

# Inhaltsübersicht

Die verständigen Arbeitsvertragsparteien	23
A. Einleitung und Gang der Darstellung	23
B. Einordnung der Rechtsfiguren durch Rechtsprechung und Literatur	25
I. Einordnung der Rechtsfiguren durch das BAG	25
II. Einordnung der Rechtsfiguren durch die arbeitsrechtliche Literatur	32
C. Rechtsprechungsanalyse	43
I. Beschreibung des Analysevorgehens	43
II. Analyseergebnisse	47
III. Kritische Würdigung der Analyseergebnisse	120
D. Rechtsbereichsübergreifende Untersuchung der verständigen Betrachtung	168
I. Allgemeines Zivilrecht – der verständige Rechtsgenosse	169
II. Privates Nachbarrecht – der verständige Durchschnittsmensch	183
III. Arzthaftungsrecht – der verständige Patient	190
IV. Kapitalmarktrecht – der verständige Anleger	196
V. Generelle Schlussfolgerungen für die verständige Betrachtung	202
E. Rechtsvergleichende Untersuchung der „reasonable person“ im US-amerikanischen Recht	205
I. Anknüpfungspunkte für den Rechtsvergleich	205
II. Grundlagen der „reasonable person“ und Einsatz im amerikanischen Arbeitsrecht	207
III. Vergleichsperspektive zu der verständigen Betrachtung im Allgemeinen und den verständigen Arbeitsvertragsparteien im Speziellen	216
F. Zukunftsaussichten der verständigen Arbeitsvertragsparteien	221
I. Entwurf eines ausdifferenzierten und spezifischen Leitbildes für die Rechtsfiguren der verständigen Arbeitsvertragsparteien	221

II. Vollständiger Verzicht auf die Rechtsfiguren	224
G. Zusammenfassung in Thesen und Fazit	295
I. Abschlussthesen	295
II. Fazit	304
H. Literaturverzeichnis	307

# Inhaltsverzeichnis

Die verständigen Arbeitsvertragsparteien	23
A. Einleitung und Gang der Darstellung	23
B. Einordnung der Rechtsfiguren durch Rechtsprechung und Literatur	25
I. Einordnung der Rechtsfiguren durch das BAG	25
1. Verständige Arbeitsvertragsparteien als Ausdruck der „Rechtsgemeinschaft aller billig und gerecht Denkenden“	25
2. Verständiger Arbeitnehmer als mit der „Rechtsgemeinschaft aller billig und gerecht Denkenden“ und dem „Empfängerhorizont“ vergleichbare juristische Bewertungsgröße	28
3. Fazit	31
II. Einordnung der Rechtsfiguren durch die arbeitsrechtliche Literatur	32
1. Inhaltlich-dogmatische Einordnungen der Rechtsfiguren durch einzelne Stimmen in der arbeitsrechtlichen Literatur	32
a) Preis und Lukes: spezifische Verknüpfung zu normativen Rechtsinstituten des allgemeinen Zivilrechts sowie Funktion der Objektivierung	32
b) Feuerborn: Objektivierung von Beurteilungsentscheidungen	34
c) Zedler: spezifische Verwendungswise im Sinne einer Interessenabwägung	35
d) Oxenknecht-Witzsch: verständige Arbeitsvertragsparteien als potenzielles Leitbild innerhalb des Arbeitsrechts	36
e) Zusammenfassung der Einzelstimmen	37
2. Darstellung der Literaturkritik an den Rechtsfiguren	38
a) Undurchsichtigkeit und fehlender inhaltlicher Mehrwert der Rechtsfiguren	38
b) Gefahr von Rechtsunsicherheit aufgrund von Konturlosigkeit der Rechtsfiguren	39

c) Missbrauchspotenzial der Rechtsfiguren	40
d) Zusammenfassung der Literaturkritik	41
3. Fazit	42
<b>C. Rechtsprechungsanalyse</b>	<b>43</b>
I. Beschreibung des Analysevorgehens	43
1. Analyseziel	43
2. Analysegrundlage	43
3. Analysekategorien	44
II. Analyseergebnisse	47
1. Anwendungsbereiche der verständigen Arbeitsvertragsparteien	48
a) Verständiger Arbeitgeber	48
b) Verständiger Arbeitnehmer	51
c) Zwischenergebnis	53
2. Einschlägige Rechtsbereiche: Zuordnung zu Individual- oder Kollektivarbeitsrecht sowie zu Teilrechtsgebieten	53
a) Zuordnung zu Individual- und Kollektivarbeitsrecht sowie Prozessrecht	54
b) Zuordnung zu Teilrechtsgebieten	55
aa) Verständiger Arbeitgeber	55
(1) Individualarbeitsrecht	55
(2) Kollektivarbeitsrecht	57
(3) Prozessrecht	57
bb) Verständiger Arbeitnehmer	57
(1) Individualarbeitsrecht	57
(2) Kollektivarbeitsrecht	59
(3) Prozessrecht	60
cc) Zwischenergebnis	60
3. Zwischenfazit	60
4. Methodik der Heranziehung der Rechtsfiguren	61
a) Verständiger Arbeitgeber	62
b) Verständiger Arbeitnehmer	67
c) Zwischenergebnis	71
5. Einsatzort der Rechtsfiguren innerhalb des Argumentationsprozesses	71
a) Verständiger Arbeitgeber	73
aa) Maßstab	73
bb) Subsumtion / Begründung	73
cc) Ergebnissatz	76
dd) Zwischenergebnis	76

b)	Verständiger Arbeitnehmer	77
aa)	Maßstab	77
bb)	Subsumtion / Begründung	78
cc)	Ergebnissatz	79
dd)	Sonderfall	79
ee)	Zwischenergebnis	80
6.	Indirekte Aussagen zum Gewährleistungsgehalt	81
a)	Verständiger Arbeitgeber und Verständiger Arbeitnehmer in Anführungszeichen	81
b)	„Verständig“ als Begriffsdefinition für den sozial denkenden Arbeitgeber	82
c)	Bezug der Rechtsfiguren zu Billigkeitsbeurteilungen	83
d)	Bezug zu Treu und Glauben	86
e)	Verständige Arbeitsvertragsparteien als objektiver Beurteilungsmaßstab	88
f)	Spezifizierung der Bezugsgruppe und Situationsverhaftetheit	90
g)	Zusammenfassung der indirekten Aussagen	93
7.	Andere Formulierungen	94
a)	Verständiger Arbeitgeber	94
aa)	Einzelne Formulierungsgruppen	94
bb)	Schlussfolgerungen	97
b)	Verständiger Arbeitnehmer	98
aa)	Einzelne Formulierungsgruppen	98
bb)	Schlussfolgerungen	100
8.	Formulierungsspezifischer sowie kontextuell-argumentativer Bezug zu alternativen Beurteilungsgrößen innerhalb des Einsatzkontextes und Argumentationsprozesses	101
a)	Verständiger Arbeitgeber	101
aa)	Bezug zur Interessenabwägung	101
bb)	Bezug zur Auslegung von Willenserklärungen	106
cc)	Ausschließlicher Bezug auf die Perspektive des Arbeitgebers	107
dd)	Zwischenergebnis	110
b)	Verständiger Arbeitnehmer	110
aa)	Bezug zur Interessenabwägung	110

bb) Bezug zur Auslegung von Willenserklärungen	111
(1) Verständiger Arbeitnehmer als Ausdruck des im Rahmen der Auslegung von Willenserklärungen relevanten objektiven Empfängerhorizonts	111
(2) Verständiger Arbeitnehmer als Spezifikation des Beurteilungsmaßstabs zur Auslegung von Willenserklärungen im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen	113
cc) Ausschließlicher Bezug auf die Interessen des Arbeitnehmers	115
dd) Zwischenergebnis	116
c) Zwischenergebnis	116
9. Zusammenfassung der Analyseergebnisse	118
a) Breite der Heranziehung der Rechtsfiguren innerhalb des Arbeitsrechts	118
b) Methodik der Heranziehung der Rechtsfiguren	118
c) Einsatzort der Rechtsfiguren innerhalb des Argumentationsprozesses	118
d) Indirekte Aussagen zum Gewährleistungsgehalt: Objektivierung und Situationsverhaftetheit als wesensbestimmende Merkmale	119
e) Erkenntnisse aus formulierungsspezifischen Modifikationen der Rechtsfiguren	119
f) Bezug der Rechtsfiguren zu alternativen Beurteilungsgrößen bei formulierungsspezifischer sowie kontextuell-argumentativer Analyse der Einsatzweise	120
III. Kritische Würdigung der Analyseergebnisse	120
1. Eindruck fehlender Reflektiertheit im Umgang mit den Rechtsfiguren	120
a) Verwendungstendenzen für die Rechtsfiguren	121
b) Fehlen eines einheitlichen und kohärenten Verwendungskonzepts	122
c) Formulierungsspezifische Variabilität der Rechtsfiguren als Indikator für argumentative Beliebigkeit	123
d) Zwischenfazit	124
2. Gefahr von struktureller Auslegungs- und Begründungsverkürzung	124

3. Unterlaufen von im Einzelfall gebotenen Beurteilungsgrundlagen	128
a) Unterlaufen hinreichender Erwartbarkeits- oder Erkennbarkeitsbeurteilungen im Rahmen der Auslegung von Willenserklärungen sowie der Wertungen der §§ 305c, 307 Abs. 1 S. 2 BGB	129
aa) Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge und Gleichstellungsabrede	129
(1) Hintergrund	129
(2) Einsatz des verständigen Arbeitnehmers	130
(3) Kritik an der Verwendungsweise des verständigen Arbeitnehmers	131
(4) Rechtsprechungsänderung des BAG	136
bb) Konkludente Anrechnungsvorbehalte	137
(1) Hintergrund	137
(2) Einsatz des verständigen Arbeitnehmers	137
(3) Kritik an der Verwendungsweise des verständigen Arbeitnehmers	140
(4) Aktuelle Rechtslage	143
cc) Betriebsvereinbarungsoffenheit von Arbeitsverträgen	144
(1) Hintergrund	144
(2) Einsatz des verständigen Arbeitnehmers	144
(3) Einordnung der Rechtsprechung zwischen Ordnungsprinzip, Ablösungsprinzip, Günstigkeitsprinzip und Parteiwille	146
(4) Kritik an der Verwendungsweise des verständigen Arbeitnehmers	149
(a) Methodologische Kritik im Zusammenhang mit der Auslegung von Willenserklärungen	149
(b) Kritik mit Bezug zu AGB-rechtlichen Wertungen	151
(c) Offener Widerspruch zur Rechtsprechung des Zehnten Senats	153
(d) Vorwurf richterlicher Ergebnisorientierung bei gleichzeitiger Verschleierungsabsicht	154
(5) Uneinigkeit zwischen den verschiedenen Senaten des BAG	156

b)	Unterlaufen von Schutzzweckerwägungen und den Grundsätzen der Gesetzesumgehung – Wirksamkeit von Anwesenheitsprämien	158
aa)	Hintergrund	158
bb)	Einsatz des verständigen Arbeitnehmers	159
cc)	Kritik an der Verwendungsweise des verständigen Arbeitnehmers	160
dd)	Klarstellung der Rechtslage durch Schaffung des § 4a EFZG	164
c)	Zwischenfazit	164
4.	Zusammenfassung der kritischen Würdigung der Analyseergebnisse	167
<b>D. Rechtsbereichsübergreifende Untersuchung der verständigen Betrachtung</b>		168
<b>I. Allgemeines Zivilrecht – der verständige Rechtsgenosse</b>		169
1.	Sammelbegriff des verständigen Rechtsgenossen	169
2.	Limbachs Analyse im Einzelnen	171
a)	Einstiegspunkt des verständigen Rechtsgenossen	171
b)	Sachliches Anliegen bei der Verwendung des verständigen Rechtsgenossen durch den Richter	172
c)	Logik des Wortes „verständig“	173
d)	Demoskopie als untaugliches Werkzeug für die Konkretisierung des verständigen Rechtsgenossen	175
e)	Konjunktiv und Konditional als primäre sprachliche Einbettungen des verständigen Rechtsgenossen	177
f)	Verhältnis des verständigen Rechtsgenossen zum theoretischen Gedankenmodell des homo sociologicus	179
g)	Strategischer Mehrwert des verständigen Rechtsgenossen für den Richter	181
3.	Zusammenfassung	183
<b>II. Privates Nachbarrecht – der verständige Durchschnittsmensch</b>		183
1.	Wesentlichkeit nachbarlicher Emissionsbeeinträchtigungen: vom normalen zum verständigen Durchschnittsmenschen	183
2.	Bewertung in der Literatur	187
3.	Erkenntnisse für den Wesensgehalt der verständigen Betrachtung	189

III. Arzthaftungsrecht – der verständige Patient	190
1. Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht: vom verständigen Patienten zum konkreten Patienten	190
2. Ursachen des Rechtsprechungswandels	192
3. Erkenntnisse für den Wesensgehalt der verständigen Betrachtung	195
IV. Kapitalmarktrecht – der verständige Anleger	196
1. Begriff der Insiderinformation	196
2. Hintergrund des verständigen Anlegers als eines eigenständigen normativen Rechtsbegriffs innerhalb der MMVO	197
3. Verständiger Anleger als eigenständiger und vom Kontext der verständigen Betrachtung losgelöster normativer Rechtsbegriff	200
V. Generelle Schlussfolgerungen für die verständige Betrachtung	202
1. Verständige Betrachtung als Medium der Normkonkretisierung	202
2. Verständige Betrachtung als Auftrag zu Ausgleich und Interessenabwägung	203
3. Verständige Betrachtung als Auftrag zu Objektivierung der Beurteilung bei gleichzeitigem Situationsbezug	203
4. Verständige Betrachtung als Denk- und Artikulationshilfe für den Richter	204
5. Fazit: Wesensmerkmale der verständigen Betrachtung als Orientierungsrahmen für die Verwendungsweise der verständigen Arbeitsvertragsparteien	205
E. Rechtsvergleichende Untersuchung der „reasonable person“ im US-amerikanischen Recht	205
I. Anknüpfungspunkte für den Rechtsvergleich	205
II. Grundlagen der „reasonable person“ und Einsatz im amerikanischen Arbeitsrecht	207
1. Ursprünge und allgemeine Verwendung der „reasonable person“ im US-amerikanischen Recht	207
2. Spezifischer Einsatz der „reasonable person“ im US-amerikanischen Arbeitsrecht	211
a) Anwendungsbereiche des „reasonable employer“	213
b) Anwendungsbereiche des „reasonable employee“	214

III. Vergleichsperspektive zu der verständigen Betrachtung im Allgemeinen und den verständigen Arbeitsvertragsparteien im Speziellen	216
1. Gemeinsamkeiten	216
2. Unterschiede	217
a) Spezialisierte Referenzfigur vs. abstrakte generalisierbare Denkmethode	217
b) Strukturunterschiede zwischen den Systemen des „civil law“ und des „common law“ und Auswirkung auf die Grenzen richterlichen Wirkens	218
F. Zukunftsaussichten der verständigen Arbeitsvertragsparteien	221
I. Entwurf eines ausdifferenzierten und spezifischen Leitbildes für die Rechtsfiguren der verständigen Arbeitsvertragsparteien	221
II. Vollständiger Verzicht auf die Rechtsfiguren	224
1. Notwendiger Verzicht	224
a) Dogmatik der richterlichen Rechtsfortbildung und ihre besondere Bedeutung im Arbeitsrecht	226
aa) Begriff der Rechtsfortbildung	226
bb) Grundlagen der Rechtsfortbildung	228
(1) Verfassungsrechtliche Prinzipien	229
(2) Rechtspraktische Notwendigkeiten	231
(3) Anerkennung durch den Gesetzgeber	233
cc) Maßstäbe für die Beurteilung unzulässiger richterlicher Rechtsfortbildung	233
(1) Maßstäbe der Rechtsfortbildungskontrolle nach dem BVerfG	233
(2) Maßstäbe der Rechtsfortbildungskontrolle nach der Literatur	236
(a) Hermeneutische und verfassungsrechtliche Theorie der Rechtsfortbildung	236
(b) Kombinierte hermeneutisch-verfassungsrechtliche Theorie der Rechtsfortbildung nach Wank	238
dd) Besondere Rolle der Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht	240

b) Verwendung der verständigen Arbeitsvertragsparteien durch das BAG unzulässige richterliche Rechtsfortbildung?	247
aa) Beurteilung in der Literatur	247
bb) Einordnung der verständigen Arbeitsvertragsparteien	250
(1) Rechtsfiguren nicht unzulässige Weiterentwicklung einer normativen Maßstabsfigur	250
(2) Allgemeine Praxis der Verwendung der Rechtsfiguren durch das BAG nicht unzulässige Rechtsfortbildung	251
cc) Exemplarischer „Extremfall“: konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit von Arbeitsverträgen	252
(1) Einordnung als Rechtsfortbildung	255
(a) Auslegung von Willenserklärungen nach §§ 133, 157 BGB	255
(b) AGB-Schutznorm des § 305c Abs. 2 BGB	257
(c) Zwischenergebnis	258
(2) Einordnung als unzulässige Rechtsfortbildung	258
(a) Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 3 GG in Gestalt des Willkürverbots	258
(b) Verstoß gegen das Gebot positiver Begründung	262
(c) Verstoß gegen die Notwendigkeitsmaxime	263
(d) Fehlen eines Konsenses	264
(e) Zwischenergebnis	265
(3) Auswirkung für den Einsatz der Rechtsfigur des verständigen Arbeitnehmers	265
c) Zwischenergebnis zur Frage eines rechtlich notwendigen Verzichts	267

2. Empfohlener Verzicht	267
a) Verständiger Arbeitnehmer	267
aa) Dogmatik der Auslegung von Willenserklärungen und Vereinbarkeit mit Beurteilungsweise der Interessenabwägung	268
(1) Lehre vom objektiven Empfängerhorizont	268
(2) Deutungsdiligenz als Einfallstor für Interessenabwägungen?	271
bb) Besonderes „Umgehungspotenzial“ in Auslegungskonstellationen	274
cc) Anfälligkeit für Auslegungsverkürzungen	276
dd) Ersetzbarkeit durch allgemeine Auslegungsdogmatik	277
ee) Zwischenergebnis	278
b) Verständiger Arbeitgeber	278
aa) Abstrakte Einordnung von Nutzen und Risiko der Beurteilungsgröße der verständigen Betrachtung im Allgemeinen	281
(1) Verständige Betrachtung zwischen Unterstützungsmedium für den Richter und rhetorischer Plausibilitätsfigur zulasten des Rechtsuchenden	281
(2) Verständige Betrachtung als Sprachbrücke für den Rechtsuchenden oder Unmut stiftende Moralformel?	284
(3) Abstrakter Minimalkompromiss	286
bb) Besonderheiten der Rechtsfigur des verständigen Arbeitgebers in der Verwendungspraxis des BAG	287
(1) Spezifische Verwendungsdefizite	287
(a) Gefahr von Begründungsverkürzungen durch den Einsatz der Rechtsfigur jenseits der Maßstabsbildung	288
(b) Eindruck fehlender Reflektiertheit im Umgang mit der Rechtsfigur	290
(2) Spezifische Wirkung auf die reale rechtsuchende Arbeitgeberschaft	291
cc) Zwischenergebnis	294
c) Ergebnis: Verzicht auf beide Rechtsfiguren	294

<b>G. Zusammenfassung in Thesen und Fazit</b>	<b>295</b>
I. Abschlussthesen	295
1. Rechtsfiguren der verständigen Arbeitsvertragsparteien als unreflektierte richterliche Redeweisen	295
2. Verwendung der Rechtsfiguren durch das BAG – Rechtsprechungsanalyse	297
a) Analyseergebnisse	297
b) Kritische Würdigung der Analyseergebnisse	299
3. Wesensmerkmale der verständigen Betrachtung als abstrakter Orientierungsrahmen – Rechtsbereichsübergreifende Untersuchung	300
4. Zukunftsaussichten der verständigen Arbeitsvertragsparteien – Plädoyer für einen vollständigen Verzicht auf die Rechtsfiguren	301
II. Fazit	304
<b>H. Literaturverzeichnis</b>	<b>307</b>