

Recht-Philosophie und Praxis.
Am Beispiel des Arbeitsrechts
(Dr. Walter Klar, Fachanwalt für Arbeitsrecht)

I. Rechtsphilosophische Ansätze

1. Recht - Eine erste Annäherung

Immer wieder antworten Mandanten auf die Frage ihres Anwalts, was ihr Ziel im Rahmen der bevorstehenden Auseinandersetzung sei, mit der Forderung, dass sie nichts anderes wollten als ihr Recht, das aber mit Nachdruck. Was ist aber ihr „Recht“? Gibt es dann auch noch ein Recht des Anspruchsgeners oder hat dieser kein Recht?

Recht kann man nicht anfassen oder als Gegenstand betrachten. Der „Gegenstand“ des Rechts sind Verhältnisse. Recht ist etwas Relationales¹. Schließlich stellt die Gerechtigkeit ihrem Wesen nach eine Beziehung dar². Nach Kant ist Recht der „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“³. In einer konkreten Situation gibt es also in der Beziehung zwischen zwei Menschen nicht das Recht des einen und ein anderes Recht des anderen. Mehr wertbezogen formuliert Radbruch, dass Recht die Wirklichkeit sei, „die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen.“⁴

2. Recht und Gesetz

Das BVerfG hat am 22.04.1958 formuliert, dass das Arbeitsrecht durch die seit Erlass des BGB eingetretene sozialrechtliche Entwicklung als „Sonderrecht der unselbstständigen Arbeitnehmer“⁵ ver selbstständig geworden sei. Genau an diese Beschreibung anknüpfend wird auch heute noch im führenden Praxiskommentar zum BGB ausgeführt, dass der Zweck des Arbeitsrechts darauf gerichtet sei, „den Arbeitnehmer zu schützen und zugleich einen gerechten Ausgleich der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer herbeizuführen“⁶. Danach zielt also das Arbeitsrecht aus einem bestimmten Blickwinkel heraus, nämlich der Aufgabe des Schutzes der Arbeitnehmer, darauf ab, einen Interessenausgleich herzustellen. Beteiligte daran sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer, um ihr Verhältnis zueinander geht es dabei. Diese Beziehung soll einen gerechten Ausgleich erfahren. Das ist Recht.

Im bekanntesten Grundlagenwerk zum Arbeitsrecht wird aber auch formuliert, dass Arbeitsrecht die Summe der Rechtsregeln sei, die sich mit der in abhängiger Tätigkeit geleisteten Arbeit beschäftigte.⁷ Damit würde man meinen können, dass Recht und Gesetz dasselbe seien oder zumindest, dass das Recht durch die Gesetze vollständig abgebildet sei. In dieser Weise von Recht zu sprechen, heißt damit nichts anderes, als die Gesetze meinen.⁸ Damit kommt man unweigerlich zur Formulierung in Art. 20 III GG, wonach die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung nicht nur an das Gesetz gebunden sind, sondern an „Gesetz und Recht“. Beide Begriffe sind nicht inhaltsgleich. Recht ist nicht das gleiche wie Gesetz.⁹ Mit dieser Formulierung sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass die Bundesrepublik Deutschland Rechtsstaatlichkeit und Demokratie nicht nur formell betrachtet, sondern gerade

¹ vgl. Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 2. Auflage 1992, 25, 38 f.

² vgl. Aristoteles, Politik 1280 a 17

³ Kant, Metaphysik der Sitten, Akademieausgabe S. 230

⁴ Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 31, in Arthur Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe Band 2, S. 259 f.

⁵ BVerfG E7, 342, 350

⁶ Palandt-Weidenkaff, Einf. v. § 611 BGB Rn 3

⁷ vgl. Linck, in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 1 Rn 1

⁸ vgl. Braun, Einführung in die Rechtsphilosophie § 3 I. 3.

⁹ vgl. Arthur Kaufmann, Gesetz und Recht, in: Rechtsphilosophie im Wandel S. 135, 138 f.

auch inhaltlich, nämlich bezogen auf das Recht. Gesetz und Recht sind Schritte im Prozess der Rechtsverwirklichung.¹⁰

3. Recht als „Entsprechung von Sollen und Sein“¹¹

Aristoteles bezeichnet die Gerechtigkeit als „die vollkommene Tugend, aber nicht schlechthin, sondern im Hinblick auf den anderen Menschen“.¹² An anderer Stelle formuliert er, dass „die Gerechtigkeit ihrem Wesen nach eine Beziehung darstellt und zwar in derselben Weise eine Beziehung auf Sachen und auf Menschen“.¹³ Schon Aristoteles hat damit Recht und Gerechtigkeit als etwas Relationales erkannt. Den Kern in Aristoteles' Gerechtigkeitstheorie bildet die Gleichheit: „Ist nun das Ungerechte ungleich, so wird das Gerechte gleich sein.“¹⁴ Die Gleichheit versteht Aristoteles als eine Mitte: „Wenn außerdem das Gleiche eine Mitte ist, so wird auch das Gerechte eine Mitte sein,(...). Also muss das Gerechte eine Mitte sein, ein Gleiches, bezogen auf etwas und für bestimmte Partner und, sofern es eine Mitte ist, zwischen bestimmten Dingen (d. h. dem Mehr oder Weniger)“.¹⁵

Allerdings ist die Gleichheit keine formale, sondern eine proportionale, analogische Gleichheit. „Denn das Proportionale ist die Mitte, und das Gerechte ist das Proportionale.“¹⁶ Das Gerechte verfährt „immer nach der genannten Analogie.“¹⁷ Das Maß der Proportionalität nennt Aristoteles die „Würdigkeit“.¹⁸ Spricht man anstatt von Proportionalität von Analogie, die Aristoteles gleichfalls nennt, so gelangt man vom Maß zum tertium comperationis.¹⁹ Über dieses werden Sachverhalte mit Normen in Entsprechung gebracht.²⁰ Es gibt keine normative Kraft des Faktischen.²¹ Vielmehr stehen sich Sollen und Sein gegenüber. Als tertium comperationis kommt nach Arthur Kaufmann die „Natur der Sache“ in Betracht. Dies ist die Verbindung, darin begegnen sich Sollen und Sein, Wert und Wirklichkeit. Sie erweist sich als Erscheinung eines Allgemeinen im Besonderen, eines Werthafte im Faktischen.²²

4. Recht und Rechtserkenntnis

Die traditionelle Vorgehensweise zur Rechtserkenntnis, die sog. Subsumtion, also die Vorstellung, der Richter würde sein Urteil allein aus dem Gesetz ableiten („subsumieren“) oder anders formuliert, das Urteil würde eindeutig aus dem Gesetz folgen, ist weitgehend überholt. Viel mehr ist der Richter schöpferisch tätig.²³ Nach hermeneutischer Betrachtungsweise müssen bei der Rechtsanwendung Norm und Sachverhalt in Entsprechung gebracht werden, auf dem Weg zur Erkenntnis und Entschei-

¹⁰ vgl. Arthur Kaufmann, 40 Jahre Rechtsentwicklung - dargestellt an einem Satz des Grundgesetzes, in: Über Gerechtigkeit, S. 245, 253

¹¹ Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 137

¹² Aristoteles, Nikomachische Ethik (5. Buch) 1129 b 26

¹³ Aristoteles, Politik 1280 a 17

¹⁴ Aristoteles, Nikomachische Ethik 1131 a 12, 13

¹⁵ Aristoteles, Nikomachische Ethik 1131 a 15, 16

¹⁶ Aristoteles, Nikomachische Ethik 1131 b 13

¹⁷ Aristoteles, Nikomachische Ethik 1131 b 28

¹⁸ Aristoteles, Nikomachische Ethik 1131 a 24, 25

¹⁹ vgl. Arthur Kaufmann, Theorie der Gerechtigkeit, S. 15

²⁰ vgl. Schroth, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, in: Kaufmann, Hassemer, Neumann (Hrsg), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 270, 278

²¹ vgl. Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band 1, 5 Kap. V.; Arthur Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache“ zugleich eine Lehre von Typus, in: Rechtsphilosophie im Wandel, S. 272, 283

²² vgl. Arthur Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache“ zugleich eine Lehre vom Typus, in: Rechtsphilosophie im Wandel, S. 272, 308 f.

²³ vgl. Hassemer, Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 5.2.1 und 5.2.2

dung findet ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Norm und Sachverhalt statt. Die Zuordnung von Sachverhalten zu Normen erfordert, dass der Lebenssachverhalt in seiner Struktur verstanden wird.²⁴ Damit der Lebenssachverhalt entschieden werden kann, müssen die (vor dem Hintergrund der einschlägigen Normen) relevanten Elemente herausgearbeitet und bewertet bzw. interpretiert werden.²⁵ Der Sachverhalt des Geschehens muss am Tatbestand der Norm aufbereitet, der Geschehensablauf muss unter Zuhilfenahme der einschlägigen Norm durchdrungen und verstanden werden.

Die Rechtserkenntnis erfolgt damit nicht während eines Zustands wacher Achtsamkeit, in der das Subjekt des Richters das Objekt des Rechts erkennt. Vielmehr ist die Rechtserkenntnis ein aktives Geschehen, ein schöpferischer, gestaltender Akt.²⁶ Das Schema, wonach das Subjekt des Erkennenden vom Objekt des Erkenntnisgegenstandes strikt voneinander getrennt sei, ist überholt. Die Rechtserkenntnis ist nicht subjektfrei, in die Erkenntnis fließt durchaus Subjektives mit ein.²⁷ Wer Recht erkennen will, geht notwendig mit einem „Vorverständnis“ oder Selbstverständnis in den Verfahrensprozess hinein und bringt sich damit ein.²⁸ Recht ist das Ergebnis „eines Prozesses hermeneutischer Sinnentfaltung und Sinnverwirklichung“²⁹ und damit notwendig subjektabhängig.

5. Zeitgerechtes Recht

Für den Historiker ist die Einsicht, „dass morgen als falsch gelten kann, was heute für richtig gehalten wird“³⁰ eine Selbstverbindlichkeit. Betrachten wir den Vorgang der Rechtsverwirklichung, den Akt, in dem Sollen und Sein, Norm und Wirklichkeit in Entsprechung gebracht werden, zeigt sich, dass es sich dabei um eine konkrete Entscheidung in einer bestimmten Situation und Zeit handelt. Schon Aristoteles vertrat keinen engen Naturrechtsbegriff, wonach das (natürliche) Recht für alle Menschen zu jeder Zeit dasselbe sei. Das Naturgemäße anerkannte er, allerdings aber als durchaus Veränderliches. „Vom Gerechten dagegen sehen wir, dass es sich verändert.“³¹ Konkretes Recht existiert bezogen auf eine soziale Wirklichkeit zu einer bestimmten Zeit.³² Recht ist in seinem Sein durch die Zeit bestimmt.³³

Wenn man feststellt, dass sich der Sinn eines Gesetzes ändert, obwohl der Gesetzeswortlaut gleich bleibt, liegt dies daran, dass der Sinn des Gesetzes sich nicht nur aus der Norm, sondern auch aus den konkreten, sich in der Zeit unterschiedlich und wandelbar zeigenden Lebenssachverhalten ergibt.³⁴ Das Recht „lebt“ nur durch die stetige Anwendung und Interpretation.³⁵ Das Recht passt sich den Änderungen der Lebenswelt an und ist in diesem Sinn „geschichtlich“ und wandelbar.³⁶ Richtiges Recht ist immer nur „das zeitgerechte Recht“³⁷, das „offen ist für den Menschen in seinem konkreten Dasein“.³⁸

²⁴ vgl. Schroth, Juristische und philosophische Hermeneutik, in: Garbriel/Gröschner, Subsumtion, S. 129, 139

²⁵ vgl. Neumann, Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung, a. a. V. (Fn 24), S. 311, 324

²⁶ vgl. Arthur Kaufmann, Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis, in: Über Gerechtigkeit, S. 155, 158, Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 45 f.

²⁷ vgl. Arthur Kaufmann, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, S. 7

²⁸ vgl. Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, S. 25 f. ders., Rechtsphilosophie, S. 46, 266 f.

²⁹ Arthur Kaufmann, Theorie der Gerechtigkeit, S. 35

³⁰ Rödder, 21.0 Eine kurze Geschichte der Gegenwart, S. 392

³¹ Aristoteles, Nikomachische Ethik 1134 b 25-29

³² vgl. Arthur Kaufmann, Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik, in: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, S. 25, 51

³³ vgl. Arthur Kaufmann, Naturrecht und Geschichtlichkeit, in: Rechtsphilosophie im Wandel, S. 1, 22

³⁴ vgl. Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 126

³⁵ ders., S. 237

³⁶ vgl. Ellscheid, Strukturen naturrechtlichen Denkens, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg), a. a. O., 3.5.1

³⁷ Arthur Kaufmann, Die ontologische Struktur des Rechts, in: Rechtsphilosophie im Wandel, S. 104, 128

³⁸ Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 293

II. Recht und Praxis

1. Arbeitsrecht

Arbeitsrecht betrifft die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.³⁹ Die Begründung eines Unterordnungsverhältnisses durch den Abschluss des Arbeitsvertrags, in dem sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber verpflichtet, in persönlicher Abhängigkeit für diesen tätig zu werden, ist der maßgebliche normative Aspekt der arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise,⁴⁰ der zu Einschränkungen der im Grundsatz geltenden Vertragsfreiheit und zu zahlreichen Schutzgesetzen geführt hat, von denen vielfach nur zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann.⁴¹ Neben diesen privatrechtlichen Vorschriften gibt es aber außerdem öffentlich-rechtliche Bestimmungen, insbesondere solche des Arbeitsschutzrechts, die das Arbeitsleben regeln. Hinzu kommt schließlich das kollektive Arbeitsrecht mit seinen speziellen Normen auf betrieblicher und überbetrieblicher Ebene, die dem arbeitsrechtlichen Bereich seine Besonderheit verleihen.⁴² Auch wenn sich damit das Arbeitsrecht zu einem selbstständigen Rechtsgebiet entwickelt hat,⁴³ darf dabei nicht übersehen werden, dass darin strukturell und inhaltlich unterschiedliche Normen Komplexe wirken.⁴⁴ Viele Spezialgesetze und verstreut liegende Normen regeln Besonderheiten zu den im BGB festgehaltenen Grundsätzen. Das Fehlen einer einheitlichen Kodifikation wird beklagt.⁴⁵

Darüber hinaus ist im arbeitsrechtlichen Bereich sehr bald und andauernd intensiv die besondere Bedeutung der Grundrechte erkannt und behandelt worden. Zunächst ausgehend von einer sog. unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte bezieht sich das BAG nunmehr auf die Berücksichtigung deren Ausstrahlungswirkung.⁴⁶ Den Arbeitsgerichten als zuständigen Fachgerichten ist dabei die Entfaltung des einfachen Rechts im Lichte der Grundrechte zugewiesen. Man denke nur an die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe und die Konkretisierung der Generalklauseln, aber auch an verfassungsgeleitete und verfassungskonforme Auslegung.⁴⁷ Damit kommt man zwangsläufig zum Problem des „Richterrechts“ im arbeitsrechtlichen Bereich. Formuliert wurde, dass die Verfassung für das Privatrecht nur eine „trübe Quelle“ sei. Bedauert wurde daneben, dass man sich der Grundrechte viel zu intensiv bedient habe, um zu Ergebnissen zu kommen, die in der gesetzlichen Ordnung auch nicht annähernd vorgezeichnet seien.⁴⁸ Die Rechtsprechung habe sich mit großer Hingabe der Aufgabe als Ersatzgesetzgeber angenommen.⁴⁹ Wegen des Vorrangs der Gesetzesbindung sollten die Fachgerichte nur dann mit der objektiven Wertordnung der Grundrechte argumentieren, wenn „ihr ein dahingehender Gestaltungsauftrag oder aber eine Notkompetenz zugebilligt“⁵⁰ werde. Dies im Einzelfall feststellen zu können, eröffnet unterschiedlich wahrzunehmende Beurteilungsspielräume. Schließlich zeigt sich die Bedeutung der Rechtsprechung auch daraus, dass wichtige Teilgebiete in Arbeitssachen gerichtlich nicht geregelt sind.⁵¹ Gerade im arbeitsrechtlichen Bereich ist das Richterrecht ein maßgeblicher Rechtsbildungsfaktor.⁵²

³⁹ vgl. MüArbR - Richardi § 1 Rn 1

⁴⁰ vgl. MüArbR - Richardi § 1 Rn 11

⁴¹ vgl. Linck, in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 1 Rn 2

⁴² vgl. Richardi a. a. O. (Fn 39) Rn 18

⁴³ vgl. BVerfG NZA 1988, 355 ff.

⁴⁴ vgl. Däubler, Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts, in Oetker/Preis/Rieble (Hrsg), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 3, 17

⁴⁵ vgl. Linck, a. a. O. Rn 2

⁴⁶ vgl. ErfK - Schmidt GG Einleitung Rn 3, 17

⁴⁷ vgl. ErfK - Schmidt GG Einleitung Rn 76 f.

⁴⁸ vgl. Loritz, a. a. O. S. 1395, 1403

⁴⁹ vgl. Loritz, a. a. O. (vgl. Fn. 48), S. 557

⁵⁰ Stern, Probleme der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht, in Wank u. a. (Hrsg), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, S. 133, 154

⁵¹ vgl. Neumann, Richterrecht in Arbeitssachen a. a. O. (Fn 50), S. 367, 381

⁵² vgl. MüArbR - Richardi § 6 Rn 32

Nach der oben (unter I. 3.) dargestellten Betrachtungsweise des Rechts muss der Blick von der Seite des Sollens auch zur Seite des Seins wandern, nur so kann man zu einer Entsprechung von beiden und damit zum Recht finden. Die Bedeutung der „faktischen Anstöße“⁵³ aus dem Arbeitsleben wird man kaum unterschätzen können. Die Bewertung von Arbeitsrecht als werdendem Recht, mit der Begründung die Wirklichkeit des Arbeitslebens unterliege einem dauernden Wandel,⁵⁴ unterstreicht diese Betrachtung. Nur der Blick in eine Tageszeitung an einem Tag führt zu Themen wie der Forderung nach flexiblen Arbeitszeiten für Eltern, nach gelockerten Arbeitszeiten zur Bewältigung der Anforderungen in der digitalisierten Arbeitswelt und zum Abbau von Stress aufgrund einer Überforderung der Arbeitnehmer.⁵⁵ E-Mail und Internet haben das Arbeitsleben und dauert das Arbeitsrecht längst erreicht.⁵⁶ Nach einer Prognose sollen durch die Automatisierung Millionen Jobs wegfallen.⁵⁷ Die sich mit Sollens-Sätzen befassen Juristen fragen weniger nach dem „was ist“. Dagegen ist gerade aber auch eine Befassung mit den im Arbeitsleben, im Arbeitsverhältnis, im Betriebsablauf und in der betrieblichen Konstitution ruhenden Seins-Strukturen geboten.⁵⁸

Weitgehend Einigkeit besteht darin, dass der Schutz des Arbeitnehmers vor der Fremdbestimmung des Arbeitgebers die maßgebliche Aufgabe im arbeitsrechtlichen Bereich darstellt.⁵⁹ Dieser Aspekt allein wird aber dem relationalen Charakter des Rechts nicht gerecht werden können. Im Arbeitsrecht geht es um einen Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer⁶⁰ vor dem Hintergrund der im Arbeitsleben herrschenden Interessen- und Kräfteverhältnisse,⁶¹ also „darum, vorhandene Interessenkonflikte in rationaler Form zu bewältigen.“⁶² Neben dem Schutz der Arbeitnehmer ist auch den Interessen des Arbeitgebers und Dritten sowie der Allgemeinheit an wirtschaftlicher Flexibilität und Handlungsfreiheit Rechnung zu tragen.⁶³ Vor diesem Hintergrund ist auch die Forderung zu verstehen, das Arbeitsrecht zunehmend dem Wirtschaftsrecht zuzuordnen.⁶⁴

2. Die Praxis der Rechtsfindung aus anwaltlicher Sicht

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, in was für einem spannenden und anspruchsvollen normativen Umfeld einerseits und in welchem nahen Bezug zu den betroffenen Menschen andererseits das Arbeitsrecht wirkt. Natürlich spielen im Rechtsfindungsprozess die Arbeitsrichter die zentrale Rolle. Sie sprechen Recht. Allerdings erfolgt die Entscheidungsfindung im Diskurs mit den Verfahrensbeteiligten. Unter Beachtung der einschlägigen Gesetze sowie bei Anwendung der gebotenen Anwendungs- und Auslegungsgrundsätze „müssten bei gleicher Gesetzeslage und Ausbildung alle Richter gleich entscheiden. Wie jedermann weiß, entscheiden sie jedoch verschieden.“⁶⁵ Das liegt zum einen sicherlich am jeweiligen Vorverständnis, mit dem der jeweilige Richter an den Fall herangeht, aber zum anderen auch an den Argumenten, die im konkreten Verfahren diskutiert werden. Hier auf Augenhöhe mitzuwirken, ist die Gelegenheit aber auch Aufgabe des Anwalts und sein Beitrag im Rechtsfindungsprozess.

⁵³ ErfK-Schmidt, a. a. O. (Fn 46) Fn 3

⁵⁴ vgl. MüArbR - Richardi, § 1 Rn 6

⁵⁵ vgl. Süddeutsche Zeitung v. 12.11.2015, S. 5, 19, 20 S. 1263 ff.

⁵⁶ vgl. Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 17.01.2016, S. 1

⁵⁷ vgl. Notz, Arbeitsrechtliche Aspekte der Internetnutzung am Arbeitsplatz, in: Bauer u. a. (Hrsg) Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, S. 1263 ff.

⁵⁸ vgl. Windbichler, Das Arbeitsverhältnis ab Austausch- und „Geschenkverhältnis“, in: Wank u. a., Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, S. 673, 678

⁵⁹ vgl. Thüsing, Gedanken zur Vertragsautonomie im Arbeitsrecht, in Festschrift für Wiedemann, a. a. O. (Fn 50), 559, 562

⁶⁰ vgl. MüArbR - Richardi § 6 Rn 24

⁶¹ vgl. ErfK - Schmidt, a. a. O. Rn 3

⁶² Däubler, Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts a. a. O. (Fn 44), S. 3, 17

⁶³ vgl. Linck, in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 1 Rn 5, Thüsing, a. a. O. (Fn 57), S. 562

⁶⁴ vgl. Picker, Das Arbeitsrecht als Standortfaktor, in: Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht (Fn 55), S. 1283, 1298

⁶⁵ Braun, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 390.

Fachanwälte für Arbeitsrecht und Arbeitsrichter tragen gemeinsam die Verantwortung „für das Funktionieren des arbeitsgerichtlichen Rechtsschutzes. Ob sie dabei auch Partner in der Rechtsfindung sein können, hängt nicht zuletzt von einer professionellen Berufsauffassung und einem tiefen arbeitsrechtlichen Wissen ab.“⁶⁶ Zwei Staatsexamen die Anwaltszulassung, gelegentlicher Kontakt mit arbeitsrechtlichen Fällen, ein unerschütterliches Selbstvertrauen sowie der Ehrgeiz, dem Mandanten ein für diesen scheinbar besseres Ergebnis abzuliefern, als von diesem selbst erwartet, reicht dafür nicht aus. Auch das wirtschaftliche Umfeld, die ökonomische Planung seines Arbeits- und Zeiteinsatzes wirken sich auf das Niveau der Arbeitsleistung des Anwalts aus. Dies muss sich der Anwalt vor Augen führen und Entscheidungen treffen. Schließlich ist der Anwalt im Unterschied zum Richter Parteivertreter, er ist parteiisch und hat die Interessen seines Mandanten zu vertreten, kein Zweifel. Aber eine finanzielle oder geistige Abhängigkeit darf daraus nicht entstehen. Hier muss ein Anwalt manchmal harte Entscheidungen treffen, die es aber jedes Mal wert sind.

Die Richterinnen und Richter entscheiden ihre Fälle, sie fällen das Urteil. Aber die Anwälte sind die Anlaufstationen, bei ihnen beginnt die Rechtsfindung. Sie stehen im Kontakt mit den Menschen, die „ihr“ Recht suchen. Die Anwältinnen und Anwälte müssen die Informationen, intensive, farbige, oft ausufernde, manchmal spärliche Schilderungen auswerten und rechtlich zutreffend einordnen. Sie müssen unter normativer Bewertung das Wichtige von Unwichtigem trennen, die Informationspalette vervollständigen und das nachfragen, was für den Rechtsuchenden bedeutungslos, für die richtige Entscheidung aber wichtig ist. Daraus ist ein schlüssiges und soweit möglich nachweisbares Konzept zu entwickeln, das dem Mandanten inhaltlich und vor allem auch verfahrensmäßig in angemessener Zeit ein praxistaugliches Ergebnis ermöglicht.

Abgesehen von natürlich auftretenden und sogar notwendigen Routinefällen ist dies ein kreativer, schöpferischer Vorgang. Der Anwalt muss Gesetz und Lebenssachverhalt zusammenbringen. Wenn ihm ein Problem geschildert wird, muss der Anwalt den normativen Hintergrund zuordnen und vor diesem die maßgeblichen Tatsachen zusammenstellen und beides in Beziehung bringen. Kommt ein Mandant, der als Vertreter für einen anderen befristet beschäftigt wird, wird der Anwalt mit großem Interesse festhalten, dass der Vertretene eine Wochenarbeitszeit von 25 Stunden zu arbeiten hatte, der Vertreter aber 40 Stunden pro Woche arbeitet. Bekommt die stillende und deswegen mit einem Beschäftigungsverbot nach § 6 III MuSchG belegte Arbeitnehmerin in einem Kleinbetrieb und damit ohne allgemeinen Kündigungsschutz nach Ablauf des besonderen Kündigungsschutzes gem. § 9 I MuSchG eine Kündigung, kann man unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts mit einem Verstoß gegen § 7 I AGG und einer daraus gem. § 134 BGB resultierenden Unwirksamkeit der Kündigung argumentieren. Dazu muss man auf der Tatsachenseite nach Argumenten suchen, die der für die Arbeitnehmerin gem. § 22 AGG erleichterten Beweissituation gerecht werden, wie beispielsweise eine Aufforderung des Arbeitgebers eine erneute Stillbescheinigung vorzulegen, der dann der Ausspruch der Kündigung gefolgt ist.

Die Richter bekommen in den Schriftätzen - zumindest sollte es so sein - geordneten Sach- und Rechtsvortrag. Zu diesem Zeitpunkt haben die Anwälte schon wesentliche Arbeit im Rechtsfindungsprozess geleistet. Dies setzt sich im Verfahren durch die Argumentation fort, oftmals ergänzt durch weitere durchzuführende Maßnahmen innerhalb und außerhalb des gerichtlichen Verfahrens, schlicht deshalb, weil das Leben weiter geht und neue Ereignisse das zu behandelnde Rechtsverhältnis betreffen und beeinflussen. Der Beitrag des Rechtsanwalts zur Rechtsfindung ist nicht unwesentlich, der Rechtsfindungsprozess ist komplex und dynamisch. Die Verantwortung des Anwalts gegenüber seinem Mandanten, aber auch im Verfahren zur Rechtsverwirklichung ist nicht zu leugnen. Um richtig steuern zu können, braucht man einen Kompass. Das kann nur die Gerechtigkeit sein. Ohne Orientierung an ihr wird man das Recht nicht finden.

⁶⁶ Schmidt, Grußwort, in Bauer u. a., Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, S. 9