

Der Charakter des Rechts

Am Beispiel des Arbeitsrechts
(Dr. Walter Klar, Fachanwalt für Arbeitsrecht)

I. Personen und Beziehungen im Arbeitsrecht

Im Arbeitsrecht geht es um einen Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer¹ vor dem Hintergrund der im Arbeitsleben herrschenden Interessen- und Kräfteverhältnisse², also „darum, vorhandene Interessenkonflikte in rationaler Form zu bewältigen.“³ Die herrschenden Verhältnisse stehen also im Blickpunkt der Betrachtung, natürlich zunächst die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dabei gibt es aber im Regelfall nicht nur einen Arbeitnehmer und somit nicht nur eine Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung, sondern so viele als Arbeitnehmer vorhanden sind. Folglich gibt es damit auch Strukturen zwischen den Arbeitnehmern untereinander. Diese sind zum einen von festgelegten und organisierten hierarchischen Strukturen geprägt, wie z. B. zwischen dem Abteilungsleiter und den ihm zugeordneten Mitarbeitern, und zum anderen von tatsächlichen Umständen. Manche Arbeitnehmer dominieren ihre Arbeitskollegen oder mitunter auch den einen oder anderen Vorgesetzten durch ihr machtbewusstes Auftreten, andere Arbeitnehmer sind zurückhaltender und ordnen sich lieber oder notgedrungen ein bzw. unter.

Damit gelangt man aber schon von der individualrechtlichen Betrachtungsweise hin zur kollektivrechtlichen Ebene. Hier geht es um das Verhältnis der Betriebsratsgremien, wie z. B. des Betriebsrats oder des Gesamtbetriebsrats zum Arbeitgeber. Daneben gibt es weitere Belegschaftsorgane, beispielsweise den Wirtschaftsausschuss, die Jugend- und Auszubildendenvertretung und die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen. Auch diese stehen in Rechtsbeziehung zum Arbeitgeber, aber auch untereinander und innerhalb eines aus mehreren Personen bestehenden Organs existieren wieder Beziehungen zueinander. Nicht selten gibt es innerhalb größerer, beispielsweise aus elf, dreizehn oder mehr Mitgliedern bestehenden Betriebsratsgremien erhebliche Spannungsverhältnisse, manchmal auch handfesten Krach und Machtkämpfe, was die Betriebsratsarbeit erheblich beeinträchtigen kann, im schlimmsten, aber durchaus vorkommenden Fall reicht dies soweit, dass das Betriebsratsgremium sich selbst neutralisiert und nahezu handlungsunfähig ist. Zur Erleichterung des Arbeitgebers wirken sich damit die Beziehungen innerhalb des Betriebsratsgremiums auf das Verhältnis des Gremiums nach außen zum Unternehmen aus. Diese kurze praktische Betrachtung zeigt schon, dass das Arbeitsrecht Beziehungen und Verhältnisse zum Gegenstand hat.

Betrachtet man die Beteiligten der Beziehungen, geht es einmal um den Arbeitgeber, der eine Person sein kann, aber häufig, wie z. B. bei größeren Personen- oder Kapitalgesellschaften durch mehrere Mitglieder der Geschäftsführung oder des Vorstands repräsentiert wird. Natürlich geht es andererseits um die Arbeitnehmer, sei es in dieser Funktion oder aber auch in der Funktion eines Organs im Rahmen der Betriebsverfassung. In erster Hinsicht ist also das Verhältnis von Personen zueinander betroffen, allerdings nicht ausschließlich. So kann auch das Verhältnis von Personen zu Sachen betroffen sein, beispielsweise im Falle der Beschädigung eines Computers, eines teuren Messgeräts oder eines Firmenfahrzeugs durch den Arbeitnehmer.

¹ vgl. Mü ArbR – Richardi § 6 Rz 24

² vgl. ErfK – Schmidt GG-Einleitung Rz 3

³ Däubler, Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts, in Oetker/Preis/Rieble (Hrsg), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 3, 17

Das Arbeitsverhältnis betrifft keinen punktuellen Austausch, wie z. B. den zwischen Verkäufer und Käufer in einem zeitlich begrenzten, kurzfristigen Rahmen stattfindender Kaufvorgang. Es ist vielmehr auf Dauer angelegt. Es gibt Arbeitsverhältnisse, die Jahre, sogar Jahrzehnte dauern. In dieser Zeit entwickeln sich die miteinander arbeitenden und lebenden Menschen, verändern sich, werden älter, haben Erfolge, Misserfolge, aber auch Streitigkeiten. Das Arbeitsverhältnis hat als Dauerschuldverhältnis einen starken personenbezogenen Einschlag. Dieser Aspekt wird schließlich noch dadurch betont, dass sich der Arbeitnehmer von allen anderen zur Dienstleistung verpflichteten Personen durch seine persönliche Abhängigkeit unterscheidet. Er ist zur persönlichen Dienstleistung verpflichtet und hat den Weisungen des Arbeitgebers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Folge zu leisten.⁴

II. Ansätze aus anderen Blickwinkeln

Martin Buber versteht das Prinzip des Menschseins aus anthropologischer Sicht als ein doppeltes und zwar in der Weise, dass der erste Aspekt die Voraussetzungen des zweiten ist, also kein Nebeneinander zwischen diesen Bewegungen besteht. „Die erste sei die Urdistanzierung, die zweite das In-Beziehung-treten genannt.“⁵ Dieses Doppelprinzip des Menschseins führt nach Buber im Verhältnis der Menschen zueinander dazu, dass der Mensch in seinem Sein bestätigt sein und im Sein des anderen eine Gegenwart haben will.⁶ Dieses allgemein formulierte Prinzip gilt damit aber nach dem genannten anthropologischen Ansatz, soweit man ihn zugrunde legen will auch im (oben unter I.) beschriebenen Arbeitsleben. Danach geht es maßgeblich um eine Beziehung zwischen den Menschen und der Verwirklichung des Einzelnen in diesem Verhältnis.

Aus einem ganz anderen Ansatz heraus, nämlich aus soziologischer Sicht, hat Ulrich Beck in seiner Beschreibung und Bewertung der Risikogesellschaft die Bedeutung der Erwerbsarbeit für das Leben der Menschen in der Industriegesellschaft nicht bzw. nicht wesentlich in der Arbeit selbst festgemacht, sondern ist zu dem Ergebnis gelangt, dass Erwerbsarbeit und Beruf im Industriezeitalter zur „Achse der Lebensführung“⁷ geworden seien, die zusammen mit der Familie das zweipolige Koordinatensystem bilde, in dem das Leben in dieser Epoche befestigt sei. Diese Bewertung zeigt nicht nur die Bedeutung von Beruf und Erwerbstätigkeit, sondern auch den das Leben der Menschen bestimmenden Zug im Verhältnis des einzelnen Menschen zu seinen Mitmenschen in der Familie und zu seinen Bezugspersonen im Arbeitsleben.

Betrachtet man schließlich aus einer dritten Sichtweise heraus das unternehmerische Handeln im Wettbewerb des Markts und im Rahmen des unternehmensinternen Arbeitslebens aus ökonomischer Sicht, im Unterschied zu den vorgenannten, einige Zeit zurückliegenden Äußerungen von „Klassikern“ im Rahmen einer aktuellen Stellungnahme in einer Tageszeitung, wird festgestellt, dass Angebot und Nachfrage einen genialen Steuerungsmechanismus in Gang setzen mögen, aber einen Kompass zum Anstand aber nicht bieten würden, vielmehr sei die Grenze zwischen Gut und Böse unsichtbar. Das Geheimnis erfolgreicher Unternehmensführung liegt danach nicht nur darin, Kosten zu senken und den Profit zu erhöhen. „Wo Mitarbeiter schlecht bezahlt werden, mag der Gewinn an Höhe gewinnen. Aber ebenfalls wächst der Frust der Belegschaft. Niedrige Löhne werden oft mit Illoyalität der Belegschaft und hoher Personalfuktuation erkauf.“⁸

⁴ vgl. Linck, in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 2 Rz 4

⁵ Martin Buber, Urdistanz und Beziehung, 4. Auflage 1978, S. 11 (Erstdruck 1950)

⁶ vgl. Buber, a. a. O., S. 36

⁷ Ulrich Beck, Risikogesellschaft Auf dem Weg in eine andere Moderne, Suhrkamp Verlag 1986, S. 220

⁸ Büschemann, in SZ v. 27./28.08.2016, S. 24, Fairplay

Auch aus dieser Sicht geht es um den Umgang zwischen Menschen untereinander und um dessen Gestaltung und Inhalt. Gegenstand der Betrachtung sind die Beziehungen der Akteure und damit nicht nur der Unternehmen im Markt (gegeneinander), sondern auch das Verhältnis der Arbeitsvertrags- und Betriebsparteien zueinander. Wenn man dann noch im Hinblick auf den durch Angebot und Nachfrage ausgelösten Steuerungsmechanismus die vorgenommene Bewertung dahingehend umformuliert, dass dieser keinen Kompass zur Gerechtigkeit bietet und nicht darauf abzielt, Recht im Rahmen der hinter dem Wettbewerb liegenden Arbeitsverhältnisse zu schaffen, schlägt die Stunde des Arbeitsrechts. Die Aufgabe des Arbeitsrechts kann man aber nur dann verstehen, wenn man dessen Charakter und damit den des Rechts kennt.

III. Der relationsontologische Ansatz

Lange Zeit wurde die Meinung vertreten, dass Recht etwas Gegenständliches, ein Objekt sei, das der Rechtssuchende erkennen könne. Bei dieser Betrachtungsweise wird ein Subjekt-Objekt-Schema zugrunde gelegt. Das rechtssuchende Subjekt erkennt danach das „richtige Recht“ als ihm gegenüberstehendes sicht- oder greifbares und damit wahrnehmbares Objekt. Subjekt und Objekt sind dabei zwei voneinander unabhängige Wesenseinheiten. Arthur Kaufmann hat darauf hingewiesen, dass dieser substanzontologische Ansatz verfehlt ist. Recht ist nicht in eine wie auch immer verstandene Natur gemeißelt, wie dies in der Naturrechtslehre vertreten wird, noch erscheint es aus dem notwendig abstrakt gehaltenen Gesetzestext, wie der Rechtspositivismus meint.⁹

Schon Aristoteles hat formuliert, dass „die Gerechtigkeit ihrem Wesen nach eine Beziehung darstellt und zwar in derselben Weise eine Beziehung auf Sachen und Menschen“.¹⁰ Recht ist nichts Substantielles, es ist nicht „in den Dingen“, vielmehr hat alles Recht Verhältnischarakter, Recht ist etwas Relationales, es besteht in den Beziehungen der Menschen zueinander und zu den Dingen.¹¹ Recht „sollte nicht das Objekt einer ‚Substanzontologie‘ sein, sondern der Ausdruck einer, Relationenontologie.“¹²

Auch wenn das Recht nichts Substantielles ist, ist es nicht nichts. Der Begriff der Ontologie bezieht sich auf Seiendes. Befasst man sich mit der ontologischen Struktur des Rechts, fragt man nach seiner Wesensform, seiner Seinsverfassung.¹³ Und in diesem Sinn ist Recht „nicht Substanz, sondern gerade das ganz andere als Substanz: Beziehung.“¹⁴

1. Recht als Verhältniseinheit

Es gibt keine „normative Kraft des Faktischen“. Zum Recht kann man ohne Wertgerichtspunkte, ohne Normen nicht gelangen. Dabei ist aber zu beachten, dass eine konkrete Rechtsentscheidung allein nur aus der Rechtsnorm nicht abgeleitet oder subsummiert werden kann. Die Norm ist zwangsläufig allgemein formuliert und damit ein Maßstab für viele mögliche Fälle, folglich aber nie die Entscheidung eines konkreten Falles. Das Gesetz verhilft zum Recht, es ist die Möglichkeit von Recht.¹⁵ Führt aber die Norm allein nicht zum Recht, stellt sich die Frage nach dem notwendigen Gegenspieler. „Die Norm als ein Sollen kann gar nicht aus sich heraus reales Recht hervorbringen, es

⁹ vgl. Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 2. Auflage 1992, S. 25

¹⁰ Aristoteles, Politik 1280 a 17

¹¹ Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 1997, S. 46

¹² Ollero, Die Rolle der Richterpersönlichkeit bei der Rechtsfindung, in Neumann/Hassemer/Schroth, Verantwortetes Recht, 2005, S. 123, 126

¹³ vgl. Arthur Kaufmann, Die ontologische Struktur des Rechts, in: Rechtsphilosophie im Wandel, 104 ff

¹⁴ Arthur Kaufmann, Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen, in: Über Gerechtigkeit, 281, 289

¹⁵ vgl. Arthur Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache“ zugleich eine Lehre vom Typus, in: Rechtsphilosophie im Wandel, 272, 281 ff

muss ein Seinshafes hinzutreten.¹⁶ Norm und Sachverhalt müssen nach hermenentischer Betrachtung im Rahmen der Rechtsfindung in Entsprechung gebracht werden, „bei der konkreten Anwendung von Normen findet ein Hin- und Herwandern des Blickes von Norm und Sachverhalt statt.“¹⁷ Die Norm auf der Sollenseite muss mit dem konkret zu entscheidenden Lebenssachverhalt auf der Seinsseite zusammengeführt werden, damit Recht entstehen kann. „Recht ist die Entsprechung von Sollen und Sein.“¹⁸ Recht ist damit keine Einheit von Normen, sondern eine „Verhältniseinheit“¹⁹, d.h. eine Einheit der Entsprechung zwischen Wesensverschiedenen: zwischen Sollen und Sein, zwischen Norm und Lebenssachverhalt.²⁰ Entsprechung heißt aber aus dem Griechischen kommend Analogie. Sollen und Sein sind entsprechend, also analog verbunden. „Das Recht ist ursprünglich analog.“²¹

Diese Erkenntnis ist aber nicht neu, wobei nochmals auf Aristoteles zurückzukommen ist, der die Gleichheit, den Kern der Gerechtigkeit, nicht formal aufgefasst hat, sondern von einer proportionalen, analogischen Gleichheit gesprochen hat. „Denn das Proportionale ist die Mitte, und das Gerechte ist das Proportionale.“²² Das Gerechte verlässt „immer nach der genannten Analogie.“²³ Rechtsfindung verläuft deduktiv - induktiv, d. h. analogisch. Es erfordert sowohl Sollens - als auch Seinselemente.²⁴ Die Analogie reicht dabei nicht vom Besonderen zum Besonderen, vielmehr führt der Weg vom Besonderen über ein Allgemeines zum Besonderen. Ist aber schon die Induktion, die vom Besonderen zum Allgemeinen führt, nicht zwingend - Popper hält sie gar für widerlegt²⁵ bzw. für ungültig²⁶ - kann für die Analogie nur gelten, dass sie erst recht nicht zu zwingenden, viel mehr zu problematischen Urteilen führt. Die Analogie ist beides, deduktiv und induktiv und eben damit auch mit den Problemen der Induktion behaftet. Dafür führt sie aber zu neuen Erkenntnissen und ist schöpferisch, worin ihr Wert liegt.²⁷ Analogie ermöglicht wie die Induktion und die ihr vorausgehende Abduktion synthetische (und nicht nur analytische) Schlüsse.²⁸

Um aber im konkreten Einzelfall zur Verhältniseinheit, zur Entsprechung von Sollen und Sein und damit zum Recht zu finden, bedarf es eines Verbindungsstücks, das die unterschiedlichen Kategorien Sollen und Sein zusammenführt, einer Brücke oder Klammer, welche die Analogate vergleichbar macht, in eine Ähnlichkeitsbeziehung bringt. Darin liegt das Kernproblem der Analogie: im tertium comparationis.²⁹ Ob beispielsweise zwei Tiere einander gleich oder ungleich sind, hängt vom Vergleichsmaßstab, vom tertium comparationis ab.³⁰ Auf der Suche nach der Verbindung zwischen Sollen und Sein gelangt man zur „Natur der Sache“, zu dem sowohl in der Gesetzesnorm als auch im Lebensverhalt liegenden Sinn, der in beidem identisch sein muss, um sie in Entsprechung bringen zu können und um zu einer Identität des Sinnverhältnisses gelangen zu können.³¹ Die Natur der Sache ist „die Mitte zwischen Sachgerechtigkeit und Normgerechtigkeit“.³² Dabei zeigt sich auf der

¹⁶ vgl. Arthur Kaufmann, a. a. O., 287

¹⁷ Schroth, Juristische und philosophische Hermeneutik, in: Gabriel/Gröschner, Subsumtion, 129, 139 mit Verweis auf Engisch

¹⁸ Arthur Kaufmann (Fn15), 287

¹⁹ Arthur Kaufmann, ebd.

²⁰ Arthur Kaufmann, Das Recht im Spannungsfeld von Identität und Differenz, in: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 161, 170

²¹ Arthur Kaufmann (Fn15), 288

²² Aristoteles, Nikomachische Ethik 1131 b 13

²³ Aristoteles, Nikomachische Ethik 1131 b 28

²⁴ vgl. Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 85

²⁵ vgl. Popper, Alles Leben ist Problemlösen, 4. Auflage 1999, 141 f

²⁶ vgl. Popper, Objektive Erkenntnis, 2. Auflage 1974, 101, 113

²⁷ vgl. Arthur Kaufmann (Fn 15), 300

²⁸ vgl. Arthur Kaufmann (Fn 14), 285

²⁹ vgl. Arthur Kaufmann (Fn. 15), 301

³⁰ vgl. Arthur Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, 6, 59 ff

³¹ vgl. Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 126; vgl. derselbe, Über Sprachlichkeit und Begrifflichkeit des Rechts, in: Über Gerechtigkeit, 169, 191,

³² Arthur Kaufmann (Fn 15), 308

Sollensseite „die Gesetzesnorm in ihrer Seinsbezogenheit und auf der Seinsseite der Lebenssachverhalt in seiner Wertbezogenheit.³³ Bei der Betrachtung der Natur der Sache handelt es sich um ein typologisches Denken, der normative Typus als die Mitte zwischen Normgerechtigkeit und Sachgerechtigkeit.³⁴

Geht es aber bei der Natur der Sache um die Erscheinung eines Allgemeinen im Besonderen, eines Werthaften im Faktischen³⁵, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis vom Allgemeinen zum Besonderen und damit nach dem Verhältnis von Sollen und Sein.³⁶ Die Natur der Sache hat relationalen Charakter, sie ist die Verbindung zwischen Sollen und Sein, oder von der anderen Seite her betrachtet zwischen Lebenssachverhalt und dessen normativer Qualität. Schlüsse aus der Natur der Sache können nie zu Gewissheiten, allenfalls zu Wahrscheinlichkeiten führen. Exakte Rechtserkenntnisse und eine mathematische Berechenbarkeit des Rechts gab es nie und wird es nie geben.³⁷ Das ist aber nicht neu und auch ein in den Naturwissenschaften bekanntes Phänomen, beispielsweise in der Quantenphysik.

2. Die Person als Bezugspunkt des Rechts

Die vorstehenden Überlegungen führen zur Frage, ob Recht als Relation, als Entsprechung von Sollen und Sein, zusammengeführt über die Natur der Sache, beliebig ist. Relation betrifft das Zusammenspiel von mindestens zwei Größen, die sich in der jeweils konkreten Situation wechselseitig bestimmen.³⁸ Werte gibt es, aber sie existieren im Leben nicht an sich, sondern in werthaften Sachverhalten, also juristisch formuliert in Lebenssachverhalten und damit stets in Bezug auf den Menschen.³⁹ „Das tertium comperationis des Verhältnisses von Recht und Sittlichkeit ist der Mensch als Person.“⁴⁰ Die Suche nach dem Recht im Rechtsfindungsprozess heißt zu fragen, „ob dem Menschen in seiner Eigenschaft als Person das ihm Zustehende“⁴¹ gewährt wird. Der Mensch als Person im Rahmen seiner Beziehungen (also relationsontologisch betrachtet) zu anderen Menschen oder Sachen ist seinshaft und prozesshaft.⁴² „Im Menschen hat das Sollen Fleisch aufgenommen“.⁴³ Danach ist die Idee des Rechts die Idee des personalen Menschens.⁴⁴ Bei der Betrachtung des Menschen als Person geht es um ein Individuum im sozialen Umfeld.⁴⁵ Recht betrifft den konkreten personalen Bezug zwischen Menschen und zu Sachen. Dieser Bezug ist konkret und real und damit nicht wertfrei.⁴⁶ Der Mensch ist als Person ein soziales Produkt, wobei sich das konkrete und damit geschichtliche oder zeitgerechte Recht in der Praxis, im Alltag zeigt, das im Privatrecht abgebildet wird.⁴⁷ „Der Mensch vollbringt sich als Person in seiner Verwiesenheit und Angewiesenheit auf andere Personen und Dinge, im Guten wie im Bösen: er ist Vater und Sohn, Käufer und Verkäufer, Schädiger und Geschädigter, Eigentümer und Dieb.“⁴⁸ - und wie man hinzufügen möchte: Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

³³ vgl. Arthur Kaufmann, ebenda, 309

³⁴ vgl. Arthur Kaufmann, ebenda, 311; ders., Rechtsphilosophie, 127

³⁵ vgl. Arthur Kaufmann, ebenda, 309

³⁶ vgl. Arthur Kaufmann, ebenda, 316

³⁷ vgl. Arthur Kaufmann, ebenda, 318

³⁸ vgl. Arthur Kaufmann (Fn 14), 289

³⁹ vgl. Arthur Kaufmann, Recht und Sittlichkeit, in: derselbe, Rechtsphilosophie im Wandel, 219, 243

⁴⁰ Arthur Kaufmann, a. a. O., 221

⁴¹ Arthur Kaufmann (Fn 14), 298

⁴² vgl. Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 292; ders., Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in Kaufmann/Hassener/Neumann, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 26, 145

⁴³ Arthur Kaufmann (Fn 20), 170

⁴⁴ vgl. Arthur Kaufmann (Fn 14), 299; ders. (Fn 42), 146

⁴⁵ vgl. Ueda, Das Recht der Person auf ihren Tod (Fn12) 91, 95

⁴⁶ vgl. Arthur Kaufmann, Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik, (Fn 20), 89, 98

⁴⁷ vgl. Barros, Die Person als Bezugspunkt des Rechts, (Fn 12), 17, 20

⁴⁸ Arthur Kaufmann (Fn 46), 98

3. Arbeitsrecht im Umbruch

Auf individualrechtlicher Ebene geht es im Arbeitsrecht um das Verhältnis der Personen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wobei der maßgebliche normative Aspekt in diesem Rechtsverhältnis in der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber liegt.⁴⁹ Der Arbeitnehmer unterliegt dem Weisungsrecht des Arbeitgebers. Insbesondere aus der Sicht des Arbeitnehmers resultiert daraus die maßgebliche Aufgabe des Arbeitsrechts als Schutzrecht vor der Fremdbestimmung durch den Arbeitgeber.⁵⁰ Betrachtet man die Interessen des Arbeitgebers als Teilnehmer am Markt, im Wettbewerb und als Unternehmer, resultieren daraus Forderungen nach Flexibilität, Maximierbarkeit und preisgünstiger Gestaltung des Einsatzes seiner Arbeitnehmer. Dementsprechend ordnet vor allem der Arbeitgeber das Arbeitsrecht dem Wirtschaftsrecht zu.⁵¹

Der Ruf danach, dass sich die Arbeitswelt aufgrund Digitalisierung und Globalisierung verändern müsse, wir immer lauter.⁵² Dabei geht es einmal zentral um das Thema Arbeitszeit, beispielsweise unter den Stichworten Selbstbestimmung der Arbeitszeit, Vorgabe und kurzfristige Änderung der Arbeitszeiten⁵³ oder um die immer mehr um sich greifende Verfügbarkeit der Arbeitnehmer am Abend oder am Wochenende.⁵⁴ Zum anderen treten aber auch Phänomene auf, die mit den bisher bekannten Strukturen und Regelungen nicht mehr ohne weiteres in den Griff zu bekommen sind. Man denke beispielsweise daran, wenn Roboter zu Kollegen und Vorgesetzten werden.⁵⁵ Der technologische Wandel dringt in das Herz der Wirtschaft vor. Die künstliche Intelligenz wird allgegenwärtig sein, um die Menschen zu unterstützen. Lernende Maschinen und kluge Software dürfte nach Einschränkung des Microsoft-Chefs Nadella das grundlegend verändern, wie wir leben und arbeiten.⁵⁶ Diese Veränderung der Arbeits- und Lebensumstände wird das Arbeitsrecht beeinflussen. Wie wir gesehen haben,⁵⁷ ist das Recht eine Verhältniseinheit, eine Entsprechung zwischen Norm und Lebenssachverhalt. Die als tertium comperationis fungierende Natur der Sache betrachtet auf der Sollenseite die Gesetzesnorm in ihrer Seinsbezogenheit, aber auch auf der Seinsseite den Lebenssachverhalt in seiner Wertbezogenheit,⁵⁸ was damit aber zwingend zu Anpassungen und neuen Ergebnissen führen muss, wenn sich auf der Seinsseite, der Empirie Veränderungen ergeben.

Liegt der Betrachtung der Natur der Sache ein typologisches Denken zugrunde,⁵⁹ gilt dies in gleicher Weise bei der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft unter Zugrundelegung der persönlichen Abhängigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zur Abgrenzung von der Tätigkeit im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags.⁶⁰ Neue Herausforderungen und Probleme der arbeitsrechtlichen Einordnung ergeben sich auch hier durch neue, der Digitalisierung geschuldete Erscheinungsformen, wie beispielsweise sog. Crowddwork-Plattformen oder Plattformen für haushaltsnahe

⁴⁹ vgl. MüArbR - Richardi § 1 Rn 11

⁵⁰ vgl. Thüsing, Gedanken zur Vertragsanatomie im Arbeitsrecht, in: Wank u. a., Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, 559, 562

⁵¹ vgl. Picker, Das Arbeitsrecht als Standortfaktor, in: Bauer u. a., Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, 1283, 1298

⁵² vgl. Hampel, Weg mit der Uhr, Süddeutsche Zeitung vom 15./16.10.2016, 26

⁵³ vgl. Bollmann, Deutschland, das Land der vielen Überstunden, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 09.10.2016, 28

⁵⁴ vgl. Kutsche, Sie haben Post, Süddeutsche Zeitung vom 24.07.2016, 19

⁵⁵ vgl. Groß/Gressel, Entpersonalisierte Arbeitsverhältnisse als rechtliche Herausforderung - Wenn Roboter zu Kollegen und Vorgesetzten werden, NZA 2016, 990

⁵⁶ vgl. Nadella, Mitten in der Zeitenwende, Interview, in: Der Spiegel vom 15.10.2016, 65, 66

⁵⁷ vgl. Fn 19, 20

⁵⁸ vgl. Fn 33

⁵⁹ vgl. Fn 34

⁶⁰ vgl. Kocher/Hensel, Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen - ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, NZA 2016, 948, 988

Dienstleistungen.⁶¹ In diesem Zusammenhang ist die Rede „von dem zeitlich, örtlichen und gegenständlich entgrenzten Arbeiten in dynamischen, netzwerkartigen Organisationsstrukturen, die über Unternehmensgrenzen hinweg erfolgen“⁶² und den sich daraus ergebenden Konsequenzen zur Feststellung von Arbeitsverhältnissen und Auswirkungen auf die betriebliche Mitbestimmung im Rahmen des kollektiven Arbeitsrechts.

Ausgehend von der Prämisse, dass sich in Teilen der Arbeitswelt die Arbeitsausgestaltung technologiebedingt bezogen auf Arbeitsort und Arbeitszeit freier und damit mehr der selbständigen Tätigkeit angenähert entwickeln wird, folgt die Forderung nach der Begründung eines Beschäftigungsrechts unter Einbeziehung des Bürgerlichen Rechts und des Wirtschaftsrechts als Ersatz für das traditionelle, zu enge Arbeitsrecht.⁶³ Dazu gelangt man, wenn fordert, dass das Arbeitsrecht als Bestandteil des Wirtschaftsrechts künftig viel stärker als bislang dem Aspekt „der Innovations- und damit Wirtschaftsermöglichung verpflichtet sein“⁶⁴ sollte. Dieser Ansatz gewährt Flexibilität und geht auf die Notwendigkeit der Anpassung an neue tatsächliche Gegebenheiten im Arbeits- bzw. Erwerbsleben ein. Eine damit einhergehende Gefahr für die Personen im Arbeits- oder Erwerbsleben unter dem Aspekt eines für diesen Personenkreis erforderlichen Schutzes wird dabei nicht gesehen. Dies wird zum einen mit Ergebnissen der verhaltensökonomischen Forschung und zum anderen mit dem Postulat begründet, dass rechtliche Innovationsermöglichung stets bedeuten würde, Innovationen sozial verträglich auszugestalten.⁶⁵

Kommt man an dieser Stelle zurück zu der Aussage (unter II.), dass der durch Angebot und Nachfrage ausgelöste Steuerungsmechanismus keinen Kompass zur Gerechtigkeit bietet, vermisst man an dem Vertrauen in die rechtliche Innovationsermöglichung zum Schutz der Arbeitnehmer, Beschäftigten oder Erwerbstätigkeiten den Aspekt der Normgerechtigkeit. Darüber hinaus bedarf es andererseits auch noch einer vertieften Betrachtung und Auswertung der Seinsseite. Die „normativen Herausforderungen ergeben sich aus der tatsächlichen Konstellation“⁶⁶, woran die rechtlichen Konstruktionen anschließen müssen. Dafür „bedarf es jedenfalls noch mehr Empirie zu den Verhältnissen der Beteiligten untereinander, um zu geeigneten Typisierungen“⁶⁷ gelangen zu können. Es geht um die Verhältnisse, die Relationen der Beteiligten, also der Personen.

⁶¹ vgl. Kocher/Hensel, a. a. O., 987 f

⁶² Uffmann, Digitalisierung der Arbeitswelt, NZA 2016, 977, 980

⁶³ vgl. Uffmann, a. a. O., 979 f.

⁶⁴ Uffmann, ebenda, 981

⁶⁵ vgl. Uffmann, ebd., 981

⁶⁶ Groß/Gressel, a. a. O., 990

⁶⁷ Groß/Gressel, ebd.