
10. Assistentinnen- und Assistententagung im Arbeitsrecht

Köln 2020/21

Stephan Seiwert | Stefan Witschen [Hrsg.]

Besonderheiten des Arbeitsrechts?

Dokumentation der 10. Assistentinnen-
und Assistententagung im Arbeitsrecht
vom 29.9.–1.10.2021



Nomos

10. Assistentinnen- und Assistententagung im Arbeitsrecht

Köln 2020/21

Stephan Seiwert | Stefan Witschen [Hrsg.]

Besonderheiten des Arbeitsrechts?

**Dokumentation der 10. Assistentinnen-
und Assistententagung im Arbeitsrecht
vom 29.9.–1.10.2021**



Nomos

Zitiervorschlag:

Autor:in, in: Seiwert/Witschen (Hrsg.), *Besonderheiten des Arbeitsrecht?*, 2022, S. 9, 13

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

ISBN 978-3-8487-8737-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-3168-3 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Der vorliegende Band dokumentiert die Eröffnung, den Festvortrag und die Referate der 10. Assistentinnen- und Assistententagung im Arbeitsrecht zum Generalthema „Besonderheiten des Arbeitsrechts“, die vom 29.9.-1.10.2021 in Köln stattgefunden hat.

Unser herzlicher Dank gilt insbesondere dem Festredner sowie den Referentinnen und Referenten, die mit ihren Vorträgen das wissenschaftliche Programm bestimmt und ihre Manuskripte zügig eingereicht haben. Darüber hinaus hielten unsere jeweiligen akademischen Lehrer Prof. Dr. Dr. h.c. *Ulrich Preis* und Prof. Dr. *Christian Rolfs* anregende Grußworte, für die wir uns herzlich bedanken.

Die Jubiläums-Tagung war ursprünglich für Juli 2020 angesetzt, musste aber wegen der Covid-19-Pandemie verschoben werden. Als eine der ersten rechtswissenschaftlichen Konferenzen konnte sie aufgrund der Impffortschritte im September 2021 in Präsenz mit etwa 120 Teilnehmerinnen und Teilnehmern abgehalten werden. Für tatkräftige Unterstützung während der Veranstaltung danken wir *Meike Frisch*, *Christina Flenker*, *Jyotsna Paul* und *Tom Schuler*. Ein Tagungsbericht, verfasst von *Lorenz Lloyd Fischer* und *Alexander J. Schmidt*, ist zwischenzeitlich erschienen in Heft 4/2021 der Zeitschrift Rechtswissenschaft.

Unsere Veranstaltung wäre nicht möglich gewesen ohne die großzügige Förderung vieler, teilweise langjähriger Sponsoren. Besonderer Dank gilt der Kanzlei *DLA Piper*, der Kanzlei *Seitz*, der Kanzlei *Altenburg*, der Kanzlei *Heuking Kühn Lüer Wojtek*, der Kanzlei *Linklaters*, der *Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts*, dem *Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht*, der Kanzlei *Pusch Wahlig Workplace Law* und den Fachverlagen *C.H. Beck*, *Nomos*, *Otto Schmidt*, *Duncker & Humblot* und *Mohr Siebeck*.

Das Erscheinen dieses Tagungsbands wird ermöglicht durch großzügige Förderung des Nomos Verlags mit Dr. *Matthias Knopik* und der Kanzlei *Linklaters* mit Dr. *Timon Grau*. Für hervorragende Unterstützung bei der redaktionellen Arbeit danken wir *Lena Hess*, *Katharina Voigt* und vor allem *Loraine Matys*.

Vorwort

Die 11. Assistentinnen- und Assistententagung im Arbeitsrecht zu dem Generalthema „Arbeitsrecht als Richterrecht“ wird im Juli 2022 von Dr. *Carmen Freyler* und Jun.-Prof. Dr. *Stefan Gräf* an der Universität Augsburg ausgerichtet.

Köln, im Januar 2022

Stephan Seiwerth
Stefan Witschen

Inhalt

Besonderheiten des Arbeitsrechts? Eröffnung der 10. Assistentinnen- und Assistententagung im Arbeitsrecht	9
<i>Dr. Stephan Seiwerth, LL.M. (Leuven) und Dr. Stefan Witschen, MJur (Oxon)</i>	
Die Besonderheit(en) des Arbeitsrechts? oder die Pflicht zur Rechtsfortbildung in einem System von „checks and balances“	15
<i>RiBAG Dr. Sebastian Roloff</i>	
Die Betriebsrisikolehre – Eine Besonderheit des Arbeitsrechts?	35
<i>Stephan Klawitter</i>	
Die Arbeitsleistung als absolute Fixschuld?	61
<i>Julia Breucker</i>	
Die „Auferstehung“ von Ansprüchen? Das besondere Leistungsstörungsrecht des Bundesurlaubsgesetzes	79
<i>Dr. Carmen Freyler</i>	
Das Gebot fairen Verhandeln – Eine (neue) arbeitsrechtliche Besonderheit?	101
<i>Marcel Holthusen</i>	
„Punitive damages“ im Antidiskriminierungsrecht	123
<i>Mag. Dr. Verena Vinzenz</i>	
Individualarbeitsrecht als Sonderprivatrecht – eine Untersuchung am Beispiel des polnischen Arbeitsgesetzbuchs	143
<i>Grażyna Zboralska, LL.M.</i>	
Die Quellen der Betriebsverfassung	163
<i>Joost Beerwerth</i>	

Inhalt

Besondere Gleichbehandlungspflichten bei Pensionskassenzusagen und Rechtsfolgen bei Verstößen	183
<i>Mag. Katharina Figl</i>	
Arbeitnehmerähnliche Selbstständige – Fremdkörper im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht?	203
<i>Marko Vraetz</i>	
Arbeitnehmer als besondere Gläubiger in der Sanierung und Restrukturierung	229
<i>Laura Adjan, LL.M. (Sydney)</i>	

Besonderheiten des Arbeitsrechts? Eröffnung der 10. Assistentinnen- und Assistententagung im Arbeitsrecht

Dr. Stephan Seiwert, LL.M. (Leuven) und Dr. Stefan Witschen, MJur (Oxon)
Universität zu Köln

Es ist uns eine ganz besondere Freude, Sie und Euch auf der 10. Assistentinnen- und Assistententagung im Arbeitsrecht in Köln willkommen heißen zu dürfen.¹

Wir sind hier auf der 10. Assistentinnen- und Assistententagung im Arbeitsrecht und haben damit ein kleines Jubiläum zu feiern. Nur kurz wollen wir auf die vergangenen 10 Jahre mit bis hierhin 9 gezählten Jahrestagungen zurückschauen:

Das Vorhaben einer – damals noch – „Assistententagung im Arbeitsrecht“ wurde 2010 hier in Köln am Rande einer von *Clemens Höpfner* und *Felipe Temming* ausgerichteten Tagung mit dem Thema „Arbeitsrecht und Methode“ gefasst. Damals, bei der Tagung null, bestritten im Wesentlichen noch Professoren die Vorträge und es gab noch keinen Tagungsband, sondern die NZA-Beilage 3/2011.² Es etablierte sich aber schon ein jährlicher Turnus.

Den Anfang der offiziellen Zählung machte die erste Tagung 2011 in Osnabrück zum Thema „Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht“³ und wurde ausgerichtet von *Marcus Bieder* und *Felix Hartmann*, heute beide ordentliche Professoren. Hier standen schon nicht mehr Professorenvorträge für die Assistentinnen und Assistenten, sondern Vorträge des Nachwuchses im Zentrum. Als „Nachwuchs“ kann man die damalige Referentin und die damaligen Referenten heute nicht mehr bezeichnen, es referierten nämlich *Florian Rödl*, *Christian Picker*, *Sebastian Kolbe*, *Adam Sagan* und *Angie Schneider*. Die 2. Tagung fand 2012 in Mainz zum Thema „Vielfalt oder Chaos – Aktuelle Probleme und Entwicklungen im deutschen und

1 Die Vortragsform wurde beibehalten.

2 C. Höpfner/F. Temming, Arbeitsrecht und Methode, NZA-Beil. 3/2011, 93 – 148.

3 M. Bieder/F. Hartmann (Hrsg.), Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2012.

europäischen Arbeitsrecht⁴ statt. Die 3. Tagung 2013 in München stand unter dem Thema „Neue Arbeitswelt“⁵. Die 4. Tagung fand 2014 in Bonn statt zum Thema „Arbeitsrecht- für wen und wofür?“⁶. Es folgten die 5. Tagung 2015 in Bochum „Zwischen Theorie und Praxis“⁷, die 6. Tagung 2016 in Wien „Arbeitsrecht und Arbeitswelt im europäischen Wandel“⁸, die 7. Tagung 2017 in Hamburg „Der erwachte Gesetzgeber“⁹, die 8. Tagung 2018 in Zürich „Neue Arbeitsformen und ihre Herausforderungen“¹⁰ und die 9. Tagung 2019 in Berlin „Arbeitsrecht im Zeitalter der Digitalisierung“¹¹.

Im Jahr 2020 wäre es an uns gewesen, die 10. Tagung auszurichten; sie ist aber der Corona-Pandemie zum Opfer gefallen. Das holen wir hiermit nach, wenn auch mit einem Jahr Verspätung und unter Durchbrechung des AcP-ähnlichen Gleichlaufs von Jahrgang und Jahr der Tagung.

Die Idee für die „Tagung null“ erblickte am Rand der 2009er Jahrestagung der – damals noch – „Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler“ das Licht der Welt. In der Eröffnung der nullten Tagung in Köln hieß es, und wir zitieren hier aus der Eröffnungsansprache von *Clemens Höpfner*,¹² die auf der 2009er GJZ versammelte „Handvoll Arbeitsrechtler“ hätte mit Bedauern festgestellt, dass es „eine vergleichbare, regelmäßig stattfindende Veranstaltung für den arbeitsrechtlichen Nachwuchs nicht gibt. [...] Da man an der Kölner Rechtswissenschaftlichen Fakultät und ihren beiden großen arbeitsrechtlichen Instituten quasi ‚am Puls des Arbeitsrechts‘ sitzt

4 K. Uffmann/K. Dahm (Hrsg.), Vielfalt oder Chaos – Aktuelle Probleme und Entwicklungen im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2013.

5 C. Latzel/C. Picker (Hrsg.), Neue Arbeitswelt, Tübingen 2014.

6 J. Fütterer/S. Pötters/T. Stiebert/J. Traut (Hrsg.), Arbeitsrecht – für wen und wofür, Baden-Baden 2015.

7 T. Husemann/A. C. Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, Baden-Baden 2015.

8 D. Krömer/M. Mitschka/D. Niksova/T. Pfalz (Hrsg.), Arbeitsrecht und Arbeitswelt im europäischen Wandel, Baden-Baden 2016.

9 S. Buhl/T. Frieling/C. Krois/F. Malorny/M. Münder/B. Richter/L. Schmidt (Hrsg.), Der erwachte Gesetzgeber. Regulierung und Deregulierung im Arbeitsrecht, Baden-Baden 2017.

10 V. Dobрева/S. Hack-Leoni/A. Holenstein/P. Koller/R. A. Nedi (Hrsg.), Neue Arbeitsformen und ihre Herausforderungen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Baden-Baden 2018.

11 S. Klawitter/B. Beck/S. S. Günther/K. V. Kleinert/M. Kontowicz/M. Seitz/A. G. I. Tölle/T. Tomas (Hrsg.), Arbeitsrecht im Zeitalter der Digitalisierung, Baden-Baden 2020.

12 C. Höpfner, Arbeitsrecht und Methode – Kölner Konferenz am 1. und 2.10.2010, NZA-Beil. 3/2011, 97 (97).

[...], fiel die Wahl [des Veranstaltungsorts] auf Köln“. Versuche in der Vergangenheit, „eine solche Veranstaltung ins Leben zu rufen“, seien aber „allesamt eindrucksvoll gescheitert“.

Als „eindrucksvoll gescheitert“ kann man, nachdem die 10. Tagung heute an ihren Ursprung in Köln zurückkehrt, die Reihe unserer Assistentinnen- und Assistententagungen im Arbeitsrecht nun definitiv nicht bezeichnen. Sie hat sich, ohne einer arbeitsrechtlichen Interessenvereinigung oder Strömung zugehörig zu sein, zu einem zentralen Forum des fachlichen und persönlichen Austauschs des wissenschaftlichen Nachwuchses im Arbeitsrecht entwickelt und ist auch aus dem Schatten der Gesellschaft für Junge Zivilrechtswissenschaft herausgetreten. Während dort etwa 250 Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftler aus dem Bereich des *gesamten* Zivilrechts zusammenkommen, haben wir hier mit dem Fokus allein auf das Arbeitsrecht regelmäßig um die hundert Teilnehmerinnen und Teilnehmer. Möglich wäre das alles nicht gewesen ohne das persönliche Engagement vergangener und künftiger Veranstalterinnen und Veranstalter.

Besonders freuen wir uns, diese nunmehr doch traditionsreiche Tagung als eine der ersten größeren wissenschaftlichen Veranstaltungen wieder in Präsenz abhalten zu können. Die Maskenpflicht außerhalb von Sitz- und Stehtischplätzen an diesem Abend und die festen Sitzplätze erscheinen uns als eine geringe Einschränkung. In unserer Bewertung ergibt die Durchführung der Assistentinnen- und Assistententagung im Arbeitsrecht nur in Präsenz Sinn. Denn neben dem fachlichen Teil, für welchen den sechs Referentinnen und vier Referenten großer Dank gebührt, steht gerade auch das Element des persönlichen Austauschs. Wir können aus eigener Erfahrung berichten, dass wir auf den bisherigen Assistentinnen- und Assistententagungen im Arbeitsrecht mehrere langjährige, persönlich und fachlich bereichernde Freundschaften geschlossen haben, die wir heute nicht missen möchten. Das rechtfertigt auch unseren Gang in dieses Ausweichquartier, nachdem sich die Universität zu Köln wegen Corona nicht in der Lage sah, eine wissenschaftliche Präsenzveranstaltung in ihren Hörsälen zu ermöglichen.

In diesem Zusammenhang weisen wir auf eine Gepflogenheit hin: Die Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftler, die hier zusammenkommen, duzen sich untereinander – jetzt und für alle Zeit. Nun sind hier heute, zum festlichen Auftakt, auch Honoratioren und Sponsoren im Raum. Eine Altersabgrenzung zum Nachwuchs erscheint uns da eher diskriminierend. Wir legen daher einen formellen Nachwuchsbegriff zugrunde: Zum Nachwuchs gehören diejenigen, die sich lediglich in einem *befristeten* Arbeits- oder Beamtenverhältnis befinden.

Unsere Tagung wäre nicht möglich gewesen ohne die sehr großzügige Förderung vieler, teilweise langjähriger, Sponsoren. Besonderer Dank gilt der Kanzlei *DLA Piper*, der Kanzlei *Seitz*, der Kanzlei *Altenburg*, der Kanzlei *Heuking Kühn Lüer Wojtek*, der Kanzlei *Linklaters*, der *Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts*, dem *Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht*, der Kanzlei *Pusch Wahlig Workplace Law* und den Fachverlagen *C.H. Beck*, *Nomos*, *Otto Schmidt*, *Duncker & Humblot* und *Mohr Siebeck*.

Nachdem wir unseren großzügigen Sponsoren gedankt haben, möchten wir kurz an die nicht anwesenden Kolleginnen und Kollegen in den Naturwissenschaften erinnern, die unglaublich schnell zulassungsreife Impfstoffe gegen das Corona-Virus entwickelt haben. Auch ihnen gilt Dank dafür, dass wir in Präsenz zusammenkommen können. Bei der Gelegenheit dürfen wir mitteilen, dass die Impfquote im Raum praktisch bei 100 Prozent liegt. Wir sollten dem Virus also Paroli bieten können.

Jede Assistentinnen- und Assistententagung im Arbeitsrecht ist einem Generalthema gewidmet. Als Veranstalter standen wir also vor der Aufgabe, der Tagung eine gewisse thematische Richtung zu geben, ohne der Kreativität der Referentinnen und Referenten Grenzen zu setzen.

Wir haben uns für „Besonderheiten des Arbeitsrechts?“ entschieden.

Dabei hatten wir insbesondere das Verhältnis des Arbeitsrechts zum allgemeinen bürgerlichen Recht vor Augen. Dass dieses Verhältnis spannungsgeladen ist, brachte *Franz Gamillscheg* auf einer Ortstagung des Arbeitsgerichtsverbands anschaulich auf den Punkt. Das war im Jahr 2000, also kurz vor der Schuldrechtsreform. Er fasste die Geschichte des Arbeitsrechts – genauer wohl: des westdeutschen Arbeitsrechts – damals zusammen als „100 Jahre Fluchtversuche aus dem BGB“. ¹³ Er könnte dabei auf der einen Seite an *Hugo Sinzheimer* gedacht haben, der Anfang des 20. Jahrhunderts schrieb, das Arbeitsrecht sei vom allgemeinen bürgerlichen Recht zu emanzipieren; dessen Geist sei ihm fremd. ¹⁴ Auf der anderen Seite hatte er womöglich *Kurt Biedenkopf* im Ohr, der 1982 prognostizierte, das Arbeitsrecht der Zukunft werde zweifellos „bürgerlicher“ sein als bis-

13 *Steidle*, 1. Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e.V. in Kiel am 23.10.2000, zitiert nach *B. Rehder*, Rechtsprechung als Politik, Frankfurt a.M. 2011, S. 266 f.

14 *H. Sinzheimer*, Über Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland, 1914, in: O. Kahn-Freund/T. Ramm (Hrsg.), *Hugo Sinzheimer – Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*, Frankfurt a.M. und Köln 1976, Bd. 1, S. 35, 49.

her.¹⁵ In der Zwischenzeit hat sich nicht nur in der Welt, sondern auch im Arbeitsrecht eine Menge getan. Beispielsweise wurde der Arbeitsvertrag der AGB-Kontrolle unterworfen und hat mit § 611a einen eigenen Platz im BGB erhalten. Die Frage, ob eine engere Anbindung des Arbeitsrechts an das allgemeine bürgerliche Recht erstrebenswert ist oder ob alte und neue Sonderwege zu kultivieren sind, bleibt aber unvermindert relevant und stellt sich in ganz unterschiedlichen Konstellationen.

Die Soziologin *Britta Rehder* hat diesbezüglich auch auf die Bedeutung der eigenständigen Arbeitsgerichtsbarkeit hingewiesen:¹⁶ Die dem Prinzip der Fachgerichtsbarkeiten innewohnende funktionale Differenzierung schütze die Anerkennung der Besonderheiten des Arbeitsrechts. Erst in dem Augenblick, in dem die institutionelle Eigenständigkeit der Arbeitsgerichte aufgehoben werde, sei auch der Absorptionsprozess des Arbeitsrechts in das Privatrecht kaum mehr zu stoppen. Insofern kann man wieder an ein berühmtes Zitat von *Gamillscheg* denken, das sinngemäß lautet, die Richterinnen und Richter seien die eigentlich Herrschenden des Arbeitsrechts.¹⁷ Wir treten hier aber mit dem Anspruch an, dass auch und gerade wissenschaftliche Arbeiten zu einer sinnvollen Fortentwicklung des Arbeitsrechts beitragen.

Bei der Wahl des Generalthemas hatten wir natürlich auch den § 310 Abs. 4 S. 2 BGB vor Augen. Die mit der Schuldrechtsreform 2002 in das Gesetz eingeführte Norm gebietet die Berücksichtigung der Besonderheiten des Arbeitsrechts bei der AGB-Kontrolle. Mit Blick darauf hatten wir etwas Sorge, nach dem call for papers mit Exposés zur arbeitsrechtlichen AGB-Kontrolle überhäuft zu werden. Tatsächlich erreichte uns dann aber kein einziger Vortrag speziell zu diesem Themenkomplex. Es spricht für den Einfallsreichtum unserer Referentinnen und Referenten, dass sie unseren Wink mit dem Zaunpfahl ignoriert haben. Die Referate, die wir auf der Tagung hören und diskutieren werden, bilden eine weit größere Bandbreite des arbeitsrechtlichen Spektrums ab. Wir werden uns mit individual- und kollektivrechtlichen Problemen beschäftigen und den Blick auch auf angrenzende Rechtsgebiete, wie das Sozialversicherungs- und das Insolvenzrecht, richten. Eine besondere Freude ist, dass uns auch Referentinnen aus Österreich und Polen beehren, die unseren Blick über die Grenzen des

15 *K. H. Biedenkopf*, Die Wiederentdeckung des Privatrechts, in: N. Horn (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Bd. 2, München 1982, S. 20, 29.

16 *Rehder*, Rechtsprechung als Politik (Fn. 13), S. 331.

17 Vgl. *F. Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385, 388.

Stephan Seiwert und Stefan Witschen

deutschen Rechts hinaus lenken werden. Dass auch das Europäische Recht beleuchtet wird, versteht sich von selbst.

Wir freuen uns auf eine anregende Tagung!

Die Besonderheit(en) des Arbeitsrechts? oder die Pflicht zur Rechtsfortbildung in einem System von „checks and balances“

RiBAG Dr. Sebastian Roloff
Bundesarbeitsgericht Erfurt

Inhalt

I.	Einleitung	17
1.	Die Einladung zu der Tagung und die Besonderheiten	17
2.	Der Begriff der Besonderheiten	17
3.	Das Fragezeichen	18
4.	Kontrollfrage	18
II.	Erste große Besonderheit: Der schwache und ängstliche nationale Gesetzgeber	19
III.	Der starke europäische Gesetzgeber	21
IV.	Die Arbeitsgerichte und die Rechtsprechung im Arbeitsrecht	22
V.	Die Arbeitsrechtswissenschaft	23
VI.	Überhaupt: Die sog. arbeitsrechtliche Familie	24
VII.	Einige konkrete Besonderheiten im Recht	25
1.	Der GDL-Streik, die Tarifeinheit und das Tarifeinheitsgesetz	25
2.	Beispiel: Die 40 Euro-Pauschale für den Arbeitnehmer nach § 288 V BGB	26
3.	Der Arbeitnehmerbegriff	27
4.	BGB Allgemeiner Teil	28
5.	Schuldrecht Allgemeiner Teil	28
6.	Im AGB-Recht	29
7.	§ 613a BGB	29
8.	KSchG, TZBfG, Tarifdispositivität	30
9.	TVG und BetrVG	31
10.	Die sozialpolitische Bedeutung des Arbeitsrechts	32
VIII.	Vielleicht die Besonderheit des Arbeitsrechts	32
IX.	Fazit	34

Sehr geehrte Assistent:innen¹ des Arbeitsrechts!²

Zuerst möchte ich den Akademischen Räten *Seiwert* und *Witschen* herzlich für die Einladung nach Köln zu dieser Tagung danken. Ich freue mich über das Vertrauen, das sie mir als Festredner Ihrer Veranstaltung als jüngerem Bundesarbeitsrichter und Vater zweier noch nicht durchgeimpfter Kinder entgegengebracht haben – und das auch noch in der Pandemie. Das ist nicht selbstverständlich, vor allem wenn ich mir die Festredner:innenliste der Vorjahre ansehe.

Da ich an der Universität zu Köln viele wissenschaftliche Stationen durchlaufen durfte – ich habe hier studiert, wurde hier promoviert und war hier nach kurzer Assistentenzeit mehrere Semester mit der Lehre zum Europäischen Arbeits- und Sozialrecht betraut³ –, hat der Ort für mich besondere Bedeutung und Gewicht. Dabei möchte ich besonders den Professoren *Hanau*, *Hensler*, *Preis*, *Rolfs* und *Wiedemann* dafür danken, dass sie mich in all den Jahren so fürsorglich im Arbeitsrecht wissenschaftlich und menschlich begleitet, beflügelt und geerdet haben. Aber damit nicht genug. Ich danke in gleichem Maße der Präsidentin und den Präsidenten der nordrheinwestfälischen Landesarbeitsgerichte *Göttling*, *Schrade* – auch unser neuer Präsident des Arbeitsgerichtsverbands – und *vom Stein* sowie den Vertreter:innen der Arbeitsrechtsanwaltschaft ua. *Kania* und *Oberthür*. Damit sind wir vielleicht schon bei der ersten Besonderheit des Arbeitsrechts: der sog. Rheinischen oder Kölner Schule des Arbeitsrechts, ua. bestehend aus den vorgenannten Vertreter:innen.

Ich möchte Ihnen zu Beginn herzlich zu dieser Veranstaltung und ihrem Jubiläum gratulieren. Zehn Veranstaltungen dieser Größe und Güte haben sicher das Prädikat *summa cum laude* verdient. Allerdings stellen Sie mich mit der Bitte um eine Festrede für dieses Jubiläum mit dem Bezug zu den Besonderheiten des Arbeitsrechts vor eine nicht ganz leichte Aufgabe. Hätten Sie nicht als Generalthema Bestandsprämien oder Boni wählen können? Ich will die knifflige Aufgabe wie folgt lösen: Bei jeder Besonderheit, auf die ich *pars pro toto* eingehe, nehme ich Bezug auf Ihre vergangenen Tagungen. Dabei will ich auf Vorträge verweisen und an diese anknüpfen. Dabei kann ich mich wegen der im Nomos-Verlag veröffentlichten Dokumentationen auf Ihre letzten fünf Tagungen beziehen.

1 Mit dieser Form sind Menschen jeden Geschlechts gemeint.

2 Die Vortragsform wurde beibehalten.

3 Zu einer Schwerpunktbereichsklausur aus dieser Zeit vgl. *S. Roloff/J. Lampe*, Schwerpunktbereichsklausur - Arbeits- und Sozialrecht: Der „Quotendeutsche“ im Profifußball, JuS 2007, 354.

1. Einleitung

1. Die Einladung zu der Tagung und die Besonderheiten

In Ihrem Einladungsschreiben zu der Tagung heißt es auszugsweise – ich zitiere: „Immer wieder und in unterschiedlichen Zusammenhängen stellt sich die Frage, ob eine engere Anbindung des Arbeitsrechts an die allgemeine bürgerlich-rechtliche Dogmatik erstrebenswert ist oder ob bestehende Sonderwege zu kultivieren und neue zu erschließen sind. Besonderheiten sind selbstverständlich nicht nur im Individualarbeitsrecht, sondern auch im kollektiven Arbeitsrecht als „echter“ Spezialmaterie identifizierbar. Zudem macht die eigenständige Arbeitsgerichtsbarkeit deutlich, dass unser Forschungsgegenstand ein besonderer ist. Eigentümlichkeiten des Arbeitsrechts lassen sich außerdem im Verhältnis zu angrenzenden Rechtsgebieten, etwa dem Sozial-, Gesellschafts-, oder Kartellrecht, beleuchten.“

2. Der Begriff der Besonderheiten

Ausdrücklich kennt das Gesetz sie im Arbeitsrecht nur in § 310 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 1 BGB und dort nur als die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten bei der Anwendung des AGB-Rechts auf vorformulierte Arbeitsverträge. Ich vermute, und das legen die vergangenen Tagungen und die Themen dieser Tagung nahe, dass es hierum nicht allein gehen wird, sondern wesentlich allgemeiner um die Besonderheiten des Arbeitsrechts.

Nähern wir uns diesem Thema mit einer Wortlautauslegung. Der Duden beschreibt als Synonyme des Worts „Besonderheit“ die „Eigenart“ und das „Anderssein“. Ich möchte vom Begriff der „Eigenart“ und nicht des „Anderssein“ ausgehen. Den Begriff der „Eigentümlichkeiten“ aus der Einladung würde ich eher nicht als Synonym verstehen, er hat eine eher negative Konnotation. Die Eigenart zeichnet sich dadurch aus, dass sie sich vom Allgemeinen abhebt. Sie werden damit zu einem Relief vor dem allgemeinen Hintergrund – so wie etwas, das besonders hervortritt. Es wird also darum gehen, die Eigenarten des Arbeitsrechts herauszukristallisieren oder zu destillieren. Die Definition des Begriffs des Arbeitsrechts setze ich zum einen bei Ihnen voraus. Eine Diskussion schon hier würde zum anderen zu weit führen. Aber ich komme auf den Begriff zurück und beziehe mich hier auf das allgemeine Begriffsverständnis.

3. *Das Fragezeichen*

Die Tagung ist aber nicht nur mit den Besonderheiten des Arbeitsrechts überschrieben, sondern die Überschrift ist zudem mit einem Fragezeichen versehen, so als ob man sich hier auf die Suche nach den Besonderheiten machen wollte oder an den bestehenden Besonderheiten zweifeln wollte oder ihre Grundlagen finden wollte. Im Vorgespräch mit den Einladenden habe ich Zweifel an den Besonderheiten herausgehört. So als fragte man seinen Partner oder seine Partnerin: „Liebst Du mich noch und meine Eigenheiten?“ Diese Zweifel sollen während der Tagung wohl zerstreut, genährt oder gar ausgeräumt werden. Als eingefleischter Arbeitsrichter und Arbeitsrechtler werde ich versuchen, Sie heute Abend davon zu überzeugen, dass das Arbeitsrecht erhebliche Besonderheiten aufweist, dass es als solches etwas Besonderes ist. Und vielleicht gelingt es mir sogar, *die Besonderheit* für Sie herauszuarbeiten. Hoffentlich können Sie am Ende der Tagung sagen: „Ja, Arbeitsrecht ich liebe Dich – und Deine Besonderheiten noch viel mehr!“

4. *Kontrollfrage*

Zum Ende der Einleitung eine Kontroll- oder Gegenfrage: Kann Arbeitsrecht nicht einfach so sein, wie es ist? Normal wie andere Rechtsgebiete – mit einem Allgemeinen und Besonderem, einem individuellen und einem kollektiven Teil? Man würde ja auch nicht die Besonderheiten des Mietrechts oder des Kaufrechts diskutieren. Allerdings ist dies die nächste Besonderheit des Arbeitsrechts: die Abgrenzung von den sog. allgemeinen Zivilisten. Und das liegt meines Erachtens an einer sehr wesentlichen Besonderheit: Arbeitsrecht ist immer emotional, politisch, aktuell und spannend. Es betrifft uns alle und enthält sogar mit dem Arbeitskampf quasi archaisches Recht. Oder mit den Worten der Präsidentin des BAG Frau Schmidt im Interview in der SZ vom 16. September 2021: „Arbeitskampf ist etwas Knallhartes. Sehr belastend.“

Allerdings soll auch stets eine Rückbesinnung erfolgen, ob die im Arbeitsrecht festgestellten Besonderheiten singuläre sind, oder ob es nicht in anderen Rechtsgebieten ähnliche Besonderheiten gibt. Allerdings ließe sich dann auch ableiten, dass jedes Rechtsgebiet Besonderheiten aufweist und manche Rechtsgebiete ähnliche. Auch im Arbeitsrecht gilt es also, aus dem Allgemeinen zu schöpfen und dann die Besonderheiten des Arbeitsrechts in den Blick zu nehmen. Dabei will ich nicht nur im Rechtlichen bleiben, sondern kleine Ausblicke in die Soziologie und die Politik wagen.

II. Erste große Besonderheit: Der schwache und ängstliche nationale Gesetzgeber

Nähern wir uns dem Thema systematisch und methodisch mithilfe des Gesetzgebers und des Gesetzes. Der Bundesgesetzgeber hat mit seiner konkurrierenden Kompetenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG eine besondere und weite Kompetenz für das Arbeitsrecht inne: nämlich ua. das Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung und des Arbeitsschutzes. Erfasst werden, anerkannt als Kernbestandteil des Arbeitsrechts, das Arbeitsvertragsrecht einschließlich des Tarifvertragsrechts, der Betriebsvereinbarungen, des Koalitionsrechts und des Rechts des Arbeitskampfes.⁴ Systematisch fällt auf, dass das Grundgesetz das Arbeitsrecht nicht einfach unter das bürgerliche Recht nach Nr. 1 fasst, sondern eine eigenständige Gesetzgebungskompetenz begründet und dabei besondere Gebiete nicht abschließend aufzählt. Allerdings gibt es – wenn man sich auf die Suche macht – kein eigenständiges Arbeitsvertragsrecht und auch kein Koalitionsrecht und auch kein Arbeitskampfrecht.

Das Bundesverfassungsgericht hat daher schon 1958 gegen das BAG und *Nipperdey* entschieden, dass sich das Arbeitsrecht als Ganzes – einschließlich seiner Privatrechtsnormen im Laufe der letzten Jahrzehnte, und das schon so früh – zu einem selbständigen und eigenständigen Rechtsgebiet entwickelt hat, das neben dem bürgerlichen Recht steht und nicht mehr vom Kodifikationsprinzip des EGBGB erfasst wird.⁵ Damals ging es um die Frage, ob Landesgesetzgeber Urlaubsregelungen erlassen durften, was Karlsruhe bejahte. Man könnte hier schon wagen, aus dem Fragezeichen der Tagungsüberschrift ein Ausrufezeichen zu machen.

Sucht man dann im BGB – und das dürfte für das Arbeitsrecht, das im Wesentlichen durch den Arbeitsvertrag begründet und geprägt wird, trotz der vorgenannten Annahmen das Naheliegende sein –, kennt es in der Überschrift nur den Dienstvertrag und sog. ähnliche Verträge. Im zweiten Buch des BGB im sog. Besonderen Teil sind die vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnisse abgebildet. Wenn wir dort nach dem Arbeitsrecht oder dem Arbeitsvertrag – als dem Kern des Arbeitsrechts als Titel oder Untertitel – suchen, Fehlanzeige. Erst im Titel 8 Unterkapitel 1 Dienstvertrag erscheint der Arbeitsvertrag in § 611a BGB und das erst seit gut 3 Jahren. Ein millionenfach in Deutschland abgeschlossener Vertragstyp ist im BGB nur äußerst rudimentär geregelt (ua. in den §§ 612a, 613a, 617-618,

4 C. Seiler in: V. Eping/C. Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 48. Aufl., München 2021, Art. 74 Rn. 47.1.

5 BVerfGE 7, 342.

619a, 623 BGB als echte weitere arbeitsrechtliche Regelungen). Das ist historisch so gewachsen und politisch bis heute so gewollt. Bei der Schaffung des BGB und viele Male später sollte das Arbeitsvertragsrecht einer eigenständigen Kodifikation bzw. Regelung zugeführt werden – bis heute Wunschdenken. Die Professoren *Henssler* und *Preis* sowie Professor *Hanau* könnten hiervon ein eigenes und langes Lied singen. Wohl die zweite Besonderheit des Arbeitsrechts: der schwache Gesetzgeber in den Kernmaterien des Arbeitsrechts.

Der deutsche Gesetzgeber ist aber auch deshalb schwach, da Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände stark sind und sich stark in die Gesetzgebung einbringen oder diese verhindern. Zwar kommt es, anders als in Frankreich, nicht zu Generalstreiks oder Gelbwestenbewegungen. Allerdings scheint in Deutschland als Drohmittel schon der Hinweis auf das bei den Verbänden organisierte Wahlvolk zu genügen. Das zeigen auch die Rituale beim Deutschen Juristentag, wo arbeitsrechtliche Themen nur äußerst selten beschlossen werden. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände haben offenbar ein großes Interesse an fehlender Regulierung, auch um eigene Lösungen zu finden und um aus der Rechtsunklarheit Honig zu saugen.

Die Schwäche des Gesetzgebers wird an den Regelungen im BUrlG und am inzwischen aufgehobenen § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB und ihrer europarechtlichen Dimension deutlich. Nach dem Urteil des EuGH vom 19.1.2010 in der Sache *Kücükdeveci*,⁶ in dem die altersdiskriminierende Regelung zur Berechnung der Kündigungsfristen für nicht anwendbar erklärt wurde, hat der deutsche Gesetzgeber knapp neun Jahre benötigt,⁷ um die Regelung aufzuheben. In guten Gesetzestexten befand sich ein Hinweis auf diese Rechtsprechung. Ein Gau für die Rechtsanwender. Im Urlaubsrecht hört man vom Gesetzgeber, man wolle abwarten, bis der EuGH über Fragen des Urlaubs und seines Verfalls zu Ende judiziert habe. Das ist eine legislative Bankrotterklärung.

Fazit: Der deutsche Gesetzgeber hat eine starke Gesetzgebungskompetenz, die er selbst unter Druck nur sehr zurückhaltend und ängstlich ausübt. Die Kritik am schwachen deutschen Gesetzgeber hat mE auch Ihre 7. Tagung nicht entkräftet. Die von Ihnen diskutierten veränderten Regelungen im AÜG gehören nicht zur Kernmaterie des Arbeitsrechts und haben zudem Vorlagen des BAG zum EuGH generiert, außerdem waren

6 EuGH NZA 2010, 85.

7 G v. 18.12.2018 (BGBl. I S. 2651).

sie - wie das Beispiel der Fleischwirtschaft gezeigt hat -, nicht in der Lage, gesunde Arbeitsbedingungen zu schaffen.⁸

III. Der starke europäische Gesetzgeber

Ganz anders sieht es auf der Ebene des europäischen Gesetzgebers aus. Hier bestehen keine umfassenden Kompetenzen und dennoch haben die EWG, EG und EU eine Vielzahl von arbeitsrechtlichen Regelungen erlassen, die stark auf das nationale Recht einwirken. Nicht zu vergessen ist hier auch die Grundrechtecharta. Deren Wirkung wird durch die schlagkräftige Rechtsprechung des EuGH erheblich verstärkt. Er arbeitet mit unmittelbar wirkenden Grundfreiheiten aus dem AEUV, Grundrechten aus der GRC, starken Diskriminierungsverboten und dem *effet utile* bei der Anwendung des Unionsrechts. Die Europäische Union will sogar eine Mindestlohnrichtlinie⁹ verabschieden¹⁰, dafür haben wir Jahrzehnte gebraucht. Das Thema europäisches Unionsrecht war großer Gegenstand der 6. Assistententagung. *Sagan* hat zu Zwecken und Durchsetzung des europäischen Arbeitsrechts ausgeführt,¹¹ *Stiebert* zur Arbeitszeit und der Richtlinie¹² und *König* zum Urlaubsrecht¹³.

8 BAG NZA 2021, 800; BAG NZA 2021, 1269; Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft vom 17. Juli 2017 (GSA Fleisch), BGBl. I, S. 2541, 2572.

9 Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, COM(2020) 682.

10 Vgl. ausf. S. Klumpp, Der Kommissionsvorschlag zu der Mindestlohnrichtlinie, EuZA 2021, 284.

11 A. Sagan, Zu den Zwecken und zur Durchsetzung des europäischen Arbeitsrechts, in: D. Krömer/M. Mitschka/D. Niksova/T. Pfalz (Hrsg.), Arbeitsrecht und Arbeitswelt im europäischen Wandel – Dokumentation der 6. Assistententagung im Arbeitsrecht vom 14.-16.07.2016, Baden-Baden 2016, S. 37 ff.

12 T. Stiebert, Meine Zeit steht in deinen Händen – Was darf und kann der Arbeitgeber arbeitszeitrechtlich regeln?, in: D. Krömer et al. (Hrsg.), 6. Assistententagung (Fn. 11), S. 71 ff.

13 J. König, Der Wandel der Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs unter dem Einfluss europäischer Vorgaben, in: D. Krömer et al. (Hrsg.), 6. Assistententagung (Fn. 11), S. 97 ff.

IV. Die Arbeitsgerichte und die Rechtsprechung im Arbeitsrecht

Zum Thema Rechtsprechung im Arbeitsrecht: zitiere ich *Peter Hanau* aus der Chronik 60 Jahre BAG: „Eine Rechtsordnung, die sich eine besondere Arbeitsgerichtsbarkeit leistet, drückt damit aus, dass sie dem Humanen, den materiellen und ideellen Bedürfnissen des Menschen in besonderer Weise verpflichtet ist. Dies ist der zu verwirklichende Anspruch an die Arbeitsgerichtsbarkeit in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft; darauf beruht die Daseinsberechtigung dieses besonderen Zweiges der Gerichtsbarkeit“.¹⁴

Die Aussage ist nahezu perfekt. Dennoch ein paar Sätze zu dieser Besonderheit. Die Arbeitsgerichtsbarkeit in Deutschland blickt auf eine über 200-jährige Geschichte mit eigenen Traditionen und Grundsätzen zurück: Von den *conseils de prud'hommes* über die Gewerbegerichte hin zu den eigenständigen Arbeitsgerichten und dem Bundesarbeitsgericht. Ich will hier als Besonderheiten des Verfahrens die ehrenamtlichen Richter von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden, den Beschleunigungsgrundsatz und den Vorrang der gütlichen Einigung unterstreichen. Das arbeitsgerichtliche Verfahren diente Anfang der 2000er als Muster für eine große Reform des Zivilprozesses – der Gütetermin wurde kopiert, allerdings ohne den großen Erfolg der Arbeitsgerichtsbarkeit, wo eine Vielzahl der Verfahren dort schon endgültig erledigt wird.

Die Arbeitsgerichtsbarkeit hat aber auch aktuell Modellcharakter, wenn etwa die Schaffung einer Familienfachgerichtsbarkeit erörtert wird, um dort die Qualität der Verfahren zu verbessern.¹⁵ Wer im Freundeskreis oder gar am eigenen Leib einen Sorgerechts-, Umgangs- oder Unterhaltsstreit erleben musste, weiß, wovon die Rede ist. Diese Qualität ist bei den Arbeitsgerichten schon immer die Regel, wie sich auch aus der Äußerung von *Hanau* ergibt. Hier werden für das Arbeitsrecht qualifizierte Jurist:innen eingestellt, die von Anfang an die Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Verfahrens – Beschleunigung und schnelle Einigung – mit der richterlichen Muttermilch aufsaugen. Sie kommen von arbeitsrechtlichen Lehrstühlen und/oder arbeitsrechtlichen Kanzleien.

Besonders erwähnenswert ist mE die Rolle und Beteiligung der ehrenamtlichen Richter:innen bis hin zum Bundesarbeitsgericht. Beim Arbeits- und Landesarbeitsgericht wird ihre Bedeutung als so groß angesehen, dass

14 *P. Hanau*, 60 Jahre Bundesarbeitsgericht – Eine Chronik, München 2014, S. 59.

15 *J. Lüblinghoff*, Brauchen wir eine eigene Familiengerichtsbarkeit?, ZRP 2020, 24; BT-Drucks. 19/8568.

sie die oder den Vorsitzenden gemeinsam in geheimer Beratung überstimmen können. Versuche, das Berufungsgericht mit drei Berufsrichter:innen zu besetzen, scheiterten wiederholt. Die ehrenamtlichen Richter:innen bringen das Arbeitsleben in die Beratung und in die Entscheidungsfindung ein. Ihre Rolle als Keilriemen in und aus der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte in die Arbeitsrechtswelt kann nicht überschätzt werden. Ein Beispiel aus dem Ausland möchte ich hierzu noch anführen. 2001 hat die brasilianische Arbeitsgerichtsbarkeit die Beteiligung der ehrenamtlichen Richter in der Arbeitsgerichtsbarkeit abgeschafft. 2019 hat Bolsonaro verkündet, er wolle die Arbeitsgerichtsbarkeit abschaffen. Im Gespräch mit brasilianischen Arbeitsrichter:innen ist mir bewusst geworden, welche zentrale Bedeutung und Besonderheit die ehrenamtlichen Richter:innen für die Arbeitsgerichtsbarkeit und ihren Bestand darstellen. Das Zitat von *Hanau* zeigt die Unmenschlichkeit ihrer Abschaffung.

Die Gesetzgebungs- und Rechtsprechungstätigkeit wird durch das Bundesverfassungsgericht eng begleitet. Die für das Arbeitsrecht zuständige Richterin am BVerfG Professorin *Baer* hat auf einer der letzten Tagungen schon zu Ihnen gesprochen.¹⁶ Sie und ihre Vorgänger *Bryde* und *Kühling* haben immer wieder Arbeitsrichter:innen und junge Arbeitsrechtswissenschaftler:innen als wissenschaftliche Mitarbeiter:innen in Karlsruhe verwendet.

V. Die Arbeitsrechtswissenschaft

Das Zitat von *Hanau* steht zudem an prominenter Stelle. Es schmückt nicht nur die Chronik 60 Jahre BAG, sondern die erste Seite der Homepage des BAG. Das zeigt, dass sich die Rechtsprechung diesem Grundsatz und der Arbeitsrechtswissenschaft besonders verpflichtet fühlt. Allein, dass Sie mich eingeladen haben, verdeutlicht die enge Verknüpfung. Es gibt zudem enge personelle Verflechtungen, regelmäßige Symposien und den Arbeitsgerichtsverband, der alle wichtigen Verantwortlichen des Arbeitsrechts abbildet. Die Vereinigung der Arbeitsrechtslehrer:innen vereint ca. 100 Professorinnen und Professoren unterschiedlichster politischer Couleur. Sie alle sind daran interessiert, das Gebäude des Arbeitsrechts weiter

16 *S. Baer*, Verfassungsrecht und Arbeitsrecht, in: S. Buhl/T. Frieling/C. Krois/F. Malorny/M. Münder/B. Richter/L. Schmidt (Hrsg.), *Der erwachte Gesetzgeber. Regulierung und Deregulierung im Arbeitsrecht*, Baden-Baden 2017, S. 9 ff.

zu gestalten und auszubauen. Die Arbeitsrechtswissenschaft begleitet die Rechtsprechung und bereitet sie vor.

Ein Beispiel aus meiner frühen wissenschaftlichen Tätigkeit illustriert diese Beziehung. Ich wollte 2004 eine kritische Besprechung der Rechtsprechung des 9. Senats des BAG zu den sogenannten Schriftformklauseln veröffentlichen und legte den Beitrag im Institut *Peter Hanau* zur kritischen Durchsicht vor.¹⁷ Der pflichtete mir in der Sache bei, sah in der betrieblichen Übung – anders als ich damals – eine arbeitsrechtliche Besonderheit und rügte meinen schroffen Ton, den ich in meiner Kritik an der Entscheidung des BAG gewählt hatte. Er wies mich – wie ich später lernen durfte – zu Recht darauf hin, dass der konstruktive Umgang mit der Rechtsprechung größere Wirkung zu erzielen vermag. Allerdings will ich nicht verhehlen, dass auch gelegentliche Polemik von im Übrigen sachlichen und freundlichen Professor:innen Wirkung haben kann.

VI. Überhaupt: Die sog. arbeitsrechtliche Familie

Die arbeitsrechtliche Familie ist groß und versammelt sich ua. im Deutschen Arbeitsgerichtsverband, der auch die „Kölner“ Zeitschrift des „Rechts der Arbeit“ mit dem Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht mitherausgibt. Im Verband versammeln sich Fachanwält:innen für Arbeitsrecht, Verbandsvertreter:innen, Hochschullehrer:innen und Arbeitsrichter:innen. Er könnte als das seit über 125 Jahren schlagende Herz der arbeitsrechtlichen Familie bezeichnet werden. Dort wird diskutiert und gestritten, immer hart in der Sache und freundlich im Ton, trotz all der politischen Divergenzen. Dennoch ist der Wille nach einem fachlichen oder persönlichen Kompromiss groß. Arbeitsrechtler:innen sind auch fair, menschlich miteinander. Das ist vielleicht auch der Grund der großen Bedeutung der Kölner Lehrstühle für Arbeitsrecht. Man muss gönnen können. Und man darf den juristischen Widersacher nicht zerstören. Der menschliche Wille und sein Bedürfnis zum Austausch, Kommunikation und Arbeit sind echte Besonderheiten des Arbeitsrechts.

17 S. Roloff, Vertragsänderungen und Schriftformklauseln, NZA 2004, 1191.

VII. Einige konkrete Besonderheiten im Recht

1. Der GDL-Streik, die Tarifeinheit und das Tarifeinheitsgesetz

Matthias Jacobs hat bereits auf der 5. Assistententagung in seinem Vortrag auf die Irrungen und Wirrungen der Tarifeinheit abgestellt.¹⁸ Jahrzehnte war die Rechtsprechung des 4. Senats des BAG vom Grundsatz der Tarifeinheit geprägt. Er besagte im Wesentlichen, dass im Betrieb nur ein und zwar der speziellere Tarifvertrag zur Anwendung kam. Mit seinem damals neuen Vorsitzenden Klaus Bepler gab der 4. Senat des BAG seine Rechtsprechung auf.¹⁹ Der Senat führte aus: Richterliche Rechtsfortbildung komme nicht in Betracht, denn das Tarifvertragsrecht enthalte keine planwidrige Regelungslücke. Interessanterweise hatte der Vorsitzende des Senats diese Rechtsprechungsänderung – die ja immerhin noch ein Urteil mit der Unterschrift von 3 Berufs- und zwei ehrenamtlichen Richter:innen brauchte, vom passenden Fall ganz zu schweigen - vorher in einer Vielzahl von Vorträgen, die ich wiederholt hören durfte, immer wieder zur Diskussion gestellt. Nach dieser öffentlichen Anhörung gab der Senat seine Rechtsprechung auf und erlaubte mehreren Tarifverträgen die Geltung im Betrieb.²⁰ Der Gesetzgeber ist nach vielem Hin und Her dann zu § 4a TVG gelangt - einer speziellen Lösung des Problems, die die Tarifeinheit wieder herstellen soll. Ob er damit etwas zum Arbeitskampf von Berufsgewerkschaften sagen wollte, ist umstritten. Und wenn sie mich nun fragen, wer 2015 den Tarifkonflikt bei der Deutschen Bahn mit der GDL geschlichtet hat, drängt sich natürlich ein Name auf: Klaus Bepler.

Das BVerfG hielt die Regelung in § 4a TVG für verfassungswidrig und hat sie doch mit Modifikationen bestätigt – und das gegen das Votum der für das Arbeitsrecht zuständigen Berichterstatterin – wie man nachlesen kann.²¹ Der Gesetzgeber hat § 4a TVG nachjustiert und wir erlebten zuletzt einen der schrillsten Arbeitskämpfe wegen § 4a TVG, in dem eine Berufsgewerkschaft auch zur Ausweitung ihrer Tarifzuständigkeit das Land lahmlegte und den Arbeitskampf wohl auch dazu führte, die Wirkungen des § 4a TVG zulasten der konkurrierenden Gewerkschaft abzubedingen.

18 M. Jacobs, ... denn sie wissen nicht, was sie tun – die Tarifeinheit im Betrieb ist wieder da, in: T. Husemann/A. C. Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, Dokumentation der 5. Assistententagung im Arbeitsrecht vom 16.-17.07.2015, Baden-Baden 2015, S. 9 ff.

19 BAG AP GG Art. 9 Nr. 143, Rn. 18.

20 BAG AP GG Art. 9 Nr. 143, Rn. 18.

21 BVerfGE 146, 71.

Das Ergebnis des Tarifkonflikts ist seit dem 16. September 2021 zu bestaunen. Der Vorstand der DB und die GdL haben sich auf einen Tarifvertrag geeinigt. Trotz heftiger Rhetorik hat man einen Kompromiss gefunden. Man muss im Arbeitsrecht miteinander reden, auch nach heftiger Rhetorik, etwa wenn dem Verhandlungsgegner attestiert wird, sein Verhandlungsangebot gehe – entschuldigen Sie bitte – „einem am Steiß“ vorbei.

2. Beispiel: Die 40 Euro-Pauschale für den Arbeitnehmer nach § 288 V BGB

Sie war vor wenigen Jahren bereits Gegenstand Ihrer 7. Tagung. Zu § 288 Abs. 5 BGB hatte sich *Jan Alexander Daum* ausführlich mit der Regelung auseinandergesetzt.²² Nach dieser Bestimmung kann der Verbraucher neben dem Zins- und Schadensersatzanspruch eine Pauschale von 40 Euro verlangen, wenn der Unternehmer gegenüber einem Verbraucher in Verzug mit einer Entgeltforderung kommt. Über diese wichtige und wohl auch unionsrechtlich geprägte Frage hätte der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts angerufen werden können. Der BGH hat den EuGH zu internen und externen Beitreibungskosten befragt.²³ Der 8. Senat des BAG hat die Frage unter meiner Mitwirkung und Berichterstattung mit dem Kunstgriff einer teleologischen Reduktion des § 288 V BGB wegen des § 12a Abs. 1 ArbGG – keine Kostenerstattung der Parteien vor dem Arbeitsgericht – gelöst.²⁴ Weitere Senate sind der Annahme gefolgt.²⁵ Allerdings war das Ergebnis durchaus angreifbar, da der Gesetzgeber des § 12a Abs. 1 ArbGG eher nicht an § 288 Abs. 5 BGB gedacht hat und umgekehrt. Ohnehin ist die Ausweitung der besonderen Kostenregel auf materiell-rechtliche Ansprüche eher eine extensive Auslegung des § 12a Abs. 1 ArbGG, die zudem mit besonderen Ausnahmen versehen ist.²⁶ Ich erspare Ihnen Details. Eine mich nicht sehr überraschende Weiterung der Frage hätte darin bestehen können, dass der Gesetzgeber diese Rechtsprechung wie im vorge-

22 J. A. Daum, La Sonnambula: Die Anwendbarkeit der Verzugs pauschale nach § 288 V BGB im Arbeitsrecht, in: S. Buhl/T. Frieling/C. Krois/F. Malorny/M. Münder/B. Richter/L. Schmidt (Hrsg.), Der erwachte Gesetzgeber – Regulierung und Deregulierung im Arbeitsrecht, Dokumentation der 7. Assistentinnen- und Assistententagung im Arbeitsrecht vom 27. – 29.07.2017, Baden-Baden 2017, S. 23 ff.

23 EuGH EuZW 2019, 574; EuGH EuZW 2018, 1056.

24 Zuletzt BAG NZA 2021, 127; BAG NZA 2019, 775.

25 BAG NZA 2019, 775; BAG NZA 2021, 44.

26 Siehe ausf. A. Schleusener, in: M. Ahrendt/P. Bader/M. Horcher/M. Krumbiegel/E. Mikosch/A. Schleusener/F. Schütz/R. Vossen (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, Stand September 2021 § 12a Rn. 15 ff.