

Schriften zur Rechtstheorie

Band 278

Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht

Möglichkeiten und Grenzen
computergestützter Textanalyse
am Beispiel des Arbeitnehmerbegriffs

Von

Friedemann Vogel, Stephan Pötters
und Ralph Christensen



Duncker & Humblot · Berlin

VOGEL/PÖTTERS/CHRISTENSEN

Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht

Schriften zur Rechtslehre

Band 278

Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht

Möglichkeiten und Grenzen
computergestützter Textanalyse
am Beispiel des Arbeitnehmerbegriffs

Von

Friedemann Vogel, Stephan Pötters
und Ralph Christensen



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: Buch Bücher de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-14636-9 (Print)
ISBN 978-3-428-54636-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84636-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Inhaltsverzeichnis

Einführung: Arbeitsrecht, Methodik und Korpuslinguistik	11
A. Der Arbeitnehmer aus dogmatischer Perspektive: Ein Begriff mit Zukunft?	17
I. Funktion des Arbeitnehmerbegriffs: Der Arbeitnehmer als Gatekeeper	17
II. Umschreibungsversuche	18
1. Ansatzpunkte in Gesetzen.....	18
2. Der Arbeitnehmerbegriff des Bundesarbeitsgerichts und die Kritik bei Wank	19
a) Das Merkmal der „persönlichen Abhängigkeit“ als Anknüpfungspunkt einer typologischen Begriffsbestimmung beim Bundesarbeitsgericht.....	20
aa) Geläufige typologische Kriterien.....	21
bb) Klassische Antitypen: Selbständige und Beamte.....	21
(1) Beamte	22
(2) (Schein-)Selbständige.....	23
(3) Arbeitnehmerähnliche Personen.....	23
b) Die alternative Konzeption bei <i>Wank</i>	24
III. Arbeitsrechtliche Begriffsbildung und Europarecht.....	25
1. Der Arbeitnehmer im Unionsrecht	25
a) Arbeitnehmerbegriffe beim EuGH.....	26
b) Perspektiven.....	28
2. Verzahnung des nationalen Rechts mit unionsrechtlichen Vorgaben: Grenzen der Konformauslegung.....	30
a) (Konform-)Auslegung und Rechtsfortbildung	31
b) Die Wortlautgrenze im Unionsrecht	33
c) Bewertung der Entscheidungen <i>Quelle</i> und <i>Schultz-Hoff</i>	36
3. Ein Dialog verlangt Respekt vor Grenzen	37
IV. Aktuelle Herausforderungen für Rechtspraxis und Politik.....	38
1. Erosion und Europäisierung des Arbeitnehmerbegriffs	39
a) Bedeutungsverlust des Arbeitnehmerbegriffs?	40

b) Fortschreitende Europäisierung	41
2. Die Agenda-Politik und ihre Folgen: Neue Abgrenzungsprobleme im Fokus des Arbeitsrechts	42
a) Flucht in die Arbeitnehmerüberlassung	42
b) Flucht aus der Arbeitnehmerüberlassung	44
3. Arbeitsrecht und Bewältigung neuer Techniken	46
4. Neue Machtverhältnisse in der Arbeitswelt?	49
V. Die Tragfähigkeit typologischer Begriffsbildung	52
1. Normative Unterbestimmtheit der Gesetzesbegriffe	52
a) Die Unbestimmtheit von Begriffen	53
b) Was dem Begriff fehlt	55
2. Typus und Ganzheitsdenken	56
a) Vom Gesetz zum Recht als Wert	57
b) Vom Recht als Wert zum Recht in Fallketten	59
3. Die logisch-semantische Kritik am Typus	61
a) Von der Fallkette zur Definitionslehre	62
b) Das Bereichsmodell soll die Fallreihe ersetzen	64
4. Die Fallreihe als rationaler Kern der Typenlehre	67
a) Was ist die Empirie von Sprache?	68
b) Bedeutung existiert in Fallreihen oder Kontexten	70
B. Korpuslinguistik – eine kurze Einführung für Rechtswissenschaftler	72
I. Korpuslinguistik: Kurze Geschichte einer jungen Teildisziplin	72
II. Methoden, Software und Algorithmen der Korpuslinguistik	79
III. Korpuslinguistische Zugänge zur Rechtssprache: Juristische Sprachmuster als Indices für Sedimente juristischer Dogmatik	88
C. Die fallbezogene Begriffsentwicklung beim BAG – Der Arbeitnehmerbegriff aus korpuslinguistischer Perspektive	93
I. Zum Untersuchungsdesign	93
1. Die Datengrundlage der Untersuchung	93
2. Methodisches Vorgehen im Einzelnen	97
II. Der ›Arbeitnehmer‹-Begriff in den Sedimenten der Rechtsdogmatik	100
1. Komposita mit <i>arbeitnehm</i>	100
2. Explizite Prädikationen zu <i>arbeitnehm</i>	105
3. Cluster bzw. Mehrworteinheiten mit <i>arbeitnehm</i>	109
4. Kookkurrenzpartner mit <i>arbeitnehm</i>	111

III. Semantisches Schema und diskursive Funktion des ›Arbeitnehmers‹ – Sedimente der „herrschenden Meinung“	126
IV. Nachweis diachroner Tendenzen in der Entwicklung des ›Arbeitnehmer‹-Begriffs	129
1. Zunehmende Europäisierung des Arbeitnehmer-Begriffs?	131
2. Diachronie dogmatischer Abgrenzungsversuche	133
V. Die Bedeutung von „Arbeitnehmer“ und „Arbeiter“ in Medientexten	135
D. Der Widerspruch zwischen Theorie und Praxis der Gesetzesbindung im Arbeitsrecht	138
I. Was die Gerichte sagen	138
1. Die methodische Programmatik der Gerichte	138
2. Die gerichtliche Auslegungslehre	139
3. Vom Gesetz zur Gerechtigkeit	141
II. Was die Gerichte tun	146
1. Die Arbeit mit der Sprache	146
2. Die Arbeit mit der Wissenschaft	147
3. Die Arbeit mit Präjudizien	149
E. Gesetzesbindung trotz Lücke und Richterrecht	152
I. Ab durch die Lücke	152
1. Die Bestimmtheitslücke	153
2. Die Veränderungslücke	157
3. Die Kollisionslücke	159
4. Die Gesetzeslücke	160
5. Die Rechtslücke	163
6. Was bleibt von der Lücke?	166
II. Richtermachtrecht und Richtergesetzesrecht	167
1. Begriff des Richterrechts	168
a) Richterrecht als Überschreitung der wörtlichen Bedeutung	168
b) Gesetzesergänzendes und gesetzesverdrängendes Richterrecht	169
c) Wie ist Richterrecht zu bewerten?	170
2. Richtermachtrecht durch Unterstellung	171
a) Rechtsunterstellung	172
b) Wie ist der Normtext vorgegeben?	178
c) Die Rechtsquelle als normativer Kreislauf	179
d) Notwendiges und überschießendes Richterrecht	182

3. Richtermachtrecht durch Verbiegung	183
a) Rechtsverbiegung	184
b) Die Reduktion des Gesetzes auf den Autor.....	185
c) Die Reduktion des Gesetzes auf Werte.....	188
d) Gibt es eine Hierarchie von Kontexten?	190
4. Richtergesetzesrecht als Gesetzesbindung in Fallketten.....	193
a) Semantik als Fallrechtssystem.....	193
b) Fallrecht als Risiko für das Gesetz.....	196
c) Fallrecht als Chance für das Gesetz	202
d) Präjudiz als Argument	208
III. Wortlautgrenze ohne wörtliche Bedeutung	211
1. Sind Sprachregeln der Rechtsanwendung vorgeordnet?.....	213
2. Bedeutungsfestsetzung oder die Sprache als Beute	216
3. Bedeutungsfestlegung oder die Sprache als Überprüfungsinstanz.....	221
F. Schlussbetrachtung	227
I. Möglichkeiten und Grenzen korpusgestützter Zugänge zu juristischer Dogmatik	227
II. Was verrät die Korpuslinguistik dem Arbeitsrechtler?	229
1. Korpuslinguistische Software als Subsumtionsautomat?.....	232
2. Korpuslinguistik als Analysetool für Rechtspolitik	233
III. Im Wesentlichen frei? Begriffsbildung im Arbeitsrecht	234
Über die Autoren	236

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbN	Arbeitnehmer
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BBG	Bundesbeamtengesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeamtStG	Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
CGZP	Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz

EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
GA	Generalanwalt/anwältin
GG	Grundgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
i.S.d.	im Sinne der/s
i.V.m.	in Verbindung mit
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG / LArbG	Landesarbeitsgericht
Rs.	Rechtssache
S.	Satz
SGB	Sozialgesetzbuch
SozR	Sozialrecht
SprecherausschussG	Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten
StGB	Strafgesetzbuch
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung

Einführung: Arbeitsrecht, Methodik und Korpuslinguistik

Das Arbeitsrecht ist eines der dynamischsten Rechtsgebiete überhaupt. Das liegt daran, dass es das Verhalten der Rechtsunterworfenen nicht einfach reguliert, sondern die selbständigen Regelungen der Betroffenen einhegt und kultiviert. Schon die Regelungstechnik ist also komplexer als das bloße Aussprechen von Geboten oder Verboten. Des Weiteren verfügen die Gerichte für die Aufgabe der Kultivierung gesellschaftlicher Konflikte oft über keine oder lediglich sehr allgemeine gesetzliche Maßstäbe.

Auf einer fruchtbaren Konferenz „Arbeitsrecht und Methodik“ haben sich große Namen der arbeitsrechtlichen Literatur zusammen mit jungen Wissenschaftlern mit diesem Problem beschäftigt. Das Arbeitsrecht sei in besonderer Weise durch um Anerkennung ringende Interessen und ein Lagerdenken gekennzeichnet. Dies werde mit *Jherings* Diktum vom „Kampf ums Recht“ noch nicht einmal zureichend gekennzeichnet:

„Das Arbeitsrecht regelt eine Materie, die Millionen von Menschen existentiell betrifft. Seine Wirkungen werden von allen Beteiligten und Betroffenen selten ‚sine ira et studio‘ gesehen und behandelt. Sozialisation und Lebenserfahrung beeinflussen das jeweilige persönliche und sichtspezifische Gerechtigkeits- und Sozialideal.“¹

Im Arbeitsrecht stellen sich rechtstheoretische, verfassungsrechtliche und methodische Probleme praktisch. Aus Glasperlenspiel wird soziale Praxis. Die Stichworte dieser Diskussion sind Unbestimmtheit und Wertbezug von Gesetzesbegriffen, Gesetzeslücken, Richterrecht, europäisches Mehrebenensystem und Wirklichkeitsbezug des Rechts. Grundlegend ist dabei die Frage, wie die Gewaltenteilung zwischen demokratisch legitimiertem Gesetzgeber und Richter überhaupt aussehen kann.

Die Begriffsbildung im Arbeitsrecht ist dadurch erschwert, dass die gesetzlichen Grundlagen einen Flickenteppich und damit kein einheitliches Wertsystem bilden.

„Aufgrund in viele Einzelgesetze zersplitterten Regelungen ist es kaum möglich, ein einheitliches Wertungssystem zu schaffen. Hinzu kommt, dass der parlamentarische Gesetzgeber in Fragen des kollektiven Arbeitsrechts regelungsscheu, viel-

¹ *Rüthers*, NZA-Beilage 2011, 101, 104.

leicht sogar partiell regelungsunfähig ist. Die Gerichte werden zu Ersatzgebern auf bedeutenden Einzelgebieten des Arbeitsrechts.“²

Ohne vom Gesetz vorgegebene Wertordnung glauben die Richter diesen Wertbezug selbst herstellen zu müssen und geraten damit in eine problematische Rolle. Sie werden zu Ersatzgebern auf bedeutenden Einzelgebieten des Arbeitsrechts.³ Das gilt nicht nur für das Arbeitskampfrecht, sondern auch für diejenigen Bereiche, die gesetzlich zumindest in Grundzügen geregelt sind, wie etwa das Tarifrecht oder das Kündigungsschutzrecht.⁴

Einerseits gilt:

„Nach den Prinzipien der Demokratie und der Gewaltentrennung (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG) haben die demokratisch legitimierten Organe der Gesetzgebung den Normsetzungsvorrang. Die Gerichte sind an deren Wertentscheidungen gebunden.“⁵

Andererseits gilt:

„Erhebliche Teile des geltenden deutschen Arbeitsrechts sind aus einem epochenbedingten Aufstand der Arbeitsgerichte gegen das fehlende oder als ‚unbillig‘ angesehene Gesetzesrecht entstanden.“⁶

Aus den Schwierigkeiten juristischer Begriffsbildung im Arbeitsrecht ergibt sich auch das Problem der Lücke:

„Angesichts der zögernden oder völlig untätigen Gesetzgebung und der vielfältigen Wertungswidersprüche, Verwerfungen und Lücken in den Arbeitsgesetzen hat sich bei nicht wenigen Richtern der Arbeitsgerichtsbarkeit in den letzten Jahrzehnten seit 1954 ein spezielles Rollenverständnis für die Notwendigkeit und Legitimität ihrer richterlichen Normsetzungen (Ersatzgesetzgebung) herausgebildet.“⁷

Lücken kann man eigentlich nur annehmen, wenn eine höherstufige Rechtsquelle wie Verfassung oder Europarecht an einer bestimmten Stelle im einfachen Gesetz eine Regelung fordert, die fehlt. Im Arbeitsrecht werden Lücken aber häufig schon dann postuliert, wenn das Gesetz dem Anwender keine konsistente oder homogene Wertordnung liefert.

Das führt auch direkt zu der Frage nach der Legitimität von Richterrecht:

„Weil also die Politik im Arbeitsrecht partiell handlungsunfähig ist, hat das BAG, mit tatkräftiger Unterstützung der Arbeitsrechtswissenschaft, die Vorreiterrolle für die Fortentwicklung des Arbeitsrechts eingenommen. Das Arbeitsrecht besteht zu weiten Teilen aus Richterrecht. Das gilt nicht nur für das Arbeitskampfrecht, sondern auch für diejenigen Bereiche, die gesetzlich zumindest in Grundzügen geregelt sind. So befindet sich etwa das Tarifrecht in jüngerer Zeit in einem besonders dy-

² Höpfner, NZA-Beilage 2011, 97.

³ Höpfner, NZA-Beilage 2011, 97.

⁴ Höpfner, NZA-Beilage 2011, 97, 98.

⁵ Rüthers, NZA, Beilage 2011, 101, 102.

⁶ Rüthers, NZA-Beilage 2011, 101.

⁷ Rüthers, NZA-Beilage 2011, 101.

namischen Entwicklungsprozess. Andere Gebiete wie das Kündigungsschutzrecht bestehen weitgehend aus Generalklauseln, die erst durch die Rechtsprechung handhabbar werden.“⁸

Damit kommt man zu den grundlegenden Problemen. Aus der aufgedrängten Rolle des Ersatzgesetzgebers wird den Arbeitsgerichten aber dann ein „Hang zur Ergänzung und Korrektur geschriebenen Rechts“ unterstellt, der weit über das methodisch Erlaubte hinausginge:

„Diese Fragen haben auch eine verfassungsrechtliche Dimension. Sie betreffen unmittelbar die grundlegende Verfassungsstrukturrentscheidung des gewaltenteilenden und demokratischen Rechtsstaates gem. Art. 20 III, 97 I GG. Wer sich anschickt, Insuffizienzen eines überforderten Gesetzgebers zu begründen, begegnet diesem mit weit weniger Zurückhaltung, als das Grundgesetz vorsieht. An die Stelle der Ermittlung und Verwirklichung gesetzgeberischer Wertungen tritt die eigene rechtspolitische Gestaltung durch den Rechtsanwender. Nicht einmal (vermeintlich) eindeutige gesetzliche Regelungen können gegen den Rechtsfortbildungsdrang der Arbeitsgerichte bestehen [...]“⁹

Im Arbeitsrecht stellen sich also Methodenfragen, die immer auch Verfassungsfragen sind.¹⁰ Allerdings muss man die zugrunde gelegten Maßstäbe präzisieren. Die Gesetzesbindung ist nach Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG der entscheidende Maßstab für die Beurteilung der Arbeit von Gerichten.¹¹

„Die aufgeworfenen methodischen Fragen haben zugleich eine verfassungs- und staatsrechtliche Dimension. Methodenfragen sind Verfassungsfragen. Sie betreffen die reale Normsetzungsmacht im Staat.“¹²

Es ist die vorrangige Aufgabe der Wissenschaft als Teilelement der Gesetzesbindung, die Arbeit der Gerichte zu beobachten, zu systematisieren und gegebenenfalls zu kritisieren. Diese Aufgabe hat die Kölner Konferenz auch vorbildlich wahrgenommen. Trotzdem gibt es in dieser Kritik ein durchgängiges Problem, welches dazu führt, dass sie manchmal über das Ziel hinausschießt. Die Schwierigkeit liegt darin, dass die Gesetzesbindung zwar mit dem nötigen Pathos angerufen wird, aber ihre praktische Wirkung nicht dargetan werden kann. Wann korrigiert ein Richter das Gesetz, wann judiziert er *contra legem*? Dazu müsste man wissen, worin seine Bindung liegt. Die Konzeptionen dafür sind unzureichend. Das Gesetz wird gleichgesetzt mit dem Willen des Gesetzgebers und seiner wörtlichen Bedeutung. Die Generalklauseln des Kündigungsschutzrechts werden kritisiert, weil einerseits deren Zwecke immer weiter angereichert werden und andererseits eine wörtliche Bedeutung nicht mehr greifbar ist:

⁸ Höpfner, NZA-Beilage 2011, S. 97 ff., 98.

⁹ Höpfner, NZA-Beilage 2011, 97, 98.

¹⁰ Höpfner, NZA-Beilage 2011, 97, 98.

¹¹ Höpfner, NZA-Beilage 2011, 97, 98.

¹² Höpfner, NZA-Beilage 2011, 97, 98