, weil die Haftung des Diskriminators nach dem europäischen *effet utile* doch denjenigen treffen muss, der die Diskriminierung verursacht – weil nur so eine Verhaltenssteuerung erreicht werden kann.⁶⁸ Besonders schön: Das AGG regelt die Frage partiell, und zwar mit einem „Haftungsprivileg“ für den Arbeitgeber, der eine diskriminierende Tarifnorm anwendet. Er soll nach § 7 Abs. 3 AGG nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haften – also sonst auf die Rechtmäßigkeit des Tarifvertrages vertrauen dürfen. Gleichwohl wird dem Arbeitgeber so mittelbar eine Verantwortung für die Tarifanwendung zugeschrieben. Er – und nicht die Tarifparteien, die den Fehler begangen haben – muss Hinweisen auf dessen diskriminierende Eigenschaften nachgehen. Richtig wäre es deshalb eine originäre Haftung der Tarifparteien als Diskriminierungsurheber vorzusehen.⁶⁹ Das AGG postuliert indes in § 17 nur eine „soziale Verantwortung“.

standsschutz – Ein gewöhnlicher Anwendungsfall des enteignungsgleichen Eingriffs, NVwZ 1987, 387.

⁶³ BGHZ 127, 223.

⁶⁴ Grundlegend *Todenböfer*, Haftung für Tarifunrecht (2007), insbesondere S. 95 ff.

⁶⁵ *Baumann*, Die Rechtsfolgen eines Grundrechtsverstößes der Tarifpartner, RdA 1994, 272; weiter *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 1301.

⁶⁶ BAG, AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität mit kritischer Anm. von *Hoyningen-Huene*: „Schadenersatzansprüche tarifunterwerfener Arbeitnehmer oder Arbeitgeber, die sich durch tarifliche Normen benachteiligt fühlen, gegen die Tarifvertragsparteien oder deren Repräsentanten bestehen nach geltendem Recht nicht.“

⁶⁷ *Hilger*, Zur Haftung des falsus procurator, NJW 1986, 2237; *Schulze-Dörner*, BGB (6. Aufl. 2009), § 179 Rn. 1 ff.

⁶⁸ Dazu *Rieble/Zedler*, Altersdiskriminierung in Tarifverträgen, ZfA 2006, 273, 293; die AGG-Kommentare sprechen die Frage – soweit ersichtlich und merkwürdigerweise – nicht an.

⁶⁹ *von Hoyningen-Huene* Anm. zu AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität: „werden somit einzelne Mitglieder einer Tarifvertragspartei von dieser bei dem Abschluß des TV objektiv benachteiligt, so sind Schadenersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung durchaus denkbar.“

V. Generalklauseln, Interessenabwägung und Lotteriespiel als Systemproblem

Das Arbeitsrecht ist schließlich wie kaum ein anderes Rechtsgebiet von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln⁷⁰ durchsetzt, die einerseits Einzelfallgerechtigkeit hervorbringen sollen, andererseits aber in der Rechtsanwendung nicht mehr vorhersehbar sind. Betroffen ist vor allem das Kündigungsrecht mit seiner Interessenabwägung – deutlich etwa geworden am Fall Emme (Fn. 28). Weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer können wissen, wie ein Kündigungsschutzprozess ausgeht. Dieser missrät zum Lotteriespiel.⁷¹

Das ist nicht bloß problematisch mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip, weil der ungewisse Prozessausgang eine effektive Rechtsverfolgung nicht bloß erschwert, sondern zum kaum kalkulierbaren Risiko werden lässt – und eine von den Richtern durchaus gewollte Abschreckungswirkung auslöst: Wer nimmt schon das Risiko auf sich, einen Straftäter zu kündigen, wenn nach drei Jahren dann infolge Interessenabwägung der „An-sich-Kündigungsgrund“ in Staub zerfällt und damit Annahmeverzugsentgelt für diese Zeit anfällt. Mehr als eine wunderbare Werbung für Zeitarbeit, bei der der Entleiher solche Arbeitnehmer zurückgeben kann, ist das nicht. Gegenbeispiel wäre ein kalkulierbares Abfindungskündigungsschutzsystem.⁷² In der Worten von Thomas *Dieterich*: „Der Abschreckungseffekt habe doch Steuerungswirkung und verhindere dadurch im Vorfeld, dass überhaupt gekündigt wird. Ich bin ziemlich leidenschaftlich der Ansicht, dass das eines Rechtsstaats unwürdig ist. Er darf nicht durch künstlich erzeugte Unsicherheit ein Abschreckungspotential erzeugen. Er muss sein Ziel mit klaren Wertungen erreichen und nicht durch den Abschreckungseffekt einer Nebelwand.“⁷³ Und mit *Kissel* lässt sich klarer noch sagen: Verlässlichkeit und Vorhersehbarkeit sind Eckpfeiler des Rechtsstaatsprinzips.⁷⁴ Und für die privatautonome Eigenverantwortung ist die Kalkulierbarkeit der Folgen eigenen Tuns zentral. Wie will man das Ergebnis eines Lotteriespiels verantworten?

Lotteriespiel-Rechtsnormen beeinträchtigen die Eigenverantwortung der Betroffenen erheblich: Sie können sich gar nicht rechtskonform verhalten, weil sie vorher nicht wissen, was der Richter im Nachhinein als richtig und regelgerecht ansehen wird. Rechtliche Eigenverantwortung zielt auf Normbefolgung.

⁷⁰ Wegweisend immer noch *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln (1933).

⁷¹ *Rüthers*, Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht (1996) S. 18; *Reuter*, Unternehmerische Freiheit und betriebsbedingte Kündigung, RdA 2004, 161, 163.

⁷² *Kamanabrou*, Die kalkulierbare Kündigung – Leitlinien eines Abfindungssystems, in: *Rieble* (Hrsg.), Transparenz und Reform im Arbeitsrecht (2006), S. 77.

⁷³ *Dieterich*, Diskussionsbeitrag, in: *Otto Brenner Stiftung/Blank* (Hrsg.), Muss der Kündigungsschutz reformiert werden? (2003), S. 114, 115.

⁷⁴ *Kissel*, Stetigkeit der Rechtsprechung, in: *Festschrift für Hromadka* (2008), S. 189 m. w. N. aus der Rechtsprechung des BVerfG.

Für den Arbeitnehmer wird sekundär massiver Anreiz gesetzt, sich auch nach schweren Rechtsverstößen streitig zu stellen – es kann ja immer etwas dabei herauskommen. Und der Arbeitgeber wird abgeschreckt, etwaige Rechte eigenverantwortlich wahrzunehmen. Er muss einen weiten „Zaun um die Thora bauen“ um rechtssicher agieren zu können – weil das Rechtsrisiko in dieser Vorhofzone zu groß gerät. Abschreckungseffekte in Form einer Nebelwand sind nicht nur unwürdig; sie nehmen dem Normadressaten die Sicht und damit die Verantwortung für das, was er tut.

VI. Schlussbemerkung

Michael Pawlik hat eine Hegelianische Straftheorie vorgelegt und betont, dass ein Strafzweck darin liegen kann, den Straftäter als Menschen ernst zu nehmen.⁷⁵ Dieser Gedanke gilt ganz allgemein. Jede Sanktion für Rechtsbruch, jede Anwendung von Rechtsregeln zum Nachteil eines Regelbrechers nimmt diesen ernst. Dementsprechend birgt jedes ernstlich sanktionierende Recht eine Lernfunktion – die man auch als Erziehungsgedanken des Rechts begreifen kann.⁷⁶ Derjenige, der eine Sanktion als Antwort auf sein Fehlverhalten erfährt, wird versuchen, diesen Fehler in Zukunft zu vermeiden. Wer dagegen auf Verschonung setzt, der erlaubt dem Begünstigten „April, April“ zu rufen, stellt ihn von dieser Erfahrungslast und Erkenntnislust frei. Ohne Steuerungseffekt kein nachhaltiger Lerneffekt.

Nur eine konsequente (Arbeits-)Rechtsordnung setzt das Recht durch – nicht nur im Interesse der objektiven Rechts- und Regelverfasstheit, im Sinne des Iheringschen Kampfes um's Recht und eines „Sich-selbst-ernst-nehmens“. Die regelgeleitete Verhaltensordnung verlangt Regelerfüllung gerade um den anderen, den Regelverletzer ernst zu nehmen und in die Rechtsgemeinschaft zu integrieren. In der Kindererziehung ist das längst anerkannt: Regeldurchsetzung und Konsequenz sind dem Kinde geschuldet – und weder den Eltern noch der Allgemeinheit. Sie führen das Kind in die Selbständigkeit und in die Eigenverantwortung. Gerade weil das Menschenbild des Arbeitsrechts den Arbeitnehmer für unmündig hält, muss sich das Arbeitsrecht diesen Spiegel vorhalten lassen.

Das Arbeitsrecht bestätigt die Pawliksche These im Spiegelbild: Es nimmt Arbeitnehmer und Betriebsrat nicht ernst, billigt ihnen nicht den süßen Schmerz eigener Fehlsamkeit zu – und verleitet alle Beteiligten zum Tricksen und Täuschen. Das Arbeitsrecht bietet dem Arbeitnehmer stets irgendeine Verscho-

⁷⁵ Pawlik, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe (2004), S. 94 ff.

⁷⁶ Pawlik, Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen, in: Festschrift für Rudolphi (2004), S. 213, 214.

nungsoption, eröffnet Ausreden, Ausflüchte – ja letztlich ein richterliches Gnadenrecht. Was hier als soziales Öl in der Arbeitsgerichtsbarkeit zielgerichtet verankert ist,⁷⁷ ja mit „sozialempfindenden“ Richtern⁷⁸ zum Zweck einer progressiven Rechtsprechung⁷⁹ verfolgt wird, zielt im Kern auf ein umverteilendes Recht, das in erster Linie Mitgefühl entscheiden lässt.⁸⁰ Ignoriert wird dabei, dass es eine Umverteilung vom Arbeitgeber zum armen Arbeitnehmer letztlich nicht gibt. Die Lasten tragen die anderen Beschäftigten, die die Rechtslasten als Lohnnebenkosten schultern, also erwirtschaften müssen. Wer im Betrieb schlampft oder klaut, der schädigt seine Kollegen. Und jene arbeitsrichterliche Gnade, die den Straftäter im Betrieb belässt und per Abmahnung verschont, – verhindert doch nur, dass ein lauterer Bewerber eingestellt wird. Das Arbeitsrecht will antiautoritär sein (jedenfalls zur Arbeitnehmerseite hin), möchte für alles Verständnis haben. „Antiautoritäres Recht“ ist indes eine Überforderung der Dialektik.

Ohne diese Feststellung hier bewerten zu wollen: Eigenverantwortung ist nur mit ausgleichender Gerechtigkeit zu verwirklichen, nicht mit (um)verteilender. Nur ausgleichende Gerechtigkeit kann auf Verursachungs- und Verantwortungsaspekte eine regelgerechte Antwort geben. Umverteilende Gerechtigkeit nimmt dem der hat und gibt dem der braucht. Augenscheinlich wird dies an den sozialen Transferleistungssystemen: Fordern und fördern – oder besser: Fördern durch Fordern – ist nur eine Parole, die von all den Hartz IV-Schlauweibern aufs Trefflichste widerlegt wird. Kaum anders ist es im Arbeitsrecht.

Dementsprechend hat sich das Arbeitsrecht vom Prinzip der Eigenverantwortung lange schon verabschiedet und die nach persönlicher Verantwortung differenzierende Individualität durch eine soziale und kollektive Gleichschaltung ersetzt.

⁷⁷ Dazu *Graf*, Das Arbeitsgerichtsgesetz von 1926 (1993).

⁷⁸ *Graf* (Fn. 77), S. 199.

⁷⁹ *Graf* (Fn. 77), S. 255.

⁸⁰ Eingehend zur *social drift*: von *Klitzing*, Ordnungswirtschaftliche Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes (2004), S. 314, 321 ff. und 331 f.