

Wertkonflikt von Rechtsanwälten und Richtern im Arbeitsrecht

Kurt Meier

Inhaltsübersicht

1.	Werte im Arbeitsrecht	72
2.	Die Moral der Juristen im allgemeinen und im Arbeitsrecht im besonderen.....	75
3.	Moraldilemmata von Rechtsanwälten im Arbeitsrecht	77
3.1.	Ausgangspunkt	77
3.2.	Mandate von Arbeitgebern.....	78
3.3.	Mandate von Arbeitnehmern.....	80
3.3.1.	Missbrauch von Schutzrechten.....	81
3.3.2.	Vertreten von privilegierten Arbeitnehmern auf Kosten anderer Mitarbeiter	82
3.3.3.	Konflikte bedingt durch die Persönlichkeit des Klienten	83
3.3.4.	Soziale Arbeitgeber.....	83
4.	Die Bewältigungsstrategien der Rechtsanwälte	84
4.1.	Ausschliessliche Vertretung von Arbeitnehmern.....	84
4.2.	Ausschliessliche Vertretung von Arbeitgebern.....	85
4.3.	Vertretung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern	85
5.	Moraldilemmata von Richtern im Arbeitsrecht	86
5.1.	Wertkonflikte von Richtern	86
5.2.	Bewältigungsstrategien der Richter.....	87
6.	Schlussbemerkung.....	88

Konflikte von Richtern und Rechtsanwälten bei der Berufsausübung werden in der juristischen Literatur und Praxis in der Regel unter den Gesichtspunkten der Befangenheit des Richters und der Interessenkollision des Rechtsanwaltes abgehandelt. Dabei liegt der Schwerpunkt auf dem Anspruch der Parteien auf einen unabhängigen und objekti-

ven Richter bzw. des Klienten auf einen Anwalt, der seine, und nur seine Interessen verfolgt. Bei dieser Sichtweise interessieren nicht die Ursachen der Entstehung eines Konfliktes und der Umgang der Justizpersonen damit, sondern allein die Tatsache eines Konflikts und die verfahrensrechtlichen Folgen, nämlich Ausstand des Richters oder Verbot der Mandatsführung durch den betroffenen Rechtsanwalt.

Bei den nachfolgenden Ausführungen soll für einmal – beschränkt auf das Gebiet des Arbeitsrechts – dem persönlichen Umgang von Richtern und Rechtsanwälten mit Wertkonflikten nachgegangen werden. Es interessiert wann, wo und weshalb es zu Wertkollisionen kommt, wie Richter und Rechtsanwälte damit persönlich umgehen und wie sich ihr Verhalten auf das Verfahren und letztlich auf die Rechtsprechung auswirkt. In diesem Sinne soll ein bescheidener Beitrag zur Transparenz der Rechtsprechung, der Justiz und ihres Umfeldes geleistet werden.

1. Werte im Arbeitsrecht

Wertkonflikte und Moraldilemmata von Rechtsanwälten und Richtern setzen Werte voraus. Somit gilt es als erstes, den Werten im schweizerischen Arbeitsrecht nachzugehen. Der zentrale und wichtigste Wert im Arbeitsrechts liegt unbestrittenermassen im Schutz der Arbeitnehmer und insbesondere auch der Arbeitnehmerinnen. Daneben gibt es auch weitere Werte des Arbeitsrechts, wie zum Beispiel die Vertragsfreiheit, die Ermöglichung von Wirtschaftswachstum, die Verhinderung von Arbeitslosigkeit, Arbeitsfrieden, Gleichstellung der Geschlechter, um die wesentlichsten zu nennen. Jeder Anwalt und Richter macht sich diese Werte – mehr oder weniger – zu seinem persönlichen Rechtsgewissen. Kommt er bei seiner Berufsausübung mit seiner Überzeugung in Konflikt, führt dies zu einem kleineren oder grösseren Dilemma, das es zu bewältigen gilt.

Im Rahmen der vorliegenden Abhandlung wird das zentrale Anliegen der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, der Schutz der Arbeitnehmer und der Arbeitnehmerinnen, zum Ausgangspunkt der Diskussion von Wertkonflikten bei der beruflichen Tätigkeit genommen. Dieser Schutzgedanke manifestiert sich im Arbeitsgesetz, dem privaten Arbeitsvertragsrecht und dem kollektiven Arbeitsrecht:

- Um der Ausbeutung und Verelendung der Arbeitnehmerschaft als Ausfluss einer hemmungslosen Wirtschaftsfreiheit Einhalt zu gebieten, entwickelte sich ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts das öffentliche Arbeitsschutzrecht, wie wir es heute im Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) und den dazu gehörenden Verordnungen kennen¹. Das Arbeitsgesetz regelt öffentlich-rechtlich insbesondere den Gesundheitsschutz, die Arbeits- und Ruhezeit und den Sonderschutz von weiblichen und jugendlichen Arbeitnehmern.
- Parallel zum Ausbau des öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzes entwickelte sich das private Arbeitsvertrag weg vom reinen Austauschvertrag hin zum Arbeitnehmerschutzvertrag. Die Prinzipien der formalen Rechtsgleichheit und der Vertragsfreiheit führten angesichts des faktischen Ungleichgewichts zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu untragbaren sozialen Verhältnissen. Der Arbeitsvertrag wurde im letzten Jahrhundert innerhalb des Vertragsrechts zum Sonderrecht mit zahlreichen zwingenden Schutzvorschriften zugunsten der Arbeitnehmerschaft². Zu den wichtigsten zwingenden Vorschriften des privaten Arbeitsvertragsrechts gehören die Bestimmungen zu Kündigung und Kündigungsschutz (Art. 336 ff. OR), Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung (Art. 324 OR), Ferienanspruch (Art. 329 OR), Konkurrenzverbot (Art. 340 OR). Die Zusammenstellung der zwingenden Bestimmungen zum Schutze des sozial schwächeren Arbeitnehmers findet sich in den Art. 361 und 362 OR.
- Im weiteren ist auch das kollektive Arbeitsrecht (Art. 356 ff. OR), das sich in der Schweiz ausgehend von den Lehren Philipp Lotmars³ beispielhaft entwickelte, Ausdruck des Schutzgedankens.

¹ HANS PETER TSCHUDI, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985, S. 4 ff.; FRANK VISCHER, Entwicklungen des Arbeitsrechts in der Schweiz, in: THOMAS GEISER (Hrsg.), Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts, Bern 1998, S. 252 ff.

² MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, S. 22; KURT MEIER, Das beste Gesetz, das wir haben, in: 96 Jahre ZGB, Festschrift Plädoyer, Zürich 2003, S. 162.

³ PHILIPP LOTMAR, Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht, Gesammelte Schriften, hrsg. von MANFRED REHBINDER, Bern 1991, S. 20 und 77.

Durch den Gesamtarbeitsvertrag soll das Machtgefälle zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern durch das Kollektiv, die Gruppenmacht ausgeglichen werden⁴.

Auch wenn der Arbeitnehmerschutz ein historisch gewachsener, erst-rangiger und breit anerkannter Wert ist, der allgemeinem Gerechtigkeitsempfinden entspricht, schliesst die Verfolgung und Verwirklichung dieses Schutzes Wertkonflikte für Rechtsanwälte und Richter nicht einfach aus. Im konkreten Fall können verschiedene andere Werte des Arbeitsrechts, insbesondere aber die persönlichen Gerechtigkeitsvorstellungen des Richters oder Rechtsanwaltes damit in Konflikt geraten. Als Beispiele seien aufgeführt:

- Die Vertragsfreiheit, die Wirtschaftsfreiheit oder ganz allgemein die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers.
- Der Erhalt von Arbeitsplätzen.
- Der Arbeitsfrieden.
- Die Verurteilung von Rechtsmissbrauch.
- Das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Betrieb und Gesellschaft (Sozialkapital).
- Zufriedenheit des Klienten, professionelle Erfüllung des Mandats, Ruf des Anwalts, Standesregeln, Achtung der Gegenpartei.

Nachfolgend soll nun der Versuch gemacht werden, der Frage nachzugehen, in welchen Situationen Konflikte mit dem Wert Arbeitnehmerschutz manifest werden und wie Rechtsanwälte und Richter damit umgehen, welche Strategien entwickelt werden, um ein Dilemma auszuhalten, es erträglich zu gestalten oder ihm auszuweichen.

⁴ WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Kollektives Arbeitsrecht, Zürich 2004, S. 4.

2. Die Moral der Juristen im allgemeinen und im Arbeitsrecht im besonderen

Ein Moraldilemma setzt eine Moral der Personen voraus, die sich mit der Sache befassen. Im Arbeitsrecht sind dies der Gesetzgeber, Arbeitgeber, Arbeitnehmer und eben insbesondere Rechtsanwälte und Richter, welchen vorliegend die Aufmerksamkeit gehört. Haben Juristen überhaupt eine Moral oder ist ihnen ein an Werten orientiertes Denken und Handeln völlig fremd? Ein – allerdings abtrünniger – Fachkollege, nämlich Martin Luther, sprach den Juristen moralisches Handeln schlichtweg ab: "Die endliche Ursache, darum ihr zu Juristen werdet und Jura studiret, ist das Geld, dass ihr reich werdet" oder "Die Schinder schinden tote Tiere, die Juristen aber lebendige Leute"⁵. Das auch heute noch weit verbreitete Misstrauen gegenüber den "Rechtsverdrehern und Paragraphenreitern", zeigt, dass die Einschätzung Luthers auch nach 500 Jahren immer noch in den Köpfen der dem Recht Ausgelieferten herumgeistert.

Um die vorliegende Abhandlung nicht einem vorzeitigen Ende zuzuführen, müssen wir davon ausgehen, dass Luthers Standpauke bei den Juristen doch nicht ganz ohne Wirkung geblieben ist, und wir unterstellen den nachfolgenden Ausführungen die Existenz von an Werten orientierten, moralischen denkenden Richtern und Rechtsanwälten, die ihre Gerechtigkeitsvorstellungen auch in Verfahren und Urteil einbringen⁶. Daran schliesst sich jedoch gleich die nächste Frage an, nämlich wie ergiebig das Arbeitsrecht hinsichtlich einer Moraldilemmadiskussion überhaupt ist. Im Vergleich zum Straf- oder Familienrecht erscheinen auf den ersten Blick die möglichen Wertkonflikte für den Juristen im Arbeitsrecht weniger dramatisch. Im Straf- und Familienrecht geht es häufig um existenzielle Konflikte, denken wir an die Verteidigung von Terroristen oder an die Probleme der Kinderzuteilung im strittigen Scheidungsverfahren. Bei der abhängigen Lohnarbeit hat sich seit der ersten Zeit der Industrialisierung und den Auswüchsen des

⁵ MARTIN LUTHER, zitiert nach BERND RÜTHERS, Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Zürich 1993, S. 37.

⁶ HANS PETER WALDER, Psychologie und Recht aus der Sicht eines Richters, in: SCHMID/TERCIER (Hrsg.), Psychologie und Recht, Zürich 2000, S. 49.

Frühkapitalismus dagegen doch einiges geändert. Der allgemeine Lebensstandard hat sich massiv erhöht und die wirtschaftliche Zwangslage der Arbeitnehmer ist heute weit weniger erdrückend. Zudem gewährleisten Gesetz und Gesamtarbeitsvertrag einen weitreichenden Ausgleich des Machtgefälles zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Dennoch wäre der Einwand, im heutigen Arbeitsrecht gehe es ausschliesslich um einen pekuniären Verteilungskampf über dem Existenzminimum und eine Moraldilemmadiskussion sei daher wenig angebracht, allzu oberflächlich. Moral und Werte, die dem Arbeitsrecht zugrunde liegen, und die Folgen bei Nichtbeachtung im täglichen Rechtsleben dürfen nicht unterschätzt werden. Die derzeitige Debatte um die "Abzockerlöhne der Versicherungs- und Bankmanager" und deren Auswirkung auf die Arbeitsmoral der übrigen Arbeitnehmer ist ein Beispiel dafür. Zudem sind finanzielle Probleme, zum Beispiel verursacht durch eine Entlassung, nicht selten Ausgangspunkt vieler Tragödien am Arbeitsplatz oder innerhalb einer Familie. Das Arbeitsverhältnis kann zudem nicht nur auf Lohnfragen reduziert werden. Häufig sind die personenbezogenen Elemente (Treue- und Fürsorgepflicht, Mobbing) und die Bedeutung der Arbeit für Persönlichkeit und Selbstachtung des Arbeitnehmers gewichtiger. Viele Formen von Aggression und Selbstzerstörung haben ihre Wurzeln in arbeitsrechtlichen Konflikten, denken wir an die Erschiessung des Chefs durch den unzufriedenen, entlassenen Arbeitnehmer oder die Flucht in Invalidität oder Suizid. So berichtete der "Beobachter" im letzten Jahr von einem entlassenen und mit einem Konkurrenzverbot belegten Arbeitnehmer, der vom Arbeitgeber und dessen Anwälten gleichsam in den Suizid prozessiert wurde⁷. Zu erwähnen sind auch physische Schäden durch gesundheitsgefährdende Tätigkeiten (Asbest) oder das Vertuschen der Spuren von Arbeitsunfällen. Für an Moral orientiertem Handeln und Moraldilemmata im Arbeitsrecht von Rechtsanwälten und Richtern scheint es somit genügend Stoff und Anlass zu geben. Dass auch der Gesetzgeber und die Parteien des Arbeitsvertrages Wertkonflikten ausgesetzt sind, sei hier der Vollständigkeit wegen erwähnt, auf diese Problematik wird jedoch nicht eingegangen.

7

Beobachter Nr.03/2004, Arbeitsstreit, Selbstmord aus Verzweiflung.

3. Moraldilemmata von Rechtsanwälten im Arbeitsrecht

3.1. Ausgangspunkt

Nachdem wir als zentralen Wert des Arbeitsrechts den Schutz der schwächeren Vertragspartei, des Arbeitnehmers, ausgemacht haben, überrascht es nicht, dass an erster Stelle der anwaltlichen Dilemmadiskussion im Arbeitsrecht immer die Frage steht, ob es ethisch überhaupt zu verantworten sei, Arbeitgeber generell und in Gerichtsverfahren im besonderen zu vertreten. Im Verband der Demokratischen Juristen der Schweiz, zirkulierte vor Jahren ein Arbeitspapier für einen Ehrenkodex sozial engagierter Anwälte, worin die Vertretung von Arbeitgebern als verpönt aufgeführt wurde. Als weitere verpönte oder zumindest kritische Mandate wurden genannt: Die Vertretung von Vermietern, von Versicherungen in Haftpflichtfällen, von Vergewaltigern. Zum allgemeinen Massstab für Annahme oder Ablehnung eines Mandats wurde der Grundsatz erhoben, dass generell nur der Schwächere gegenüber dem Stärkeren vertreten werden soll. Ein Grundsatz der im Bereich des Strafrechts, wo sich Staat, Täter und Opfer gegenüberstehen, zur weiteren Diskussion führte, ob die Täter überhaupt als schwächere Partei bezeichnet werden können bzw. dass bei gewissen Delikten nicht die Konstellationen Strafverfolgungsbehörde / Täter massgebend sein könne, sondern Täter/Opfer, wo das Opfer eindeutig die schwächere Partei ist, womit ein Mandat als Strafverteidiger grundsätzlich abzulehnen sei. Im Arbeitsrecht ist wenigstens die Hierarchie undiskutabel.

Dass sich der Anwalt immer der schwächeren Partei zur Seite stellen soll, im Arbeitsrecht somit dem schutzbedürftigen Arbeitnehmer, ist unzweifelhaft eine erfolgreiche Strategie zur Verhinderung eines Moraldilemma bei der Interessenvertretung, da der Arbeitnehmer in der Regel auch tatsächlich die schwächere Partei ist, die angesichts ungerechtfertigter Forderungen bzw. Leistungsverweigerungen des Arbeitgebers Unterstützung benötigt. In welchen Fällen diese Strategie nicht zum gewünschten Ziel führt, soll später untersucht werden. Vorerst wollen wir uns den düsteren Anwälten zuwenden, welche nur oder auch Mandate von Arbeitgebern in Streitfällen gegen Arbeitnehmer führen. Es interessiert, welchen Konflikten und Dilemmata diese Anwälte ausgesetzt sein können.

3.2. Mandate von Arbeitgebern

In diesen Fällen steht der Anwalt bereits bei der Mandatsübernahme vor der Frage, ob er die mächtigere Vertragspartei überhaupt vertreten soll. In vielen Fällen wird sich der Arbeitgeberanwalt mit der Mandatsübernahme einem grösseren oder kleineren Moraldilemma aussetzen. Denken wir an folgende Fälle:

- Vertreten einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung und Abwehr von Ersatzansprüchen.
- Vertreten einer missbräuchlichen Kündigung unter Ausnützung der Beweislast des Arbeitnehmers.
- Verweigerung der Bezahlung von Überstunden, obwohl geleistet aber für den Arbeitnehmer schwer beweisbar.
- Rechtliche Beratung, wie Arbeitnehmer am bequemsten und billigsten entlassen werden können, trotz gutem Geschäftsgang. Oder Instruierung einer Bank, deren CEO monatlich 1,6 Millionen Franken verdient, wie die Abschaffung kleiner Vergünstigungen der Mitarbeiter, wie übergesetzliche Kinderzulagen oder Beiträge an Krankenkassenprämien, rasch und rechtlich korrekt durchgesetzt werden können.
- Mithilfe beim Bestreiten von Umständen, die zu einem Betriebsunfall oder einer Berufskrankheit geführt haben.
- Durchsetzen eines Konkurrenzverbotes, obwohl für den Arbeitgeber nicht existenzbedrohend.
- Entlassung eines kranken Arbeitnehmers, bestreiten der Arbeitsunfähigkeit.

Die Beispiele könnten noch beliebig erweitert werden. Gemeinsam ist ihnen, dass der Arbeitgeber als übermächtige Vertragspartei seinen Anwalt beauftragt, gegen einen sich in einer schwierigen Situation befindenden Arbeitnehmer vorzugehen. Wenn dabei der Rechtsstandpunkt des Arbeitgebers zusätzlich fragwürdig ist oder der Gegenanwalt nicht zu den Fähigsten gehört und Fehler begeht, macht dies die Sache auch nicht besser. Der Arbeitgeberanwalt gerät in solchen Fällen mit

grosser Wahrscheinlichkeit in ein Dilemma, wenn er den "ungerechten" Standpunkt seines Klienten mit seinem gesamten materiellen und formellen Sachwissen zum Durchbruch verhelfen soll. Allenfalls ist für ihn auf der anderen Seite die Aufgabe, einem aussichtslosen und ungerechten Standpunkt zum Sieg zu verhelfen, und sich damit einen Ruf als "Staranwalt" oder ein gutes Honorar zu erwerben, eine Herausforderung und wichtiger als der finanzielle Schaden der Gegenpartei (Jeder Anwalt kennt die besondere Genugtuung bei Obsiegen in einer als aussichtslos eingeschätzten Sache). Es ist aber auch denkbar, dass zum Beispiel die Pflicht zur Bezahlungen von ausgewiesenen Überstunden (und mögliche Folgeprozesse) einen nicht finanzstarken Arbeitgeber in Not bringen können, sodass der Betriebserhalt über die gerechtfertigten finanziellen Ansprüche eines einzelnen Arbeitnehmers gestellt wird.

Der Rechtsanwalt muss sich selbstverständlich einer Instrumentalisierung zum Ungerechten nicht einfach ergeben. Im Rahmen der vorprozessualen Beratung, kann er den Arbeitgeber auf die fehlende Anspruchsgrundlage oder die Prozessrisiken hinweisen und ihm von einer gerichtlichen Auseinandersetzung abraten. Ein erfolgreiches aber ungerechtes Prozessieren kann in einem Betrieb auch viel Sozialkapital zerstören, sodass unter diesem Gesichtspunkt ein Prozess nicht ratsam ist. In vielen Fällen wird der Klient dem Rat des Anwalts folgen, und dieser ist sein Dilemma los.

Bei allen Rechtsstreitigkeiten ist ausserdem zu berücksichtigen, dass die meisten Fälle nicht so "schwarz-weiss" sind, wie oben geschildert. Es gibt in der Regel viele Grautöne, wo Recht und Unrecht ineinander übergehen. In diesen Fällen bleibt der Arbeitgeberanwalt darauf zurückgeworfen, dass er die mächtigere, zumeist auch die reichere Partei gegen einen schwachen Arbeitnehmer vertreten muss. Dies kann bei ihm ein Dilemma auslösen und dazu führen, dass der Anwalt (nicht nur, aber häufig in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten) gegenüber einer offensichtlich schwachen oder hilflosen Gegenpartei Mitleidgedühle entwickelt, wobei ein unsympathischer eigener Klient die Situation in der Regel nicht besser macht. Der Anwalt wird in diesen Fällen einen Vergleich anstreben oder sein hartes Vorgehen mit konkurrierenden Werten, die je nach Falllage verschieden sein können, vor sich recht-

fertigen. Häufig wird zusätzlich zu folgenden fallübergreifenden Rechtfertigungsargumenten Zuflucht genommen:

- Der Arbeitnehmerschutz im heutigen Recht ist zu stark ausgebaut und schränkt den Arbeitgeber in seinen unternehmerischen Entscheiden zu stark ein.
- Die Arbeitsgerichte stehen tendenziell immer auf der Seite der Arbeitnehmer, gewinnt ein Arbeitgeber vor Gericht ist er sicher zu 200% im Recht.
- Das materielle Arbeitsrecht und das Prozessrecht (Offizialmaxime) schützen den Arbeitnehmer angemessen und das Resultat wird ein gerechtes Urteil sein.
- Es geht nur um Geld. Verliert der Arbeitnehmer, trägt ihn das soziale Netz (Arbeitslosenversicherung, Invaliditätsversicherung etc), das auch die Arbeitgeber massgebend mitfinanzieren.
- Für nicht voraussehbare Folgen (Suizid, Invalidität) trifft Anwalt und Arbeitgeber kein adäquat kausales Verschulden⁸.

Überlassen wir nun die Arbeitgeberanwälte ihrem guten oder schlechten Gewissen und wenden wir uns den Anwälten der Arbeitnehmer zu.

3.3. Mandate von Arbeitnehmern

Das Prinzip, in Arbeitsstreitigkeiten ausschliesslich Mandate von Arbeitnehmern zu übernehmen, ist wie erwähnt eine erfolgreiche Strategie zur Vermeidung von Moraldilemmata. Mit dieser Klientenauswahl ist sichergestellt, dass sich der Anwalt in einem Verfahren nie gegen einen schwachen Arbeitnehmer wenden muss. Er kann mit reinem Gewissen prozessieren, weil er den Arbeitnehmerschutz auf seiner Seite weiss. Er kommt er in der Regel mit dem Grundsatz, dass der Stärkere gegen

⁸ So zum Beispiel die Ausführungen des Arbeitgeberanwaltes in Beobachter Nr. 03/2004: "Und die Fragen des Beobachters lässt er von seinem Anwalt wie folgte beantworten: Herr S. fühlt sich für den Freitod von Herrn G in keiner Art und Weise verantwortlich".

den Schwächeren nicht unterstützt werden soll, nicht in Konflikt. Der Anwalt ist tendenziell immer auf der richtigen oder mindestens besseren Seite, wenn er gegen eine missbräuchliche oder fristlose Entlassung ankämpft, für Sozialplanleistungen streitet oder Lohnzahlung während der Krankheit des Arbeitnehmers verlangt.

Entledigt sich der Anwalt aber tatsächlich aller Moraldilemmata, wenn er nur Arbeitnehmer vertritt? Gehen wir bei dieser Frage etwas in die Tiefe, stellen wir bald einmal fest, dass dem keinesfalls so ist. Im Gegenteil die Gewissenskonflikte des Arbeitnehmeranwaltes können sehr heftig werden, wenn er feststellen muss, dass er als vermeintlicher Kämpfer für die gerechte Sache plötzlich auf der Seite des Unrechts, mindestens nicht zweifellos auf der Seite der Gerechtigkeit steht. Ein solches Dilemma hat unter anderem den bekannten deutschen Rechtsanwalt Harry von Duckwitz zur Aufgabe des Rechtsanwaltsberufes und zum Eintritt in den diplomatischen Dienst bewogen. Ausschlaggebend bei dieser Entscheidung war die Erstreitung einer Abfindung von 12'000 Mark für eine schlampige Kassiererin gegen einen freundlichen Arbeitgeber, dem bei der Kündigung ein dummer Formfehler unterlaufen war⁹. Nachfolgend soll ernsthaft versucht werden einige weitere solcher Konstellationen zu beschreiben.

3.3.1. Missbrauch von Schutzrechten

Wir haben dargelegt, dass das Arbeitsrecht voller Schutzbestimmungen zugunsten der schwächeren Vertragspartei, dem Arbeitnehmer, ist. Eine davon ist die Lohnzahlung und der Kündigungsschutz bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit, insbesondere Krankheit. Im Falle einer Krankheit ist eine Kündigung ungültig bzw. die Kündigungsfrist wird verlängert (Art. 336c OR). Es liegt auf der Hand, dass mit dieser Bestimmung auch Missbrauch getrieben werden kann (Stichwort Gefälligkeitszeugnisse)¹⁰. Der Anwalt steht dabei vor der Frage, ob er sich in einem solchen Fall mit seinem ganzen Gewicht hinter die Position

⁹ JOSEPH VON WESTPHALEN, Im diplomatischen Dienst, 8. Aufl., München 2002, S. 10 und 28.

¹⁰ CHRISTOPH SCHÖNENBERGER, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, S. 2.

seines Klienten stellt oder nicht. Für das eine spricht der Umstand, dass im schweizerischen Arbeitsrecht der Kündigungsschutz so kläglich ist, dass sich jeder Trick zur Abwendung oder Verzögerung einer Entlassung rechtfertigt, für die andere Seite, dass durch Missbrauch von Schutzrechten Vertrauen und Sozialkapital vernichtet wird, ohne dass geregelte Arbeitsbeziehungen nicht bestehen können.

Missbrauchsmöglichkeiten von Schutzrechten können um folgende Beispiele erweitert werden:

- Die Schwangere, die genau weiss, dass sie nach Ablauf der Schutzfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. c) die Arbeit nicht wieder aufnehmen wird, den Arbeitgeber darüber aber im ungewissen lässt.
- Der mit einem Konkurrenzverbot belegte Arbeitnehmer (Art. 340c Abs. 2 OR), der bewusst auf eine Kündigung hinarbeitet, um das Konkurrenzverbot zu umgehen.
- Ausnützen von Schädigungspotential (Verbreiten von betriebsinternen Vorgängen, Behaupten von sexueller Belästigung, Einschalten der Presse etc.) zur Erreichung von Vorteilen.

Auch bei diesen Beispielen gibt es selbstverständlich immer wieder "Grautöne". Dennoch stellt sich für den Anwalt die Frage, wie weit er in der Vertretung der Interessen seines Klienten gehen kann und wo die Grenzen liegen. Nicht jedes Vorgehen kann damit gerechtfertigt werden, dass der Arbeitnehmer die schwächere Partei ist, der Arbeitnehmerschutz zu wenig ausgebaut ist oder der Arbeitgeber über genügend finanzielle Ressourcen verfügt.

3.3.2. Vertreten von privilegierten Arbeitnehmern auf Kosten anderer Mitarbeiter

Die Vertretung von Arbeitnehmern mit Spitzensalären kann unter moralischen Gesichtspunkten nicht immer unproblematisch sein. Die Rechtfertigung mit der schwachen und unterstützungsbedürftigen Partei lässt sich dabei in den wenigsten Fällen aufrechterhalten. Zudem können mit der Vertretung negative Folgen für die "einfachen" Arbeitnehmer verbunden sein. Zu denken ist dabei am Mandate zur Durch-

setzung eines Millionenbonus oder einer Millionenabfindung, bei denen der Grundsatz der Lohngerechtigkeit nur bedingt auf der Seite des fordernden Arbeitnehmers steht. In eine ungemütliche Situation kann der Anwalt auch bei der Vertretung von Arbeitnehmern mit Spitzensalären in Kollokationsverfahren (Art. 244 ff. SchKG) geraten, wenn sich dies bei ungenügender Konkursmasse zulasten der Kleinverdiener auswirkt.

Auch in solchen Fällen steht der Arbeitnehmeranwalt häufig vor der Gewissensfrage ob er auf der gerechten Seite steht. Eine Gewissensfrage, die durch den Umstand, dass er vielleicht endlich einmal einen gutzahlenden Klienten hat, nicht einfacher gemacht wird.

3.3.3. Konflikte bedingt durch die Persönlichkeit des Klienten

Darunter fällt die Vertretung des entlassenen Personalchefs, der dafür bekannt ist, dass er während seiner Tätigkeit seinen Angestellten nie ein Jota entgegengesehen ist. Zwar sind die meisten, aber leider nicht alle Arbeitnehmer Engel. Schlingel zu vertreten, kann oft nicht einfach sein. Denken wir weiter an den Versicherungsdirektor, der entlassen wird, weil er nebenbei einen zwielichtigen Saunaclub betreibt; oder den Vermögensverwalter einer Bank, der das Ersparte von Kleinanlegern verspekuliert hat. Auch bei der Vertretung eines wegen sexueller Übergriffe in Bedrängnis geratenen Personalchefs wird der moralisch denkende und handelnde Anwalt "Ladehemmungen" entwickeln.

3.3.4. Soziale Arbeitgeber

Auch Arbeitgeber und Arbeitgeber sind nicht gleich. Die Vertretung eines Arbeitnehmers gegenüber einer sozialen Institution kann für den Anwalt zum Konflikt werden, wenn die Forderung für die Institution zu einem existenziellen Problem wird oder auf Kosten der gemeinnützigen Tätigkeit des Arbeitgebers geht. Mit diesen Problemen kann der Anwalt im Rahmen eines Gerichtsverfahrens konfrontiert werden, aber auch ausserhalb, zum Beispiel beim Verhandeln über einen Gesamtarbeitsvertrag oder einen betrieblich sinnvollen Lohnabbau. Die Beru-

fung auf den Rechtfertigungsgrund des Vertretens des schwächeren, schutzbedürftigen Arbeitnehmers versagt auch in solchen Fällen häufig.

4. Die Bewältigungsstrategien der Rechtsanwälte

Bei der Beschreibung möglicher Konflikte haben wir bereits auf verschiedene Bewältigungsstrategien hingewiesen. Nachfolgend soll noch eine Typisierung der Anwälte und deren Strategien versucht werden. Bei der bewusst holzschnittartigen Aufzählung, sind drei Kategorien auszumachen: Der Anwalt der nur Arbeitnehmer, der Anwalt der nur Arbeitgeber und der Anwalt der sowohl als auch vertritt.

4.1. Ausschliessliche Vertretung von Arbeitnehmern

Mit dem Entscheid, ausschliesslich Arbeitnehmer zu vertreten, entledigt sich der Anwalt vieler Konflikte auf einfache und bequeme Weise. Kommt es dennoch zu einem Dilemma, ist zu unterscheiden zwischen einer harten und einer weichen Linie.

Der "fundamentalistische" Anwalt stellt sich auf den Standpunkt, dass der Arbeitnehmer trotz allem immer die schwächere Partei ist und daher gegenüber dem Arbeitgeber in jeder Situation zu unterstützen ist. Dies gilt umso mehr, als der schweizerische Arbeitsrecht (schwacher Kündigungsschutz) ausgesprochen arbeitgeberfreundlich ist. Abgesehen davon geht es in Arbeitsstreitigkeiten in der Regel nur um einen finanziellen Ausgleich, bei dem sich der Anwalt kein Gewissen machen muss, wenn der mächtige Arbeitgeber einmal auch zu unrecht zu einer Zahlung verpflichtet wird, denn die Arbeitnehmer ziehen nur allzu oft den Kürzeren. Eine allfällige Konfliktsituation wird in der Gewissheit, grundsätzlich auf der richtigen Seite zu stehen, ausgestanden und ausgehalten.

Der "gemässigt fundamentalistische" Anwalt dagegen sucht in den geschilderten Konfliktsfällen häufiger nach Vermittlung durch Vergleich. Nicht selten wird sich der Anwalt in kritischen Fällen innerlich von der Position seines Klienten distanzieren, vertritt ihn zwar professionell aber ohne Engagement und überlässt den Entscheid im Wesentlichen dem Gericht. In extremen Fällen wird der Anwalt das Mandat niederlegen bzw. überhaupt nicht annehmen.

4.2. Ausschliessliche Vertretung von Arbeitgebern

Es kommt kaum vor, dass Anwälte aus moralischen Gründen nur Arbeitgeber vertreten, wenn überhaupt, dann hat ein solcher Entscheid wohl am ehesten finanzielle Gründe. Dass es im Übrigen bei einer ausschliesslichen Vertretung von Arbeitgebern häufig zu einer Kollision mit dem Grundwert des Arbeitnehmerschutzes kommen kann, liegt auf der Hand. Das Leiden an diesem Konflikt wird nur durch ein sicheres und gutes Honorar gelindert, was unter Umständen zu einem weiteren Moraldilemma führt. Moral und Honorar sind aber ein weiteres, weites Feld, auf das wir uns im vorliegenden Beitrag nicht einlassen wollen.

4.3. Vertretung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern

Es existieren keine Statistiken, aus Erfahrung darf aber angenommen werden, dass die überwiegende Anzahl von Rechtsanwälten sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer vertritt.

Bei der Vertretung von Arbeitnehmern stellen sich ihnen die bereits geschilderten Konflikte.

Der Bewältigungsaufwand als Anwalt eines Arbeitgebers besteht in erster Linie darin, die Schmach der Vertretung der stärkeren Partei an sich zu rechtfertigen. Auf die gängigsten Rechtfertigungen wurde auch hier bereits hingewiesen. In extremen Fällen bieten sich selbstverständlich auch für den Anwalt eines Arbeitgebers die Verweigerung oder Niederlegung des Mandates an.

Daneben gibt es aber noch eine Anzahl weiterer, interessanter Strategien zur Bewältigung oder Verarbeitung kleinerer oder grösserer Moraldilemmata. Eine davon ist die Berufung auf Ausgewogenheit und Unparteilichkeit, indem gleichzeitige Mandate von Arbeitnehmern gleichsam als Wiedergutmachung für die Vertretung von Arbeitgebern dienen, und das allenfalls damit verbundene schlechte Gefühl zu mildern helfen. Vereinzelt werden für Arbeitnehmer Mandate sogar unentgeltlich geführt oder es wird aus den Honoraren gut zahlender Arbeitgeber ein "Fonds" gespiesen, mit dem dann ausgewählte Arbeitnehmermandate subventioniert bzw. unentgeltlich geführt werden.

5. Moraldilemmata von Richtern im Arbeitsrecht

5.1. Wertkonflikte von Richtern

Richter können weder zwischen der Interessenvertretung von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern auswählen, noch können sie Mandate verweigern oder niederlegen. Sie können sich höchstens befangen erklären oder krankschreiben lassen. Insofern sind die Richter bei der Bewältigung von Wertkonflikten gegenüber den Rechtsanwälten klar benachteiligt. Der Fluchtweg der Mandatsniederlegung ist ihnen versperrt, es bleibt ihnen bestenfalls die Flucht durch das Fenster des Gerichtssaales, wie seinerzeit dem Dorfrichter Adam im Fall des zerbrochenen Kruges¹¹.

Auch bezüglich der Wertkonflikte stellt sich die Situation bei Richtern unterschiedlich dar. Der Missbrauch von Schutzrechten wird den Richter kaum in ein Dilemma bringen, denn entweder erkennt er den Missbrauch nicht oder schützt den Rechtsmissbrauch in seinem Urteil nicht. Der Richter muss sich auch in keiner Art und Weise mit den Ansprüchen der Parteien identifizieren, wie dies jeder Anwalt bei aller Distanz zu seinem Klienten eben doch mehr oder weniger tut und tun muss, woraus sich schwierige Konfliktsituationen ergeben können. Der Richter identifiziert sich nicht mit Ansprüchen, sondern urteilt über die Ansprüche. Allerdings ist einzuräumen, dass auch Richter nicht frei von allen Gefühlen sind, und auch sie Sympathien und Antipathien gegenüber Parteien entwickeln können. Dabei kann es auch für einen Richter sehr belastend werden, wenn er aus formalen oder rechtlichen Gründen einem hochanständigen Arbeitnehmer gegenüber einem querulatorischen Arbeitgeber keinen Rechtsschutz zu geben vermag.

Moraldilemmata für den Richter im Arbeitsrecht ergeben sich jedoch am häufigsten bei einem Konflikt zwischen dem Gesetz oder der höchstrichterlichen Rechtsprechung und den eigenen Werten und Vorstellungen des Richters¹². Richter haben die von der Legislative vorgelegten Erlasse anzuwenden, unabhängig davon, ob ihnen persönlich

¹¹ HEINRICH VON KLEIST, *Der zerbrochene Krug*, Reclam 2001, S. 75.

¹² REVITAL LUDEWIG-KEDMI, *Moraldilemmata von Richtern*, Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie, 1/2004, S. 6.

die jeweiligen Gesetzesbestimmungen behagen oder nicht¹³. Dies kann angesichts des schwachen Kündigungsschutzes (Art. 336 ff. OR)¹⁴ bei der Beurteilung von Kündigungen der Fall sein, bei der Abweisung einer Überstundenforderung (Art. 321 c OR) mangels Beweisbarkeit oder dem Eintritt der Verjährung, bei der Bestätigung eines Konkurrenzverbotes ohne Entgelt (Art. 340 OR), der kurzen Lohnzahlungspflicht bei Krankheit Art. 424 a OR), um nur einige Beispiele zu nennen.

5.2. Bewältigungsstrategien der Richter

Neben unbeteiligter Routine, Resignation, Zynismus oder Alkoholismus gibt es für Richter auch positive Strategien, mit einem Moraldilemma umzugehen. Im Vordergrund steht dabei auch für den Richter das Hinarbeiten auf einen Vergleich, der zu einem möglichst ausgeglichenen Ergebnis führen soll. Auch die Beweiswürdigung (zum Beispiel bei den Umständen, die zu einer fristlosen Entlassung geführt haben) ist ein Bereich, wo der Richter bis an die Grenzen der Willkür die Möglichkeit hat, seinen persönlichen Wertvorstellungen im konkreten Fall nachzuhelfen. Denkbar und dankbar ist auch die Ausnützung des richterlichen Ermessens zugunsten der schwächeren Vertragspartei. Das kann sich ausdrücken in einer hohen Pönalentschädigung bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung (Art. 337 c Abs. 3 OR) oder einer hohen Genugtuung bei Verletzung der Fürsorgepflicht, bei einer sexuellen Belästigung (Art. 328 OR). Ein weiteres Instrument ist das bewusste Missachten einer als falsch empfundenen höchstrichterlichen Rechtsprechung oder die richterliche Lückenfüllung im Rahmen von Art. 1 und 2 ZGB¹⁵. Es soll an dieser Stelle keine Abhandlung zu Lehre und Rechtsprechung der Lückenfüllung folgen, sondern es sei als praktisches Beispiel auf den Beitrag von Manfred Rehbinder in der Fest-

¹³ PETER ALBRECHT, *Die persönliche Einstellung des Richters zum Gesetz als dominierender Faktor der Urteilsfindung*, ZStrR 2003, S. 336.

¹⁴ KURT MEIER, a.a.O., S. 163.

¹⁵ ARTHUR MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, Art. 1 ZGB, N 270 und 271.

schrift Berenstein¹⁶ hingewiesen. Darin legt Rehbinder dar, dass entgegen dem vermeintlich klaren Wortlaut des Gesetzes auf Grund von Auslegung und Lückenfüllung, ein Konkurrenzverbot ohne Karenzentschädigung ungültig ist und nicht vereinbart werden kann. Seine Hoffnung, dass "eine jüngere Generation auf Richtersthühlen"¹⁷ sich diese Auffassung zu eigen machen werde, hat sich allerdings bis heute nicht erfüllt. Die Gefahr eines entfesselten Richterstandes, der mit dem Arbeitsrecht eine eigene Sozialpolitik betreibt, scheint in der Schweiz nicht gross zu sein¹⁸. Nicht unerwähnt bleiben darf in diesem Zusammenhang auch der von Richtern in Urteilen vereinzelt angebrachte Appell an den Gesetzgeber zur Gesetzesänderung, wenn auf Grund eines unbefriedigenden Ergebnisses eines Urteils auf einen Handlungsbedarf des Gesetzgebers geschlossen wird.

6. Schlussbemerkung

Die Ausführungen haben gezeigt, dass das Arbeitsrecht (von extremen Ausnahmefällen abgesehen) kaum das Hauptgebiet ist, wo sich Rechtsanwälte und Richter häufig mit schwersten Moraldilemmata konfrontiert sehen, die ihnen Schlaf und gutes Gewissen rauben. Dies hat sicher damit zu tun, dass in der Schweiz auch die Arbeitnehmer in relativem Wohlstand leben, dass die Arbeitsrechtsgesetzgebung dem Arbeitnehmer in den existenziellen Rechten Schutz gewährt und dass es letztlich bei Konflikten häufig "nur" um einen finanziellen Ausgleich auf relativ hohem Niveau geht. Es leuchtet daher ein, dass Rechtsanwälte und Richter schwergewichtig im Straf- und Familienrecht den Umgang mit belastenden Moraldilemmata diskutieren. Es wäre jedoch grundfalsch das Arbeitsrecht (und auch andere Rechtsgebiete, wie zum Beispiel das Mietrecht oder das Schuldbetreibungsrecht) vollständig von der Diskussion um die Wertkonflikte auszuklammern. Auch das Handeln als Rechtsanwalt oder Richter im Arbeitsrecht kann im Ex-

tremfall zu grössten, im Normalfall zu vielen kleinen Tragödien führen. Es lohnt sich deshalb, auch im Arbeitsrecht Wertkonflikte und den Umgang damit sorgfältig zu hinterfragen, mit Ziel einer Rechtsordnung vor Augen, die dem Ideal der Gerechtigkeit möglichst nahe kommt. Denn "Recht ist Wille zur Gerechtigkeit"¹⁹, auch im Arbeitsrecht.

¹⁶ MANFRED REHBINDER, Gegenstand und Voraussetzung des vertraglichen Konkurrenzverbots im Arbeitsrecht, in: *Mélanges Alexandre Berenstein*, Lausanne 1989, S. 285 ff.

¹⁷ MANFRED REHBINDER, ebd. S. 299.

¹⁸ PETER ALBRECHT, a.a.O., S. 345.

¹⁹ GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 327.