

Richter am ArbG Dr. Dr. Nikolaus H. Notter, Ebersberg (Oberbayern)

## Der Richter am Arbeitsgericht als Mediator

### I. Einleitung

Die Novelle der Zivilprozessordnung aus dem Jahr 2001 legt fest, dass jeder mündlichen Verhandlung eine Güteverhandlung vorausgeht und dass das Gericht auch im Übrigen in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits bedacht sein sollen (§ 278 ZPO).

Im Verfahren vor dem Arbeitsgericht gelten diese Grundsätze schon immer.

Es bestehen somit Gemeinsamkeiten zur Aufgabe des Mediators, der die Beteiligten systematisch in dem Ziel unterstützt, selbst eine interessengerechte Regelung ihres Konflikts zu finden<sup>1</sup>.

Im Folgenden soll am Beispiel der Kündigungsschutzverfahren vor den Arbeitsgerichten dargestellt werden, wie und mit welchen Ergebnissen Richter dort ihre Rolle als Vorsitzende ausüben (II.) und alsdann anhand einiger Beispielfälle von den Erfahrungen und Beobachtungen des Autors als Richter und als Einigungsstellenvorsitzender berichtet werden (III.).

### II. Mediative Elemente bei Kündigungsschutzverfahren vor den Arbeitsgerichten

#### 1. Mediation durch den Richter?

Bei arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzverfahren handelt es sich um einen mit den Mitteln des Zivilprozesses ausgetragenen Kampf um ein Streitiges Privatrecht, es geht nämlich darum, ob die vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung wirksam ist oder nicht.

Die vom Gericht durch Urteil zu treffende Entscheidung ist vorgehenorientiert. Die Kündigung war wirksam oder sie war unwirksam. Es kann nur eine Seite gewinnen. Die wirklichen Interessen der Parteien braucht das Gericht für seine Entscheidung nicht zu erforschen. So kann es sein, dass ein Arbeitnehmer obliegt und in den Betrieb zurück muss, obwohl er in Wirklichkeit vielleicht viel lieber das Arbeitsverhältnis beendet und sich mit einer Abfindung begnügt hätte.

Diese Schwierigkeiten will die Mediation berücksichtigen – oder auch eine mediativ geführte Verhandlung vor dem ArbG.

Die Mediation fragt nach den Interessen der Beteiligten, also danach, aus welchem Grund die Parteien die jeweiligen gegensätzlichen Positionen einnehmen und was sie wirklich erreichen wollen, also, ob der gegen eine Kündigung klagende Arbeitnehmer wirklich auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses Wert legt.

Die ganz überwiegende Mehrheit der Kündigungsverfahren wird nicht durch ein Urteil i. S. eines „Entweder – Oder“ erledigt sondern durch einen Abfindungsvergleich.

Ein wichtiges Interesse des Arbeitnehmers ist das der Existenzsicherung für sich und seine Familie, weshalb die Abfindung und deren Höhe für ihn im Vergleichsgespräch häufig eine beherrschende Rolle spielen.

Der Arbeitgeber hingegen möchte aus wirtschaftlichen Gründen einen möglichst geringen Betrag zahlen.

Der Ausgangskonflikt – Ist die Kündigung wirksam oder nicht? – tritt zurück hinter das gemeinsame Interesse der Streitparteien, das Arbeitsverhältnis in einem angemessenen Rahmen mit finanziellem Ausgleich zu beenden, verbunden häufig mit dem Wunsch des Arbeitnehmers, ihn in seiner Person angemessen zu würdigen, etwa durch eine Entschuldigung und ein Bedauern des Arbeitgebers, Rücknahme von Vorwürfen und Erteilung ei-

nes wohlwollenden, das berufliche Fortkommen unterstützenden Zeugnisses.

Solche gemeinsam gefundenen Ergebnisse und Lösungen im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens zeigen Elemente mediativer Konfliktverarbeitung. Hierfür eignet sich insbes. die Güteverhandlung vor dem Vorsitzenden. Im Gütetermin kann der Richter nur mit ausdrücklicher Zustimmung beider Parteien ein Urteil fällen. In diesem Termin tritt deshalb seine Mittlerrolle besonders deutlich hervor. Demgemäß enden dann auch die weitaus meisten Verfahren bereits in der Güteverhandlung mit einer unter Mitwirkung des die Verhandlung leitenden Richters gefundenen einvernehmlichen vergleichsweisen Regelung der Parteien.

#### 2. Vergleichspraxis vor den Arbeitsgerichten

Entsprechend der im Auftrag des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung durchgeführten Untersuchung zu „Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der BRD“ werden in erster Instanz 16% und in zweiter Instanz lediglich 44% aller Kündigungssachen durch streitiges Urteil erledigt, wobei Arbeitnehmer wie Arbeitgeber etwa gleich häufig „recht behalten“<sup>2</sup>.

Durch gerichtlichen Vergleich werden in erster Instanz 60%, in zweiter Instanz 41% der Rechtsstreite abgeschlossen. Dabei enden die Arbeitsverhältnisse i. d. R. mit Ablauf der Kündigungsfrist und mit Zahlung einer Abfindung durch den Arbeitgeber<sup>3</sup>.

Die hohe Vergleichsquote gibt Anlass zu betrachten, wie die Vergleiche zustande kommen. Dabei fällt auf, dass die Parteien in Kündigungsrechtsstreiten in jedem fünften Fall, den sie mit einem gerichtlichen Vergleich geschlossen hatten, diesen alsdann jedoch widerrufen haben<sup>4</sup>.

Weiter erscheint bemerkenswert, dass die befragten Richter, Rechtsanwälte und verbandlichen Vertreter der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite übereinstimmend angegeben haben, bei einem Drittel aller durch gerichtlichen Vergleich abgeschlossenen Kündigungsverfahren sei zunächst zwischen dem Gericht und den Prozessvertretern ein Vergleich ausgehandelt worden; und dann hätten die Parteien dazu gebracht werden müssen, den zwischen den Parteien und dem Gericht gefundenen Konsens zu übernehmen.

Dem größten Teil der gerichtlichen Vergleiche in Kündigungssachen, nämlich 70%, geht ein detaillierter Vorschlag des Gerichts in der mündlichen Verhandlung voraus<sup>5</sup>.

**Dr. jur. Docteur en Droit Nikolaus H. Notter** ist Richter am Arbeitsgericht München und Wirtschaftsmediator (IHK) in Ebersberg (Oberbayern).

1... Zu dem bei Zivilverfahren bestehenden Rollenkonflikt zwischen Richter als Entscheider und dem Richter als Vergleichler vgl. *Henkel*, NZA 2000 S. 929 (932). Zum Verhältnis von Mediation und richterlicher Tätigkeit vgl. auch *Duve*, Betrifft JUSTIZ 1997 S. 62 ff.; *Strecker*, Betrifft JUSTIZ 1977 S. 66 ff.; *Gottwald*, Betrifft JUSTIZ 1999 S. 117 ff. Zum Themenbereich vgl. ferner *Prütting*, in: Haft/Schlieffen, Handbuch der Mediation, 2002, S. 950 ff. insbes. S. 1022; *Trossen*, Handbuch der Mediation, 2002, S. 421 ff.

2... *Falke, Höland u. a.*, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, Eine empirische Untersuchung, durchgeführt vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, im Auftrag des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung, 1983, S. 778.

3... A.a.O. (Fn. 2), S. 809.

4... A.a.O. (Fn. 2), S. 823.

5... A.a.O. (Fn. 2), S. 823.

Diese Zahlen zeigen, dass zum einen die Vergleiche zu einem erheblichen Teil über die Köpfe der betroffenen Parteien hinweg zustande kommen und zwar häufig auf Druck der professionell am Verfahren beteiligten Richter und Prozessvertreter.

Von relativ autonomer Konfliktregelung durch die Parteien kann danach in Kündigungssachen nur begrenzt die Rede sein.

Hinzu kommt Folgendes: Mit dem Hinweis auf die gegebene Sach- und Rechtslage und den voraussichtlichen Ausgang des Verfahrens benutzen die Richter wie auch die Prozessvertreter (zwischen 70% bis 80%) Vergleichsargumente, die sich aus dem Vorantreiben des Streitstoffs zur Entscheidung durch ein streitiges Urteil ergeben<sup>6</sup>. Das bedeutet, dass eine Vielzahl von Vergleichen in Kündigungssachen sich am Inhalt einer möglichen streitigen Entscheidung orientieren.

### III. Beobachtungen und Erfahrungen

Die weitaus meisten aller vor den Arbeitsgerichten anhängigen Kündigungsverfahren enden – wie oben aufgeführt – mit einer Auflösung der Arbeitsverhältnisse, ganz überwiegend durch Vergleich, bei Zahlung einer Abfindung, und meistens zu dem vom Arbeitgeber vorgesehenen Zeitpunkt.

Die Gründe für die Erhebung solcher Klagen können sehr unterschiedlicher Art sein. Neben dem durch das Gesetz vorgegebenen und vom Arbeitnehmer zumindest bei Erhebung der Klage vorzuziehenden Ziel, nämlich den Erhalt des Arbeitsplatzes zu sichern, kann es noch andere Motive geben.

Nach der erwähnten Untersuchung zur Kündigungspraxis hat nur ein Drittel der Arbeitnehmer als Grund für seine Klage angegeben, den Arbeitsplatz nicht verlieren zu wollen.

In mehr als der Hälfte der Fälle geht es den Arbeitnehmern nicht in erster Linie um ein bestimmtes materielles Ergebnis. Vielmehr wollen die Arbeitnehmer mit ihrer Klage den Arbeitgeber in ihre Schranken weisen und ihrem verletzten Gerechtigkeitsempfinden dadurch Ausdruck verschaffen, dass sie dem Arbeitgeber zeigen, dass seine Kündigungspraxis nicht rechtens ist und er sie nicht richtig behandelt hat.

Das Ergebnis, womit die weitaus meisten Verfahren enden, nämlich die Zahlung einer Abfindung aufgrund einer vergleichswisen Regelung, nennen nur 10% der befragten Arbeitnehmer als ihr eigentliches ursprüngliches Klageziel<sup>7</sup>.

Nach meinen Beobachtungen ermöglicht allein eine konsensuale Verhandlungsführung den Beteiligten, ihre wahren Motive und Interessen offen zu legen. Deshalb lege ich auch allergrößten Wert auf das persönliche Erscheinen der Parteien vor allem bereits in der Güteverhandlung. Außerdem ermöglicht eine solche Verhandlungsführung unter Beteiligung der Betroffenen raschere und bessere, weil die Parteien wirklich befriedende Ergebnisse.

Im Verlauf meiner mehr als 30 Jahre währenden Tätigkeit habe ich beobachtet, dass die Parteien um so eher zu einer einvernehmlichen Regelung finden, je mehr ich mich als der die Verhandlung leitende Vorsitzende zurücknehme, also keine eigenen Einigungsvorschläge mache und die Vorschläge der Parteien nicht bewerte, mich vielmehr darauf beschränke, für ein vertrauensvolles Gesprächsklima zu sorgen und die Beteiligten ermutige, ihre wahren Interessen offen zu legen und selbst Lösungen zu finden.

Selbst, wenn beide Parteien mich ausdrücklich darum bitten, lehne ich es i. d. R. ab, bestimmte Vorschläge zu machen. Ich sage den Beteiligten, dass es ihr Verfahren ist und deshalb zunächst an ihnen, eine für sie passende und ihre Interessen berücksichtigende Regelung zu finden.

Ich mache i. d. R. nur dann Vorschläge und gebe damit einen gewissen Rahmen vor, wenn mir eine Seite deutlich unterlegen und überfordert erscheint, ihre Interessen wahrzunehmen

Auf diese Weise wurden entsprechend der Statistik des ArbG München unter meiner Verantwortung im Jahr 2002 insgesamt 672 Urteilsverfahren erledigt und zwar ganz überwiegend durch Vergleiche. Lediglich in insgesamt 20 Verfahren musste ich ein Urteil verkünden. Im Jahr 2003 habe ich bei insgesamt 804 erledigten Verfahren in insgesamt 30 Fällen ein Urteil verkündet.

Zur Verdeutlichung und Ergänzung des Gesagten nachfolgend einige Beispiele aus meiner Praxis als Richter wie als Einigungsvorsitzender, denen gemeinsam ist, dass ich dabei die Rolle des Moderators oder Mittlers eingenommen und die Parteien darin unterstützt hatte, den herkömmlichen arbeitsrechtlichen Rahmen auszuweiten und ihre Motive für die Führung des Streits um ihre Rechte offen zu legen.

**Beispiel 1:** Eine Bank hat einer langjährig beschäftigten Mitarbeiterin wegen anhaltend schlechter Arbeitsleistungen nach Abmahnungen gekündigt. Diese klagt gegen die Kündigung. Ein Obsiegen der Klägerin erscheint allen Beteiligten, außer der Klägerin selbst, als sehr unwahrscheinlich. Die Bank macht ihr Abfindungsangebote. Die Klägerin lehnt ab. Die Bank erhöht nach jeder Ablehnung ihr Angebot. Trotz des Zuredens ihres Anwalts bleibt sie beharrlich bei ihrem Nein.

Ich frage sie schließlich: „Was würden Sie tun, wenn ich im Namen des Volkes ein Urteil verkünden würde, wonach die Kündigung nicht gerechtfertigt war“. Sie antwortet: „Ich würde das Urteil allen in meiner Abteilung Beschäftigten zeigen und beim Herausgehen sagen: „Ihr könnt mich alle . . .“

Jetzt war sie sofort bereit, den zuletzt abgelehnten Abfindungsvergleich zu schließen.

**Beispiel 2:** Ein deutscher Hilfsarbeiter geht gegen seinen Arbeitgeber, einen griechischen Autohändler, vor. Er klagt gegen die Kündigung und verlangt einen kleinen Lohnrest von 100 DM wegen behaupteter, nicht nachzuweisender Überstunden. Der Unternehmer ist beleidigt wegen der unberechtigten Ansprüche, zumal er immer so großzügig gewesen sei. Er ist zu keinerlei Entgegenkommen bereit.

Er sagt: „Ich zahle dem Kläger, der mir so viel verdankt und dem ich freiwillig viel mehr gezahlt habe, als ihm zustand, nun keinen zusätzlichen Pfennig mehr.“

Ich führe seinen Gedanken weiter:

„Lieber spenden Sie für einen guten Zweck, etwa für das Rote Kreuz einen größeren Betrag.“ Er stimmt zu. Ich frage ihn, halb im Spaß, „Wie viel soll es sein, etwa 1000 DM?“

Ohne noch ein Wort zu sagen, öffnet er seine Brieftasche und legt einen 1000 DM-Schein auf den Richtertisch.

**Beispiel 3:** Ein türkischer Arbeiter klagt gegen eine Kündigung. Er ist beleidigt und lehnt die vom Arbeitgeber angebotene Abfindung ab mit dem Hinweis, dass er nur sein Recht, aber kein Geld will. Auf meine Einladung hin nimmt seine im Sitzungssaal anwesende deutsche Ehefrau „als Beistand“ neben ihm Platz und an der Verhandlung teil. Erst und nur auf ihr Zuraten hin, dass er sonst wieder Geld von ihr zum Leben annehmen müsste, erklärt er sich bereit, den vom Arbeitgeber angebotenen Abfindungsvergleich zu schließen.

**Beispiel 4:** Bei Klagen gegen Kündigungen, die der Arbeitgeber wegen anhaltender oder häufiger krankheitsbedingter Fehlzeiten erklärt hat, bestehen wegen der meist unsicheren Prognose große Unsicherheiten. Diese Unwägbarkeiten können meist auch nicht durch ein

6... A.a.O. (Fn. 2), S. 826 f.

7... A.a.O. (Fn. 2), S. 102-105. Vgl. In diesem Sinne bereits *Notter*, DB 1976 S. 772 ff., insb. S. 774.

ärztliches Gutachten zuverlässig ausgeräumt werden. Bei mir schließen die Parteien, statt einen langwierigen aufwendigen Prozess mit ungewissem Ausgang zu führen, deshalb nicht selten folgenden Vergleich:

- Die Parteien setzen das Arbeitsverhältnis befristet und ohne Kündigungsmöglichkeit um ein Jahr fort.
- Die Befristungsabrede wird hinfällig, wenn die krankheitsbedingten Fehlzeiten 15% der vorgesehenen Arbeitstage in diesem Zeitraum nicht übersteigen.

**Beispiel 5:** Der Personalrat einer Klinik lehnt die Besetzung einer Oberarztstelle mit einem bestimmten Arzt ab, weil dieser andere Ärzte und Mitarbeiter herabwürdigend behandelt habe und er „unsozial“ sei.

Im Verfahren vor der Einigungsstelle mache ich darauf aufmerksam, dass im Fall einer Nichteinigung die Klinikleitung den Bewerber von den Ablehnungsgründen des Personalrats unterrichten müsse. Als dann müsse die Einigungsstelle die möglichen Zeugen zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts hören.

Ich unterbreche die Sitzung, damit jede Seite sich getrennt beraten und sich einen Lösungsvorschlag überlegen kann.

Die von der Klinikleitung entsandten Mitglieder der Einigungsstelle schlagen alsdann vor:

- Kommissarische Beschäftigung des Arztes auf der Oberarztstelle für sechs Monate.
- In dieser Zeit muss er sich im Rahmen von Seminaren in Kommunikation und Mitarbeiterführung qualifizieren. Als dann kommen Arbeitgeber und Personalrat zu einer neuerlichen Beratung zusammen und entscheiden über den Antrag der Klinik auf Übertragung der Oberarztstelle.

Die Vertreter des Personalrats stimmen dem Vorschlag zu.

Nach meiner Beobachtung führen sowohl vor dem Arbeitsgericht wie auch vor der Einigungsstelle Sitzungsunterbrechungen mit getrennter Beratung beider Seiten nach vorausgegangenem konstruktiver gemeinsamer Verhandlung im Sitzungsraum ganz überwiegend zu sehr guten Vorschlägen und schließlich fast immer zu einer allseits befriedigenden Einigung in der dann im Sitzungsraum fortgesetzten Verhandlung.

An getrennten Gesprächen mit jeweils einer Seite beteilige ich mich bei Gerichtsverfahren nie und bei Einigungsstellenverfahren nur, wenn mich eine Seite ausdrücklich darum bittet und auch die andere Seite mit getrennten Gesprächen unter meiner Beteiligung einverstanden ist.

#### IV. Zusammenfassung

Es gibt zahlreiche Arbeitskonflikte, insbesondere bei Kündigungsstreitigkeiten, bei denen die Streitparteien nicht als gleichstarke Partner mit annähernd gleicher Entscheidungsautonomie einander gegenüberstehen.

Wenn dann etwa ein Arbeitnehmer sich mit guten Gründen auf den Schutz der Rechtsordnung beruft, ist ein gerichtliches Verfahren sinnvoll.

Wir beobachten aber auch in solchen Fällen, dass eine den Bedürfnissen und Interessen der Beteiligten am ehesten entsprechende Regelung nicht unbedingt der Rechtslage und den bestehenden Ansprüchen entsprechen muss.

Auch im Rahmen der Verfahren vor Gericht wie auch vor der Einigungsstelle bieten die in der Mediation angewandten Vorgehensweisen, insbes. eine konsensuale, an den wirklichen Interessen der Beteiligten orientierte Verhandlungsführung durch den Vorsitzenden, häufig eine wertvolle, ja unverzichtbare Ergänzung zum herkömmlichen gerichtlichen Verfahren des „Alles oder Nichts“.

## Entscheidungen

### Arbeitsvertragsrecht

**Vertragliches Recht zur Anrechnung einer Zulage auf „kommende“ Lohnerhöhungen: Pflicht des Arbeitgebers zur Nutzung der ersten Anrechnungsmöglichkeit**

**Unwirksamkeit einer nach Beginn der Lohnerhöhung erklärten Anrechnung sowohl für den zurückliegenden Zeitraum als auch für die zukünftige Laufzeit des Lohnvertrags, wenn sich Arbeitgeber im Arbeitsvertrag die Anrechnung übertariflicher Zulagen „auf kommende Lohnerhöhungen“ vorbehalten hat**

BGB §§ 133, 157

**Eine arbeitsvertragliche Vereinbarung, nach der übertarifliche Zulagen auf „kommende“ Lohnerhöhungen anrechenbar sind, beschränkt das Anrechnungsrecht des Arbeitgebers auf den Zeitraum bis zur erstmöglichen Umsetzung der Erhöhung.**

► (BAG-Urteil vom 17. 9. 2003 – 4 AZR 533/02)

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte tarifvertragliche Lohnerhöhungen in den Jahren 1999 und 2000 sowie Januar 2001 wirksam auf übertarifliche Zulagen des Klägers hat anrechnen können.

Der Kläger trat am 5. 2. 1985 in die Dienste der D Spedition GmbH. In dem schriftlichen Formulararbeitsvertrag der damaligen Arbeitsvertragsparteien, der auch zwischen den Parteien gilt, ist bestimmt, dass „die Zahlung von übertariflichen Zulagen, Gratifikationen, Prämien u.ä. Zu-

wendungen im freien Ermessen des Arbeitgebers liegt und keinen Rechtsanspruch begründet, auch wenn die Zahlung wiederholt ohne den ausdrücklichen Vorbehalt der Freiwilligkeit erfolgt. Sie sind jederzeit ohne Einhaltung einer Frist widerrufbar und anrechenbar auf kommende Lohnerhöhungen“.

Die Beklagte führt nach mehreren Rechtsnachfolgen auf der Arbeitgeberseite das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fort. Zwischen den Parteien gelten kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit die Tarifverträge für das Speditions- und Transportgewerbe in Bayern.

In dem bis zum 30. 6. 1999 gültigen Lohnvertrags Nr. 21 vom 16. 6. 1998 für die gewerblichen Arbeitnehmer/-innen des Speditions- und Transportgewerbes in Bayern (LTV Nr. 21), nach dem der Tariflohn des Klägers nach Lohngr. 4 2.870 DM betrug, ist in § 5 bestimmt, dass „Allgemeine tarifliche Erhöhungen nur dann auf übertarifliche Zulagen angerechnet werden können, wenn dies dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber nach der Kündigung des Lohnvertrags, mindestens 2 Wochen vor Auslaufen des alten Lohnvertrags, in betriebsüblicher Weise bekannt gemacht wird“.

Diese Regelung ist auch in allen bisher nachfolgenden Lohnverträgen enthalten.

Das ArbG hat der Klage stattgegeben. Das LAG (Nürnberg – 4 Sa 929/01) hat sie abgewiesen. Die Revision des Klägers führte hinsichtlich der in der Revisionsinstanz angefallenen Ansprüche des Klägers zur teilweisen Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

► AUS DEN GRÜNDEN

I. . . . 1. b) Die Kürzung der übertariflichen Zulage durch ihre Verrechnung mit den Tariflohnerhöhungen per 1. 7. 1999 und 1. 7. 2000 durch die Beklagte ist nicht wirksam. Der Kläger