

**FRANZ GAMILLSCHEG**

## **Das deutsche Arbeitsrecht und das BGB, 1900 und 2002**

1. Als das zweite Deutsche Reich 1871 errichtet wurde, setzte es sich zunächst aus mehr als einem Dutzend verschiedener Rechtsgebiete zusammen, vom jütischen Recht in Schleswig bis zum Code civil in der Form des badischen Landrechts, dazwischen die Gebiete des gemeinen Rechts oder des preußischen Landrechts usw. Entsprechend buntscheckig waren auch die Lösungen all der Probleme des Familien-, Erb-, und Vermögensrechts. Der Ruf nach Vereinheitlichung, nach Schaffung eines deutschen BGB, wurde denn auch alsbald laut. Etwa 20 Jahre dauerten die Vorbereitungen. 1896 wurde das Gesetz verkündet, 1900 trat es in Kraft.

Das letzte Drittel des 19. Jhdts war auch die Zeit, in der das Deutsche Reich zu einem der stärksten Industriestaaten wurde, mit einer Arbeiterschaft von hohen Qualitäten, die sich alsbald ihrer Kraft bewußt wurde. 1889 kam es zum ersten großen Massenstreik im Bergbau in West- und Mitteldeutschland, ein Geschehen, das das Bürgertum aufgeschreckt hat, auch der junge Kaiser Wilhelm II, er hatte damals in seinem unsteten Leben seine sozialreformerische Phase, mischte sich ein und empfing eine Abordnung der Streikenden, die fortan den Ehrentitel „Kaiserdelegierte“ trugen. Im folgenden wurde die Reichsgewerbeordnung um einige Schutzgesetze angereichert; 1891 ist auch die Geburtsstunde der Betriebsverfassung (wenn auch nur in ersten rudimentären Anfängen). Vorher schon hatte Reichskanzler Bismarck die Sozialversicherung auf den Weg gebracht, um die Deutschland dann in der ganzen Welt bewundert wurde.

Die soziale Unrast auf der Straße drang in die Beratungen der Verfasser des BGB nicht ein. Bei ihnen ging es um so wichtige Dinge wie die fortgesetzte Gütergemeinschaft oder den Pflichtteils-Ergänzungsanspruch; auch wem ein entwichener Bienenschwarm gehört, fand eine liebevolle Regelung. Während das Familienrecht nach dem Modell der Beamten- oder Offiziersehe unter dem Zeichen des Vorrangs von Mann und Vater stand, war das Vermögensrecht Vorbehaltsgut des Vertrags. In bewundernswertem Vertrauen auf die Fähigkeit

des Menschen, seine Interessen durch Vertrag angemessen zu wahren, überließ man die Einzelheiten, insb. das vertragliche Synallagma, der Vertragsfreiheit. Selbst die Notbremse des § 242 BGB, Treu und Glauben, wurde erst im Lauf der Verhandlungen eingeführt. Die *clausula rebus sic stantibus* fand keinen Platz im Gesetz. Ein Mann, ein Wort, das war die Devise, und „hilf Dir selbst, dann hilft Dir Gott“.

Das Arbeitsrecht konnte in diesem Gesetz nicht heimisch werden. Ein erster Entwurf war noch in der Vorstellung befangen gewesen, der Arbeitsvertrag sei ein Unterfall der Miete, wie dies der römischrechtlichen *locatio conductio* entsprach, und hatte geglaubt, den Dienstvertrag in acht Paragraphen regeln zu können; wo das Gesetz eine Lücke enthalte, müsse man die Mietrechtsvorschriften entsprechend anwenden. Dagegen wandte sich die Kritik Otto von Gierkes, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* (1889), und Anton Mengers, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (1890). Sie führte zur Erweiterung des Paragraphenschatzes auf 20 und damit zur Einführung einiger sozialer Schutznormen (§§ 618, 629f.): ein „Tropfen sozialistischen Öls“ nach der berühmten (meist als „sozialen Öls“ zitierten) Formulierung Gierkes. Im wesentlichen ging das BGB jedoch an den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses vorbei. Die wirtschaftliche Unterlegenheit des Arbeitnehmers, das Machtgefälle zum Arbeitgeber, blieb unberücksichtigt. Der Arbeitsvertrag (das BGB spricht nur vom Dienstvertrag und faßt abhängige und unabhängige Arbeit in einem Begriff zusammen, war gegenseitiger Vertrag und damit wie die andern Austauschverträge den Vorschriften des Allgemeinen Teils und des Allgemeinen Schuldrechts des BGB, Buch I und II /1. Teil, unterstellt, die ihrerseits auf den Kaufvertrag hin ausgerichtet sind, Vorbild eines Vertrags, der zwischen wirtschaftlich gleich starken Parteien geschlossen wird, denen man es überlassen kann, selbst und ohne Hilfe des Rechts einen Ausgleich ihrer Interessen zu finden. Erscheinungen wie Arbeitskampf und Tarifvertrag konnten mit dem Rüstzeug des BGB schon gar nicht bewältigt werden.

Die Kritik hatte jedoch nicht gänzlich verdrängt werden können. Die Schöpfer des Gesetzes waren sich bewußt geworden, daß das Gesetz für die arbeitende Bevölkerung wenig brachte: was hilft der Pflichtteils-Ergänzungsanspruch dem, der nichts zu vererben hat? Aber man hat sich beruhigt: man verwies auf Gewerbeordnung und die Sozialversicherungs-gesetze, in denen das Nötige eben außerhalb des BGB zu finden war. Eine Regelung auch der abhängigen Arbeit noch aufzunehmen hätte, wie es in den Beratungen des Reichstags hieß, das Gesetz „um Monate“ verzögert. Immerhin wurde am Ende der Beratungen eine Entschließung verabschiedet, „baldthunlichst“ ein eigenständiges Arbeitsgesetzbuch zu schaffen.<sup>1</sup> Diese Forderung wurde dann

---

<sup>1</sup> Alle Einzelheiten bei THOMAS WEIß: *Die Entwicklung des Arbeitsrechts und das BGB* (1992).

auch in die Weimarer Verfassung von 1919 aufgenommen. Ein Arbeitsgesetzbuch gibt es jedoch auch heute noch nicht.

Ein Grund der Beruhigung war der Verweis auf die vorhandenen Arbeitsschutzgesetze nicht, mochten sie sich auch im Vergleich mit den andern Industriestaaten dieser Zeit nicht schlecht ausnehmen. Das BGB wollte und konnte das Gesetz nicht verleugnen, unter dem es angetreten war: daß der Einzelne seine Interessen eben durch Vertrag – der dann ja auch minutiös geregelt wurde – angemessen wahren kann. Daß dazu wirtschaftliches Gleichgewicht der Vertragspartner gehört, wurde verdrängt. Das hätten die Väter des Gesetzes jedoch schon in den Motiven zum Entwurf des Arbeiterschutzgesetzes von 1891 nachlesen können, wo es heißt, daß dem „Proletarier“ „beim Vertragsschluß jede Einwirkung auf die einzelnen Bedingungen des Arbeitsvertrags entzogen ist“. Allein das Fehlen des wirtschaftlichen Gleichgewichts, des „Anders-Könnens“, wenn der angebotene Vertrag die eigenen Belange nicht befriedigt, rechtfertigt jedoch die einseitig-zwingende Natur der Arbeitsgesetze. Wären die Arbeitnehmer imstande, ihre Interessen im freien Aushandeln des Arbeitsvertrags zu wahren, wäre jede gesetzliche Beschränkung ihrer Vertragsfreiheit – etwa: Verzicht auf eine Woche des Mindesturlaubs, wenn sonst die Einstellung scheitert – ein Übermaß an Fürsorge und damit ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Gesetzgebung. Auch das Kündigungsrecht ist Ausdruck des Machtgefälles: Beschränkung der Kündigung des Arbeitgebers, Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers. Wäre die Kündigung durch den Arbeitgeber, wie 1900, frei, die Rechte der Arbeitnehmer wären in den Wind geschrieben (in Zeiten der Arbeitslosigkeit sind sie es oft genug auch heute und trotz eines ausufernden Arbeitsrechts).

2. Das Arbeitsrecht hat sich deshalb bald vom BGB entfernt und in richterlicher Rechtsfortbildung, oft *contra legem*, eigene Regeln entwickelt. Es war dies indessen kein gerader Weg. Auch die Wissenschaft hat die richtungweisenden Entscheidungen häufiger kritisiert als gelobt und manchen Richter auf seinem Weg auch schwankend gemacht.

Eine erste richterliche Absage erhielt das Gesetz schon 1923 in dem berühmten Fall des Streiks der Kieler Verkehrsbetriebe. Es ging äußerlich um ein Problem, das uns das BGB durch seine übertriebene Abstraktion und Begrifflichkeit beschert hat. Es kennt die Unmöglichkeit der Leistung, bei der der Anspruch auf die Gegenleistung (= den Lohn) entfällt, § 323 a.F., und den Annahmeverzug, bei der dieser bestehen bleibt, § 615. Ist nun die Arbeit unmöglich, weil der Strom ausfällt, sagten die einen: kein Lohn, da die Arbeit ohne Strom unmöglich, die andern: Lohn, da es Sache des Arbeitgebers (sein Risiko) ist, daß der Strom fließt. Das war Ausgangspunkt des Falls, als die Stromversorgung durch einen Streik unterbrochen wurde. Das Reichsgericht hat

den Knoten durchhauen und eine vom BGB unabhängige Lösung begründet.<sup>2</sup> Es ging um den Lohnanspruch arbeitswilliger Bediensteter der Kieler Straßenbahn, die wegen eines Streiks im E-Werk nicht beschäftigt werden konnten. Das Gericht sagt:

„Man darf aber, um zu einer befriedigenden Lösung des Streites zu gelangen, überhaupt nicht von den Vorschriften des BGB ausgehen, muß vielmehr die sozialen Verhältnisse ins Auge fassen, wie sie sich seitdem entwickelt haben. Von den tatsächlichen sozialen Verhältnissen aus ergibt sich die Lösung...“. Ein Kritiker sagte dazu: „Das BGB stirbt und das RG ist sein Totengräber“.

Unter Berufung auf die neue kollektive Ordnung des Arbeitslebens, die nach der Revolution 1918 begründet worden war, wurde der Lohnanspruch der Arbeiter verneint. Entscheidend war nicht, welcher Theorie der Vorzug gebührt, sondern die Überlegung, daß der Arbeitgeber, der bei einem Teilstreik die Mehrheit der nicht streikenden Arbeitnehmer entlohnen mußte, auf diese Weise den gegen ihn gerichteten Streik selbst finanzieren muß. Das Reichsarbeitsgericht hat das verallgemeinert und die sog. Sphärentheorie entwickelt: die Last der Lohnzahlung bzw. des Lohnausfalls muß der tragen, in dessen Sphäre die Verhinderung der Arbeitsleistung entstanden ist. Das ist grundsätzlich der Arbeitgeber, im Fall des Arbeitskampfes dagegen der Arbeitnehmer. Dies wurde neben anderem vor allem mit der Solidarität der Arbeitnehmer und der Überlegung begründet, daß sich erfahrungsgemäß der Streik an der einen Stelle letztlich auch zugunsten der Arbeitnehmer auswirkt, die an anderer Stelle durch ihn ihren Lohnanspruch verlieren. Heute ist diese Theorie durch eine andere Begründung ersetzt worden (so falsch war sie indessen nicht).

In der weiteren Zeit ist das Arbeitsrecht mehr und mehr zu Richterrecht geworden. „Der feine Sinn für das Gerechte“ (Herschel) hat sich gegenüber dem Buchstaben des Gesetzes (und dem Drängen der Professoren) immer wieder durchgesetzt, insgesamt ein Ruhmesblatt der deutschen Rechtsprechung (so sehr man nicht wenige Entscheidungen in ihren Begründungen auch kritisieren mag). Hilfe boten die sog. Generalklauseln, ohne die kein noch so ausgeformtes Gesetz auskommt, und die es dem Richter gestatten, wenn nötig (hier: wenn aus sozialer Sicht gebieterisch gefordert) aus Schwarz Weiß zu machen und umgekehrt. Im Vordergrund standen und stehen Treu und Glauben, Fürsorgepflicht, Rechtsmißbrauch, Umgehung. Im letzten halben Jahrhundert sind auch die Grundrechte der Verfassung in ihrer Ausstrahlung auf das Arbeitsverhältnis zu einem wichtigen Motor des Fortschritts geworden.

Die Fürsorgepflicht war in § 618 als Schutz gegen die körperlichen Gefahren der Arbeit in das BGB aufgenommen worden, hat dann jedoch

---

<sup>2</sup> RGZ 106, 272, dazu GAMILLSCHEG: *Arbeitsrecht I* (8. Aufl. 2000) 369f.

darüber hinaus dort immer wieder als eigenständige Anspruchsgrundlage dienen müssen, wo gesetzliche Normen fehlen und ein soziales Bedürfnis anders nicht befriedigt werden konnte; dabei werden Pflichten, die den Arbeitgeber nicht besonders belasten (z. B. Einblick in die Personalakte), leichter anerkannt als solche, die einen Eingriff in seine Organisationsgewalt darstellen oder zu Zahlungen verpflichten. So ist der Anspruch auf Urlaub, der anfangs nur in Tarifverträgen verankert war, über die Fürsorgepflicht verallgemeinert worden; andererseits hat man bisher jedoch (mit Recht) stets abgelehnt, auch einen Anspruch auf Ruhesold allein aus der Fürsorgepflicht abzuleiten. So ist sie zum Allheilmittel aller arbeitsrechtlicher Gebrechen geworden, wie das BAG einmal ausgesprochen hat:

„Die Fürsorgepflicht verlangt vom AG, daß er bei allen seinen Maßnahmen, auch soweit er Rechte ausübt, auf das Wohl seines AN Bedacht nimmt“,<sup>3</sup> er ist gehalten, „alle Handlungen zu unterlassen, die die Rechtsstellung des AN ungerechtfertigt nachteilig beeinflussen können“<sup>4</sup> (womit freilich die nötige Abgrenzung nur auf das Wort ungerechtfertigt abgeschoben wird). Als Teil der Motive des BGB wäre dieser Satz unvorstellbar.

Immer wieder hat die Rechtsprechung *contra legem* entschieden. Ein Beispiel bietet die Haftung des Arbeitnehmers für Schäden, die er dem Arbeitgeber bei der Arbeit fahrlässig zufügt. Das BGB kannte kein Erbarmen: volle Haftung für einen noch so großen Schaden bis zum letzten Pfennig, § 249, auch bei geringster Fahrlässigkeit § 276 a.F. Das mochte 1896 noch passen, als bei der Arbeit allenfalls einmal eine Schaufel zerbrochen ist, für die spätere Zeit, in der dem Arbeitnehmer (Kraftfahrer!) Millionenwerte anvertraut waren, war das grob unsozial. Es hat auch den Grundgedanken des BGB selbst verletzt: daß dem Wert der Leistung der Wert der Gegenleistung zu entsprechen hat. Die Rechtsprechung hat sich dem nicht unterworfen. Sie begann mit einer Fiktion: die Parteien des Arbeitsvertrags hätten die volle Haftung bei minder schwerem Verschulden stillschweigend ausgeschlossen. Sie ging dann zur Erklärung mit der Fürsorgepflicht über: der Arbeitgeber, der auf seinem Recht aus § 249 beharrt, verletze damit die Fürsorgepflicht. Das war dogmatisch Unsinn; denn entweder hat man ein Recht, dann kann man es auch ausüben, aber die Fürsorgepflicht hatte erst einmal ihren Dienst getan. Heute weiß man es besser. Inzwischen hat sich die Ansicht durchgesetzt, daß das gelegentliche Abirren der Dienstleistung zum Risikobereich des Arbeitgebers (zu seinem Unternehmerwagnis) gehört, nicht anders, wie es sein Risiko ist, daß einmal eine Maschine versagt. Das BAG hat sich dem seit längerem angeschlossen. Es stützt sich dabei, am BGB kommt man offensichtlich nicht vorbei, auf § 254 BGB

---

<sup>3</sup> BAG, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht = BAGE 7, 267 (273).

<sup>4</sup> BAG, AP Nr. 67 zu § 616 BGB.

(mitwirkendes Verschulden und mitwirkende Verursachung des Geschädigten bei der Entstehung des Schadens), dem damit freilich mehr abverlangt wird, als saubere Dogmatik zugestehen würde.<sup>5</sup> Völlige Abkehr von diesem Gesetz jedoch bei der zweiten Facette der Arbeitnehmerhaftung, der Höhe des Schadens. Was der Arbeitnehmer dann doch zu zahlen hat, bestimmt sich nach drei Kategorien: nichts bei leichtem, einen Teil des Schadenersatzes bei mittlerem, vollen Schadenersatz bei grobem Verschulden (aber hier ist die Rechtsprechung inzwischen schon auf Reformkurs) und bei Vorsatz (vorsätzlicher Herbeiführung des Schadens, also Sabotage). Die Haftungsquote bei mittlerem Verschulden wiederum soll sich nach einem Katalog von Merkmalen bestimmen, den man nur als abenteuerlich bezeichnen kann.<sup>6</sup> Maßstab sind nach Aussage des BAG „die Gesamtumstände nach Billigkeitsgrundsätzen und Zumutbarkeitserwägungen“, das sind in erster Linie der Grad des mittleren Verschuldens und gefahrerhöhende Umstände der Arbeit, aber auch Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und bisheriges Verhalten (= fehlerloses bzw. schlampiges Arbeiten), bis hin zu den Familienverhältnissen. Anweisungen, wie dieses „Haftungspotpourri“ zu bewerten und gegeneinander zu gewichten ist, hat das BAG bisher nicht gegeben. Sieht man indessen näher zu, so geht es bei der Beteiligung am Schaden im Bereich der mittleren Fahrlässigkeit um nicht viel mehr als einen „Denkzettel“, während das eigentliche Schadensrisiko auch hier beim Arbeitgeber verbleibt. Der auf den Arbeitnehmer entfallende Anteil hat alle Anzeichen einer Buße oder Vertragsstrafe (etwa: Beteiligung in Höhe des Selbstbehalts bei der Kaskoversicherung oder der Gegenforderung des AN aus nicht bezahlten Überstunden, eines Monatslohns oder einer runden Summe, usw.). Damit ist der Schadenersatz vom Ausgleich eines Vermögensschadens zu einem Mittel der Vorbeugung und Erziehung zu sorgfältiger Arbeit geworden. Dabei kann man sich beruhigen; die Reform von 2002 hat jedenfalls keinen Anlaß gesehen, hier etwas zu ändern.<sup>7</sup>

Contra legem kann auch das Ergebnis sein, das das Gericht in scheinbarer Anwendung der lex erreicht. Ein Beispiel zweifelhafter Begründung eines erwünschten Ergebnisses auf den Krücken des BGB bietet ein Fall aus dem Mutterschutzrecht. Es geht um die Frage, ob der Arbeitgeber, der eine schwangere Frau in Unkenntnis der Schwangerschaft einstellt, nach Entdeckung seines Irrtums den Arbeitsvertrag anfechten und damit auflösen kann. § 119 II BGB gestattet die Anfechtung einer Willenserklärung, hier also des Angebots des Arbeitgebers, wenn sich der Erklärende (=Arbeitgeber, in unserm Beispiel ein kleiner Friseurmeister) über eine Eigenschaft der Person (die Schwangerschaft der Arbeitnehmerin) geirrt hat, die im Verkehr (= unter

<sup>5</sup> Der Gesetzgeber von 2002 (davon sogleich) hat das inzwischen ausdrücklich eingeräumt, Bundestags-Drucksache 14/5857 S. 48.

<sup>6</sup> Einzelheiten GAMILLSCHEG: *Arbeitsrecht* I 264ff.

<sup>7</sup> Mit Ausnahme einer Anpassung des § 276 I an die Möglichkeit, bei Fahrlässigkeit eine mildere als die volle Haftung eingreifen zu lassen.

solchen Umständen üblicherweise) als wesentlich angesehen wird. Wenn in unserm Fall etwas wesentlich ist, dann dies. Gestattet der Richter jedoch die Anfechtung, verliert die Schwangere ihren Arbeitsplatz, während ihr nach § 9 Mutterschutzgesetz selbst bei grobem Verschulden nicht gekündigt werden kann, ein offensichtlicher Wertungswiderspruch. Das nächstliegende wäre, (unter Schonung des BGB) § 9 analog anzuwenden. Nicht so die herrschende Meinung. Sie hält Kündigung und Anfechtung für „wesensverschiedene Rechtsinstitute“, die Anfechtung sei „ein anderes Gestaltungsrecht“,<sup>8</sup> und verweist darauf, daß der Gesetzgeber das Problem gekannt hat, in § 9 jedoch nach wie vor nur von „Kündigung“ spricht. Danach müsste die Anfechtung durchgreifen.

Sie tut es nicht. Die Schwangerschaft, so heißt es weiter, sei als vorübergehender Zustand normalerweise gar keine „verkehrswesentliche Eigenschaft“ im Sinn von § 119 II BGB, und so scheidet die Anfechtung dann doch. Das ist unhaltbar. Ob eine Eigenschaft wesentlich ist, ist eine Frage des Tatbestands, nicht der rechtlichen Bewertung,<sup>9</sup> § 119 II, wenn wir seinen Sinn nicht verfälschen, verlangt eine Untersuchung, was ist, nicht, was sein soll, wenige Dinge sind aber, wie erwähnt, für den Arbeitgeber so „wesentlich“ wie die Schwangerschaft der Arbeitnehmerin, die für ihn mit einer Fülle von Kosten und Umständen verbunden ist, wie sollte es sich auch sonst erklären, daß bei der Einstellung die Frage nach der Schwangerschaft nie fehlt (inzwischen hat sich das europäische Recht dazwischen gedrängt, aber das kann hier nicht aufgeblättert werden). So ist dies wohl nichts anderes als eine wohlmeinende, aber hinfällige Normenerschleichung um des gewünschten Ergebnisses willen.

Der eigentliche Interessenkonflikt hat mit dem § 119 nichts zu tun. Es gilt, den Schutz der Schwangeren gegen das Interesse des AG, durch die Sozialkosten nicht erdrückt zu werden, abzuwägen. Dieses Problem ist indessen kein anderes, als wenn die Schwangerschaft erst nachträglich eintritt, was dafür spricht, die Anfechtung, wie berichtet, durch die fristlose Kündigung zu ersetzen. Die Lösung liegt deshalb bei § 9 III MuSchG, der die Kündigung (nach Billigung durch das Gewerbeaufsichtsamt) in Ausnahmefällen, zu denen insb. die unzumutbare finanzielle Belastung gehört, gestattet.

In einem andern Fall hätte die Anwendung des § 119 II zu einem sozial erträglichen Ergebnis geführt, doch ist die h.M. Opfer ihrer eigenen Fehlinterpretation geworden. Eine Frau kündigt, weil sie beruflich weiter kommen will. Drei Wochen später – die Kündigungsfrist ist noch nicht abgelaufen – erfährt sie, daß sie schwanger ist. Der Arbeitgeber lehnt alle Verhandlungen ab; er ist froh, daß ihm die Last der Mutterschaft auf diese

---

<sup>8</sup> BAG, AP Nr. 38 zu § 123 BGB.

<sup>9</sup> Verfehlt deshalb BAG Nr. 1 zu § 8 MuSchG 1968 = E 59, 285 (291; *die Verkehrswesentlichkeit müsse „bewertet werden“*).

Weise erspart bleibt. Es fragt sich, ob die Kündigung wiederum wegen Irrtums über eine Eigenschaft der Person, § 119 II BGB, anfechtbar ist. „Person“ kann auch die Person des Anfechtenden selbst sein. Daß der Verlust der Leistungen des Mutterschutzes und die tatsächliche Unmöglichkeit, als Schwangere oder Mutter mit Kleinkind eine gleichwertige Stellung zu finden, von der Arbeitnehmerin als wesentlich angesehen werden, unterliegt keinem Zweifel, jede Befragung der betroffenen Personen, wenn man sie denn für nötig hält, wird das bestätigen. Damit ist die Anfechtung begründet. Unberührt von allen Mahnungen auch durch Art. 6 IV GG („Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft“) entscheidet die h. M. umgekehrt: Die Schwangerschaft sei ja, wie man weiß, wegen ihrer vorübergehenden Natur keine verkehrswesentliche Eigenschaft, deshalb entfalle auch die Anfechtung.<sup>10</sup>

Auch allgemeine Aussagen des Zivilrechts, die an anderer Stelle entwickelt wurden und dort ihren guten Sinn haben, können zu verfehlten und interesselwidrigen Ergebnissen führen. Bleiben wir noch in dem sensiblen Bereich des Mutterschutzes. Eine Schwangere kündigt, weil sie sich über die mutterschutzrechtlichen Folgen ihrer Kündigung keine oder irriige Gedanken gemacht hat (sie ahnt nicht, daß auch die Ansprüche gegen die Sozialversicherung – Mutterschaftsgeld, andere Leistungen der Krankenkasse – verloren gehen). Für die Anfechtung sprechen die gleichen Erwägungen wie oben; wenige Dinge sind für die Betroffene „wesentlicher“, ein vorrangiges Interesse des Arbeitgebers, auf diese Weise den Lasten des Mutterschutzes zu entkommen, ist nicht zu sehen. Die h. M. entscheidet auch hier anders. Ein Irrtum über die Rechtsfolgen einer Willenserklärung, so das Argument,<sup>11</sup> könne die Anfechtung nur dann begründen, wenn die Rechtsfolge selbst Gegenstand der Vereinbarung geworden war. Damit behandelt die Praxis den Irrtum einer Arbeitnehmerin, die nicht weiß, daß sie den arbeits- und sozialrechtlichen Mutterschutz preisgibt, wie den Irrtum des Käufers, der keine Vorstellung davon hat, daß er für Sachmängel haftet. Auch das ist Begriffsjurisprudenz, noch dazu eine, die den Sinn des Begriffs nicht verstanden hat. Daß die Anfechtung nicht auf einen Irrtum über die Rechtsfolgen gestützt werden kann, ist ein alter Grundsatz des Zivilrechts, jedoch bei näherem Zusehen „keine zwingende logische Notwendigkeit“, sondern Ergebnis einer Bewertung, um „unerträglicher Unsicherheit im Rechtsverkehr“ vorzubeugen.<sup>12</sup> Für einen solchen Irrtum bei der Bestellung einer Hypothek ist dem zuzustimmen, wer kennt sich schon im Hypothekenrecht aus. Daß dem Arbeitgeber für einige Tage „Rechtsunsicherheit“ zugemutet wird, ist dagegen keineswegs „unerträglich“.

---

<sup>10</sup> BAG, AP Nr. 22 zu § 123 BGB und Nr. 13 zu § 119 BGB

<sup>11</sup> BAG, AP Nr. 99 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; Nr. 22 zu § 123 BGB.

<sup>12</sup> LARENZ: *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* (7. Aufl. 1989) 376.



Auch in kleinen Dingen wird das BGB verdrängt, wenn es dem Richter so gut scheint. Unzählige Male wurde und wird § 130 BGB, wonach die Willenserklärung mit Zugang beim Empfänger wirksam wird, namentlich bei Kündigungen angewandt, wie er da steht. Geht es indessen darum, die Kündigung eines Schwerbehinderten anzuhalten – äußert sich die Behörde zu dem Antrag des Arbeitgebers auf Genehmigung der Kündigung nicht binnen 14 Tagen, so gilt das als Zustimmung zur Kündigung – läßt man es genügen, daß die Stellungnahme der Behörde innerhalb der Frist abgesandt wurde, auch wenn sie erst später beim Arbeitgeber ankommt.<sup>13</sup> – Zu § 126 BGB, der die Schriftform eingehend regelt, heißt es in einer andern Entscheidung trocken, er könne an sich „nicht unbesehen übernommen werden“<sup>14</sup> und genügt es, wenn die Urkunde nur vom Arbeitgeber unterzeichnet wurde.

Gegen den Geist des BGB ist die Rechtsprechung auch dort vorgegangen, wo sie dem vom Gesetz dem Arbeitsvertrag überlassenen Bereich Schranken zugunsten des Arbeitnehmers errichtet hat. Ein Beispiel ist die Befristung des Arbeitsvertrags. Folgt man dem (ursprünglichen) § 620 BGB, so ist sie überhaupt der Normalfall; und in Zeiten, in denen es einen Kündigungsschutz nicht gegeben hatte, hatte dies für den Arbeitnehmer sogar den Vorteil, daß ihm während der Laufzeit des Vertrags nur aus wichtigem Grund gekündigt werden konnte. Das wurde mit der Einführung des Kündigungsschutzes anders, als die Arbeitgeber zur Befristung gegriffen haben, um der Kontrolle ihrer Kündigung zu entgehen. Darauf haben die Gerichte – schon in den Vierzigerjahren – mit dem Argument der Umgehung die Gründe der Befristung auf ihre sachliche Rechtfertigung geprüft; bald hat man dann auf den Nachweis einer Umgehungsabsicht, die sich ohnehin selten beweisen ließ, verzichtet und – in ganzen Katalogen! – nur mehr Befristungen anerkannt, die sich auf eine solche Rechtfertigung berufen konnten.<sup>15</sup> Heute ist das nicht mehr Richterrecht, sondern Gegenstand eines eigenen Gesetzes von 2000.

Eine Absage an die Vertragsfreiheit bedeutet auch die Rechtsprechung zur Rückzahlung von Gratifikationen und Ausbildungsbeihilfen, die ebenfalls ein dichtes Netz der Regelungen über einen Bereich gestülpt hat, die das BGB der Vereinbarung überlassen hatte.<sup>16</sup> Grundlage dieser Rechtsprechung ist die Ausstrahlung von Art. 12 GG, Freiheit zum Wechsel des Arbeitsplatzes als Teil der Berufsfreiheit.

Man könnte so fortfahren. Weitere Stichworte der richterrechtlichen Entwicklung des Arbeitsrechts im 20. Jhd sind Nichtigkeit und Anfechtung des Arbeitsvertrags, Begriff des Verschuldens bei Krankheit und viele andere, die ich natürlich an dieser Stelle nicht im einzelnen darstellen kann. Auch das

---

<sup>13</sup> BAG, AP Nr. 3 zu § 21 SGB IX.

<sup>14</sup> BAG, AP Nr. 69++ zu § 77 BetrVG 1972.

<sup>15</sup> GAMILLSCHEG: *Arbeitsrecht* I 216ff.

<sup>16</sup> GAMILLSCHEG: *Arbeitsrecht* I 117ff.

kollektive Arbeitsrecht ist in weiten Teilen Richterrecht. Das Recht des Arbeitskampfs wird sogar auch in den verfassungsrechtlichen Schriften immer als Prototyp richterlicher Rechtsgestaltung vorgestellt, ist doch der Gesetzgeber zu schwach, selbst eine Regelung zu erlassen (sie wäre auch kaum so effizient wie das Richterrecht und könnte dieses auch nicht ersetzen). Dabei wird freilich eines übersehen: um den Weg zum Richterrecht frei zu schaufeln, mußte das BAG (unter der Führung von Nipperdey) erst einmal Gesetzesrecht massiv wegräumen: nämlich den Satz *pacta sunt servanda*, wenn dem Arbeiter die Niederlegung der Arbeit und dem Arbeitgeber die Aussperrung erlaubt wurden, und § 823 BGB, wonach ein vorsätzlich herbeigeführter Schaden zum Ersatz verpflichtet. Daß der Richter hierzu befugt ist, wird ernsthaft nicht bestritten, auch wenn man über die Berechtigung der einen oder anderen Lösung geteilter Meinung sein kann. Es ist deshalb mit Recht der Schluß gezogen worden, daß die Vorschriften des BGB, deren Anwendung „dem Wesen des Arbeitsverhältnisses zuwiderläuft“,<sup>17</sup> verdrängt werden, sie bleiben im Filter der Prüfung, ob das Ergebnis ihrer Anwendung sozial erträglich ist, hängen. Paragraphen dagegen, die mit dem Wesen des Arbeitsrechts vereinbar sind – ein Beispiel § 630 BGB, wonach der Arbeitnehmer Anspruch auf ein Zeugnis hat – sind nach wie vor anwendbar, warum auch nicht.

Wider die Offensichtlichkeit dieser Entwicklung beharren jedoch die überwiegende Meinung im Schrifttum und nicht wenige gerichtliche Entscheidungen auf der grundsätzlichen Anwendbarkeit des BGB, auch wenn es an Hinweisen nicht fehlt, daß diese oder jene Norm für diesen oder jenen arbeitsrechtlichen Vorgang „nicht passt“. So lehnt etwa der Regensburger Arbeitsrechtler Richardi, ein überaus einflußreicher Schriftsteller, die erwähnte Aussage der Arbeitsgesetzbuchskommission rundherum ab und sieht in ihr sogar Reste eines autoritären Denkens weiterleben. Auch ein weiterer Entwurf eines Arbeitsverhältnisgesetzes (der sog. Professorenentwurf von 1992) und Entwürfe der Länder Sachsen und Brandenburg verweisen auf das BGB ohne den Vorbehalt der Vereinbarkeit mit den arbeitsrechtlichen Besonderheiten. So kommt es immer wieder zu Bemühungen um eine Lösung mittels eines § des BGB, die an dogmatischer Spiegelfechtereier den hier gebrachten Beispielen nicht nachstehen.

3. Der Gesetzgeber selbst weiß nicht, was er will oder wollen sollte. Immer wieder in den 30 Jahren nach 1970 hat er sich von der h.M. im Schrifttum anstecken lassen und wichtige arbeitsrechtliche Neuerungen wieder im BGB untergebracht. Ob dies daran liegt, daß das BGB in den zwölf verhängnisvollen Jahren des Nationalsozialismus kein großes Ansehen genossen hat und durch ein Volksgesetzbuch ersetzt werden sollte und man sich dem Verdacht, solchen Gedankengängen immer noch anzuhängen, nicht aussetzen wollte – ich weiß es

---

<sup>17</sup> NIKISCH: *Arbeitsrecht* Bd. I 162; ebenso § 128 S.2 des Entwurfs eines Arbeitsverhältnisgesetzes der Arbeitsgesetzbuchskommission von 1978.

nicht. Beispiele für die Rückführung des Arbeitsrechts in das BGB sind 1969 die Neufassung der §§ 622, 626 (Kündigungsfrist, Kündigung aus wichtigem Grund), 1972 § 613a (Regelung des Betriebsübergangs), 1980 §§ 611a, 611b (Gleichberechtigung der Frau); Auch § 105 GewO ist kürzlich in erneuerter sprachlicher Form bestätigt worden: „Arbeitgeber und Arbeitnehmer können Abschluß, Inhalt und Form des Arbeitsvertrags frei vereinbaren, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften, Bestimmungen eines anwendbaren Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung entgegenstehen“; und das BAG meint unbeirrt,<sup>18</sup> der Arbeitsvertrag sei „primäres privatrechtliches Mittel zum Ausgleich von Grundrechtspositionen im Arbeitsverhältnis“ (welche Verknennung der Lage!).

Andere Bereiche wie die Lohnfortzahlung bei Krankheit und Feiertag, das Recht der Betriebsrenten, der Nachweis der Arbeitsbedingungen, der Schutz vor sexueller Belästigung und Teilzeit und Befristung wurden wiederum in Gesetzen außerhalb des BGB untergebracht; Ein Plan oder auch nur die Erkenntnis der Bedeutung für die systematische Auslegung ist dahinter nicht zu sehen.

4. Das Arbeitsrecht ist nicht das einzige Gebiet geblieben, in dem das Fehlen eines wirtschaftlichen Gleichgewichts zwischen den Vertragspartnern das Vertragsprinzip, unter dem das BGB angetreten ist, in Frage gestellt hat. Das immer wieder genannte Parallelbeispiel ist das soziale Mietrecht, auch es im wesentlichen zwingendes Recht mit der Möglichkeit, Abweichendes zugunsten des Mieters zu vereinbaren. Als dritte große Gruppe der gegen den freien Vertrag zu schützenden Personen ist der „Verbraucher“ hinzugekommen, der nur die Wahl hat, ihm vorgelegte allgemeine Geschäftsbedingungen zu unterschreiben oder vom Vertrag Abstand zu nehmen. Es war mithin die Zeit gekommen, daraus die Folgerungen zu ziehen. Sie hätten darin bestanden, unter Verwendung der vielen Abweichungen des Arbeitsrechts vom Text des BGB ein Bürgerliches Gesetzbuch für die ungleichgewichtigen Verträge, also das Vermögensrecht der sozial Schwachen zu schreiben, mit einem eigenständigen Allgemeinen Teil, der den Vertragsgedanken dort zur Seite schiebt, wo seine Grundlage, die Parität, fehlt. Ich habe 1976 dem deutschen Zivilrecht diese Aufgabe vorgestellt,<sup>19</sup> doch war das in den Wind geschrieben.

5. Dann kam das Jahr 1998. Unter der Führung des Sozialdemokraten Schröder übernahm eine neue Regierung die Macht, darunter eine Justizministerin, deren Ehrgeiz, als Gesetzgeber in die Geschichte einzugehen, in einem Wirbelwind der Reformen nicht zu bremsen war. Aus geringfügigem Anlaß, der Einfügung der europäischen Richtlinie über den Kauf von Verbrauchsgütern, wurden in einem Kraftakt von wenigen Monaten der Vorbereitung und Diskussion

---

<sup>18</sup> BAG 19.6.2001, DB 2002, 223++.

<sup>19</sup> Archiv für die civilistische Praxis 1976, 197ff.

wichtige Teile des BGB umgestaltet. Für unser Thema steht hierbei die Eingliederung des Gesetzes über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als §§ 305 bis 310 in das allgemeine Schuldrecht und ihre Anwendung auf die (vorformulierten) allgemeinen Arbeitsbedingungen im Vordergrund. Was nunmehr gilt, beschäftigt seither die Juristen.

Oben wurde erwähnt, daß seit langem, darunter auch durch die Arbeitsgesetzbuchskommission, die salvatorische Klausel vorgeschlagen worden ist, BGB nur insoweit anzuwenden, als dem die Besonderheiten des Arbeitsrechts nicht entgegen stehen, und daß dies den Widerspruch der Arbeitsrechtler gefunden hat, die dem BGB die Treue hielten. Der damals erhobene Einwand, die Klausel sei zu weit und unbestimmt und widerspreche der Gewaltenteilung und sei deshalb methodisch unzulässig, ist nunmehr jedoch nicht mehr aufrecht zu erhalten. § 310 IV S. 2 gebietet ausdrücklich, bei Anwendung der Bestimmungen über die allgemeinen Geschäftsbedingungen Rücksicht auf die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ zu nehmen, und man meint zunächst, Zeuge einer schönen, wenn auch späten Anerkennung des oben erwähnten § 128 S. 2 des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchskommission zu sein. So ist es indessen nicht. Wenn „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ ein Abgehen von den Schutzvorschriften der §§ 305ff. gebieten, so kann sich das nur zugunsten des Arbeitgebers auswirken; ein Beispiel etwa die Gestattung einer Vertragsstrafe entgegen § 309 Z.6 (gegen die Zulässigkeit einer Vertragsstrafenvereinbarung für den Fall des Vertragsbruchs als solche soll hier kein Einwand erhoben werden). Die Schutzregeln der §§ 305 – 310 treten zurück, wenn arbeitsrechtliche Besonderheiten – die indessen nicht definiert werden<sup>20</sup> – dies verlangen sollten.

Ein anderer Streit betrifft die Frage, ob die Definition des „Verbrauchers“ („Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft ...abschließt, [das] weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“): nach dem Wortlaut ist dies unzweifelhaft auch der Arbeitnehmer, auch wenn außerhalb des engen Kreises der des neuen BGB mächtigen Juristen niemand im Volk auf diese Idee kommen wird. Das ist für einige andere Bestimmungen des Gesetzes von Bedeutung.<sup>21</sup>

Man muß befürchten, daß der Hinweis auf arbeitsrechtlichen Besonderheiten auch eine weitere Folge haben wird (oder zum Streitpunkt werden könnte). Gilt er nur in dem engen, kaum auszumachenden Bereich der allgemeinen Geschäftsbedingungen, so gilt nach allen Regeln der Auslegungskunst für das übrige neue BGB der Umkehrschluß, daß auf die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses keine Rücksicht zu nehmen ist. Wir

---

<sup>20</sup> Auch dies Stoff für viele künftige Aufsätze und Dissertationen; vgl. etwa BIRNBAUM: Was sind die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2003, 944ff.

<sup>21</sup> Vgl. kritisch LÖWISCH: *Festschrift Wiedemann* (2002) 311ff. (315).

wären dann wieder beim Rechtszustand von 1900, 100 Jahre Sonderentwicklung des Arbeitsrechts wären widerrufen, denn man wird nicht annehmen, daß das Gesetz schon am Tag seiner Verkündung das nicht mehr anordnet, was in ihm zu lesen ist.

Das BGB, das den Vertrag nur als zweiseitige Beziehung kennt, läßt auch in seiner neuen Gestalt eine wichtige Eigenart des Arbeitsverhältnisses unbeachtet. Das Arbeitsverhältnis enthält auch ein verbandsrechtliches Element, eine Beziehung der Arbeitnehmer untereinander; Stichworte sind nicht nur der Anspruch auf Gleichbehandlung, sondern auch viele andere, für das Arbeitsrecht typische und ihm vorbehaltene Erscheinungen, ein Beispiel etwa, Kurzarbeit und damit Lohneinbussen hinzunehmen, um damit die Kündigung anderer Arbeitnehmer zu vermeiden; auch die (vom Grossen Senat des BAG erfundene) „kollektive Günstigkeit“ kann man hier nennen, insoweit eine freiwillige Leistung bei dem einen Arbeitnehmer gekürzt werden kann, damit ein anderer Arbeitnehmer an ihr teilhaben kann.<sup>22</sup> Hierher gehören schließlich auch die Opfer, die dem Arbeitnehmer im Interesse der Tarifautonomie auferlegt werden, etwa wenn ein Angestellter den Anspruch auf Gehalt wegen eines Streiks verliert, den die Arbeiter für ihre Belange führen (die „dritte Dimension“ des Arbeitsrechts),<sup>23</sup> usw.

Daß wir wieder am Anfang stehen, ist freilich nicht anzunehmen; der Richter wird auch in Zukunft sozial ausgewogene und verständige Entscheidungen treffen, was immer im neuen Gesetz steht und was immer ihm Fachleute der Interpretation und Methodenlehre vorschreiben werden. Bedenklich ist, daß sich das Gefühl der Verachtung für die Schöpfungen des Gesetzgebers unserer Tage weiter verbreiten wird. Für den Schreiber dieses, Laszlo Nagy in Erinnerung an eine dreißigjährige freundschaftliche Zusammenarbeit gewidmeten Berichts ist die Lage dagegen fatal. Hatte er all die Zeit den Studenten und allen, die es hören oder nicht hören wollten, gepredigt, Arbeitsrecht und BGB zu trennen, so kann er dies nunmehr mit gutem Gewissen nicht mehr tun. Hoffen wir, daß es nicht wieder hundert Jahre dauert, bis die Schwächen und Unzulänglichkeiten des Jahres 2002 ausgebügelt sind.

---

<sup>22</sup> BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 = BAGE 53, 42.

<sup>23</sup> GAMILLSCHEG: *Arbeitsrecht* I 320f.

FRANZ GAMILLSCHEG

A NÉMET MUNKAJOG ÉS A BGB 1900 ÉS 2002 KÖZÖTT

(Összefoglalás)

A Német Birodalom magánjogát 1900-ban egységesítették a Polgári Törvénykönyvben (BGB), a munkaszerződés szabályozására a kor szellemének megfelelően azonban kevés figyelmet fordítottak. A munkajog önálló és összetett fejlődése ennek következtében contra legem következett be. A szerző ezt példák sokaságával mutatja be.

A bírói gyakorlat és a jogirodalom joghézag esetében 1950 után is a BGB általános alkalmazása mellett tört lándzsát. A Munka Törvénykönyvéről szóló tervezetek is ilyen utaló szabályt tartalmaztak anélkül, hogy a BGB szabályai megfelelne a munkajog különleges kérdéseinek szabályozására.

2002-ben a BGB több fontos szakaszát is módosították; míg a munkajog számára nem kevésbé fontos szabályok változatlanul maradtak. Kiemelendő, hogy az általános szerződési feltételekről szóló rendelkezések, amelyek eddig külön törvénybe voltak foglalva, a BGB 305-310. szakaszaiba kerültek és kiterjesztették azokat a munkajogviszonyokra is. Felvetődik a kérdés, hogy ezáltal az eddigi munkajogi különlegességek újra megszűntek?

A tanulmány befejezésül egy szkeptikus képet ad a jelenkor törvényhozásának jellegzetességéről.