

# Arbeitsrecht und Schuldrechtsmodernisierung – Dogmatische Reflexionen und praktische Auswirkungen ausgewählter Fragestellungen

## Projektleiter

Prof. Dr. Holger Senne

## Zeitraum

2002

## Förderung

Fachhochschule  
Dortmund,  
Forschungssemester

## Kontakt

Prof. Dr. Holger Senne,  
Fachbereich Wirtschaft,  
Fachhochschule  
Dortmund,  
Emil-Figge-Straße 42/44,  
44227 Dortmund,  
Telefon:  
(0231) 755-4949,  
E-Mail:  
holger.senne@  
fh-dortmund.de

## Kurzfassung

Das Schuldrecht der Bundesrepublik Deutschland erfuhr durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum 1. Januar 2002 eine grundlegende Änderung. Die Auswirkungen dieser Reform auf das Arbeitsrecht waren Gegenstand des Forschungsprojektes, das im SS 2002 abgeschlossen wurde.

Darstellung der Forschungsergebnisse:

Goethe ließ Mephisto im Faust Teil I (Studierzimmer, Schülerszene) noch klagen:  
Es erben sich Gesetz' und Rechte  
Wie eine ew'ge Krankheit fort;  
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte  
Und rücken sacht von Ort zu Ort.  
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage;  
Weh dir, dass Du ein Enkel bist!  
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,  
Vom dem ist, leider! nie die Frage.

Diese Phase scheint jedoch zumindest im Bereich des Schuldrechts mit In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zum 1. Januar 2002 in weiten Teilen überwunden. Von der Reform ist auch das Arbeitsrecht betroffen, denn das allgemeine Schuldrecht des BGB ist Basis der Sonderprivatrechte und damit auch des Arbeitsvertragsrechts. Allerdings gilt gemäß Art. 229 § 5 EGBGB eine Übergangsregelung. Für Arbeitsverhältnisse, die vor dem 1. Januar 2002 entstanden sind, findet das alte Recht bis zum 31. Dezember 2002 Anwendung. Das gilt auch dann, wenn der Vertragsschluss vor dem 1. Januar 2002 lag, der Arbeitsantritt aber erst im Jahre 2002 erfolgt. Die Rechte und Pflichten werden nach altem Recht begründet, auch wenn die Leistung erst 2002 fällig wird. Ab dem 1. Januar 2003 findet auch für diese Arbeitsverhältnisse nur noch das BGB in der dann geltenden Fassung Anwendung. Für Arbeitsverträge, die ab dem 1. Januar 2002 geschlossen werden, gilt unmittelbar das neue Recht. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz gestaltet wesentliche Teile des BGB neu. Kern der Novelle ist die grundlegende Neugestaltung des Leistungsstörungen-, des Verjährungs- und des Gewährleistungsrechts bei Kauf und Werkvertrag. Außerdem wurden bisher in eigenständigen Gesetzen geregelte Verbrauchervorschriften in das BGB eingegliedert, so nicht nur das nunmehr auch für das Arbeitsrecht bedeutsame Recht zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern u.a. auch das Verbraucherkreditgesetz und das Haustürwiderrufgesetz. Ein weiteres Anliegen des Gesetzgebers

war es, praeter legem richterrechtlich entwickelte Rechtsinstitute wie die positive Forderungsverletzung, die culpa in contrahendo, den Wegfall der Geschäftsgrundlage und die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen in das BGB aufzunehmen. Das BGB soll hierdurch wieder seinen Rang als die zentrale Zivilrechtskodifikation erhalten. Das Arbeitsrecht wird durch die Reform in vielfältiger Weise tangiert, es war jedoch nicht im zentralen Blickpunkt des Gesetzgebers. Dadurch werden vielfältige Fragen aufgeworfen, die zunächst die Arbeitsvertragsparteien, letztlich jedoch auch die Arbeitsgerichtsbarkeit beschäftigen werden. Ziel des Forschungsprojektes war es, ausgewählte Fragestellungen, die durch die Neuregelung entstanden sind, aufzuzeigen und sie aus dem Blickwinkel des Arbeitsrechtlers zu reflektieren.<sup>1</sup>

## Culpa in contrahendo oder die Kodifizierung von Richterrecht?

Als Arbeitsrechtler sind wir es gewöhnt, dass große Bereiche unserer Normen aus richterrechtlichen Grundsätzen bestehen. Vielfach ist im Arbeitsrecht der Gesetzgeber dem Arbeitsrichter gefolgt. Häufig bestand die Auffassung, das Arbeitsrecht „sei in Kassel (heute müßten wir sagen „Erfurt“) gut aufgehoben“<sup>2</sup>. Bei einer gesetzlichen Regelung der c.i.c. könnte man vermuten, dass die richterrechtlich entwickelten Grundsätze hinsichtlich Tatbestand und Rechtsfolge in Gesetzesform normiert werden. Wer das erwartet, wird jedoch enttäuscht. Die zukünftige Anspruchsgrundlage einer c.i.c. lautet: §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB. Ob dieses für einen Studenten der Rechtswissenschaft oder gar einen Laien hilfreich ist, mag bezweifelt werden. Die auf den ersten Blick etwas umständlich anmutende Rechtsgrundlage ist Folge der Systematik des neuen Rechts der Leistungsstörungen. Unter einer Leistungsstörung wird nunmehr jede nicht vertragsgemäße Leistung eines Schuldners verstanden. Der Begriff umfasst die Fälle der verspäteten Leistung, der Schlechtleistung, der ausbleibenden Leistung, der Verletzung von Nebenpflichten sowie die Lieferung oder Herstellung einer mangelhaften Sache. Grundnorm des Schadensersatzes ist § 280 Abs. 1 BGB, der dem Gläubiger bei Vorliegen einer verschuldeten Pflichtverletzung einen Schadensersatzanspruch gewährt. Diese Grundnorm wird durch die §§ 281 bis 288 BGB ergänzt. Schließlich ist auf die Grundnorm auch im Falle einer c.i.c. zurückzugreifen. Ein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss kann im Arbeitsrecht begründet

1) Eine Dokumentation der Forschungsergebnisse ist in der Gedächtnisschrift für Walther Skaupy, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 361 ff. enthalten

2) So Schwerdtner, ZFA 1979, 3

sein, wenn der verhandelnde Arbeitgeber bei seinem Vertragspartner leichtfertig die unzutreffende Vorstellung erweckt, der Arbeitsvertrag werde zustande kommen und der Verhandlungspartner könne sich darauf einstellen und daher ohne Risiko sein bisheriges Arbeitsverhältnis kündigen, um sich für die Aufnahme der Tätigkeit bei dem verhandelnden Arbeitgeber freizumachen.<sup>3</sup> Hinsichtlich der Rechtsfolge war allgemein anerkannt, dass die Schadenersatzpflicht auf den Ersatz des Vertrauensschadens begrenzt war, der Geschädigte demgemäß so gestellt wurde, als wäre er mit dem Verhandlungspartner nie in Kontakt gekommen.<sup>4</sup> Dabei konnte im Einzelfall der zu ersetzende Schaden höher als das Erfüllungsinteresse sein, z. B. bei Veranlassung der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses mit höherem Arbeitsentgelt.<sup>5</sup> Der zu ersetzende Vertrauensschaden war nicht durch das Erfüllungsinteresse begrenzt.

Der Gesetzgeber hat nunmehr anknüpfend an § 241 Abs. 2 BGB klargestellt, dass ein Schuldverhältnis mit entsprechenden (Schutz- u.a.) Pflichten bereits vor und selbst ohne nachfolgenden Vertragsschluss entstehen kann. Das Gesetz begnügt sich in § 311 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 mit einer generalklauselartigen Beschreibung der in Betracht kommenden Konstellationen. Bereits in der Begründung zum Gesetzentwurf<sup>6</sup> wurde eingeräumt, die vorgesehene Regelung wolle das Institut der culpa in contrahendo nicht in allen Einzelheiten regeln. Dies wäre angesichts der großen Bandbreite und Vielfalt der zu berücksichtigenden Pflichten nicht zu leisten und nicht erstrebenswert. Es solle vielmehr eine abstrakte Regelung vorgesehen werden, die der Ausdifferenzierung und Fortentwicklung durch die Rechtsprechung zugänglich sei. Völlig im Stich gelassen wird der Rechtsanwendende hinsichtlich einer dezidiert geregelten Rechtsfolge. Die Begründung begnügt sich insoweit mit dem ebenso zutreffenden wie lapidaren Hinweis auf die Grundnorm des § 280 BGB.<sup>7</sup> Die insoweit aufgestellten richterrechtlichen Grundsätze haben daher nach wie vor Bedeutung. Für die Arbeitsrechtler gilt es damit auch zukünftig insoweit vertrauensvoll nach Erfurt zu schauen.

#### **Die Grundnorm des Schadenersatzes und seine arbeitsrechtliche Modifizierung**

§ 280 Abs. 1 BGB gewährt dem Gläubiger einen Anspruch auf Schadenersatz für den Fall, dass der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt hat. Der Anspruch auf Schadenersatz besteht nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Für einen Anspruch nach § 280 Abs. 1 BGB müssen danach folgende Tatbestandsmerkmale vorliegen:

Schaden,  
Schuldverhältnis,  
Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis,  
Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden,  
Schuldner hat Pflichtverletzung zu vertreten.  
Als Rechtsfolge ergibt sich ein Anspruch auf Ersatz des aus der Pflichtverletzung entstandenen Schadens.

Gesetzestechisch hat § 280 Abs. 1 S. 2 BGB eine Doppelfunktion. Einmal enthält er das Tatbestandsmerkmal des Vertretenmüssens. Zum anderen begründet er aufgrund seiner Formulierung zugleich eine Beweislastregel: Grundsätzlich ist von einem Verschulden auszugehen. Der Schuldner kann jedoch das Gegenteil - sein Nichtvertretenmüssen - beweisen und damit die gesetzliche Vermutung widerlegen. In § 619 a BGB wird die Beweislastregel für die Haftung des Arbeitnehmers umgekehrt. Der klagende Arbeitgeber muss das Verschulden seines Arbeitnehmers darlegen und im Bestreitensfall beweisen. Trotz des missverständlichen Wortlauts („abweichend von § 280 Abs. 1“) bezieht sich die Norm ausschließlich auf das Vertretenmüssen des Arbeitnehmers und damit nur auf § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. In der Literatur<sup>8</sup> wird zutreffend eine teleologische Reduktion der Norm für die Fallgestaltungen erwogen, in denen der Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber durch eine nicht betrieblich veranlasste Handlung schädigt. Bei diesen Sachverhalten greifen nach der Rechtsprechung die Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung nicht ein.<sup>9</sup> Die Ratio des § 619 a BGB entfällt für Sachverhalte, in denen eine Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers materiellrechtlich ausscheidet.

#### **Die Reform des § 276 BGB und seine arbeitsrechtlichen Auswirkungen**

Nach dem heutigen Wortlaut des § 276 Abs. 1 BGB ist eine mildere Haftung u. a. dann anzunehmen, wenn diese bestimmt (d. h. vertraglich vereinbart) oder aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist. Durch die richterrechtlichen Grundsätze zur beschränkten Arbeitnehmerhaftung<sup>10</sup> ist anerkannt, dass der Anspruch eines Arbeitgebers gegen seinen Arbeitnehmer begrenzt bzw. ganz ausgeschlossen sein kann, wenn es sich um einen Schaden handelt, der während einer betrieblich veranlassten Tätigkeit entstanden ist. Für derartige Tätigkeiten hat die Rechtsprechung bekanntermaßen eine

3) Vgl. BAG Urteil vom 10.11.1955 AP Nr. 1 zu § 276 BGB Vertragsabschluss; BAG Urteil vom 7.6.1963 EzA § 276 BGB Nr. 8; BGH NJW 1975, 1774

4) Vgl. BAG Urteil vom 10.11.1955 AP Nr. 1 zu § 276 BGB Vertragsabschluss; BAG Urteil vom 7.6.1963 EzA § 276 BGB Nr. 8

5) BAG Urteil vom 15.5.1974 EzA § 249 BGB Nr. 8

6) BT-Drucksache 14/6040, S. 162

7) BT-Drucksache 14/6040, S. 162 re. Sp.

8) Oetker, BB 2002, 43 ff., 44

9) Siehe z. B. BAG (GS), AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers

10) Zu den Grundsätzen der beschränkten Arbeitnehmerhaftung vgl. z. B. Kasseler Handbuch/Künzl 2.1 Rz. 244 ff., Petra Senne, Arbeitsrecht, Das Arbeitsverhältnis in der betrieblichen Praxis, S. 56 ff. jeweils m. w. N.

Haftungsdreiteilung festgesetzt: Der Arbeitnehmer haftet nicht bei leicht fahrlässigem Handeln, er haftet teilweise bei normaler Fahrlässigkeit bzw. in vollem Umfang bei vorsätzlichem bzw. grob fahrlässigem Handeln. Zusätzlich sind auch bei grober Fahrlässigkeit nach der Rechtsprechung Haftungserleichterungen möglich, wenn sich aufgrund der Umstände des Einzelfalls ein deutliches Missverhältnis des Verdienstes des Arbeitnehmers im Verhältnis zum Schadensrisiko seiner Tätigkeit ergibt. Die Rechtsprechung berücksichtigt in diesem Zusammenhang die Verantwortung des Arbeitgebers für die Organisation des Betriebes und die Gestaltung der Arbeitsbedingungen. Der Arbeitnehmer kann die vorgegebenen Arbeitsbedingungen nicht beeinflussen, vielmehr bestimmt diese der Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts. Dies führt dazu, dass ein Arbeitgeber, der einen einfachen Arbeitnehmer mit der Bedienung einer besonders teuren Maschine beauftragt, sich das von ihm veranlasste Risiko im Rahmen einer gerechten Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis zurechnen lassen muß. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur beschränkten Arbeitnehmerhaftung sollte durch die Schuldrechtsreform nicht berührt werden.<sup>11</sup> Der Gesetzgeber war aber der Auffassung, dass der neu gefasste § 276 BGB eine bessere Absicherung dieser Judikatur biete und daher nicht mehr auf den § 254 BGB zurückgegriffen werden müsse. Dogmatisch führt dieses dazu, dass die Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung bereits im Rahmen des Vertretenmüssens und nicht erst als Haftungsausschluß berücksichtigt werden müssen.<sup>12</sup> Sachliche Änderungen sind durch die Reform jedoch im Bereich des Rechts der Arbeitnehmerhaftung nicht eingetreten.

### Die Höhe der Verzugszinsen für Entgeltforderungen des Arbeitnehmers

Die Verzugszinsen haben in Umsetzung der Richtlinie 2000/35/EG vom 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr<sup>13</sup> in § 288 BGB ebenfalls eine Neuregelung erfahren. Dieser Anspruch ist kein Unterfall des allgemeinen Schadensersatzanspruchs wegen Verzögerung der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB. Vielmehr ist § 288 Abs. 1 S. 1 BGB eine eigenständige Anspruchsgrundlage, deren Voraussetzungen unabhängig von den allgemeinen Voraussetzungen für den Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung geregelt sind. Gemäß § 288 Abs. 1 S. 2 BGB beträgt der Verzugszins grundsätzlich fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz nach Maßgabe des § 247 BGB. Für bestimmte Geldforderungen sieht Abs. 2 den deutlich höheren

Verzugszinssatz von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz vor, der nur für Forderungen gilt, an denen kein Verbraucher beteiligt ist. Der Begriff des Verbrauchers erfährt in § 13 BGB eine Legaldefinition. Danach ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes wurde die Befürchtung geäußert, dass ein Arbeitnehmer, der etwa mit der Rückzahlung einer Entgeltüberzahlung in Verzug geraten sei, dem erhöhten Verzugszinssatz ausgesetzt sein könnte.<sup>14</sup> Dieses Ergebnis wird allgemein als unangenehm empfunden. Der Gesetzgeber schein den Arbeitnehmer an dieser Stelle schlicht vergessen zu haben.<sup>15</sup> Die Korrektur wird überwiegend in einer europarechtskonformen Auslegung des § 288 Abs. 2 BGB unter Berücksichtigung der RL 2000/35/EG gesehen, die methodisch auf eine teleologische Reduktion der Verzugszinsregelung hinausläuft.<sup>16</sup> Der erhöhte Zinssatz gehe auf die EU-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr zurück. Erfasst werden sollten nur „Geschäftsvorgänge zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen, die zu einer Lieferung von Gütern oder Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt führen“<sup>17</sup>. Folglich sei auch der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass § 288 Abs. 2 BGB nur auf den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern Anwendung finden solle.

Es liegt damit eine fast klassische Argumentation der juristischen Methodenlehre vor, die an den Meister der juristischen Dogmatik Karl Larenz erinnert: „*Teleologische Auslegung heißt Auslegung gemäß den erkennbaren Zwecken und dem Grundgedanken einer Regelung. Die einzelne Bestimmung ist im Rahmen ihres möglichen Wortsinns und in Übereinstimmung mit dem Bedeutungszusammenhang des Gesetzes in dem Sinne auszulegen, der den Zwecken der gesetzlichen Regelung und dem Rangverhältnis dieser Zwecke optimal entspricht. Dabei hat der Auslegende stets die Gesamtheit der Zwecke im Auge zu behalten, die einer Regelung zugrunde liegen. Diese Zwecke werden zwar meist auch dem Gesetzgeber vor Augen gestanden haben, er braucht aber nicht alle sich daraus im einzelnen ergebenden Folgerungen übersehen zu haben. Indem der Auslegende zwar von den Zwecksetzungen des historischen Gesetzgebers ausgeht, diese aber in ihren Konsequenzen weiter durchdenkt und die einzelnen Gesetzesbestimmungen an ihnen ausrichtet, geht er bereits über den als historisches Faktum*

11) Vgl. Stellungnahme Bundesregierung, BT-Drucksache 14/6587, S. 48 zu Nr. 21

12) Kritisch demgegenüber AnwKom-BGB-Dauner-Lieb § 276 Rn 28

13) ABLEG Nr. L 200, S. 35 ff.

14) So z. B. Löwisch, NZA 2001, 465 ff., 466 m. w. N.

15) Berkowsky, AuA 2002, 11 ff., 15

16) So im Ergebnis Bauer / Kock, DB 2002, 42 ff., 46, Jousen, NZA 2001, 745 ff., 749, ihm folgend Berkowsky, AuA 2002, 11 ff., 15

17) Richtlinie, a.a.O. (Fn. 11), Art. 2 Nr. 1

verstandenen „Willen des Gesetzgebers“ und die konkreten Normvorstellungen der Gesetzesverfasser hinaus, versteht er das Gesetz in der ihm eigenen Vernünftigkeit.“<sup>18</sup> (Zitatende) Der Glaube an eine eigene „Vernünftigkeit des Gesetzes“ mag für viele etwas Beruhigendes haben.<sup>19</sup> Jedoch fordert dieser methodische Ansatz ein Zugeständnis, welches in keiner anderen Wissenschaft in dieser Form eingefordert wird: nämlich dass der Zweck eines Gegenstands seinem Inhalt gleichgesetzt wird, oder anders formuliert, dass von dem Zweck eines zu erkennenden Gegenstands auf seinen Inhalt geschlossen werden kann. Zweck und Inhalt eines Gegenstands sind jedoch zweierlei, ansonsten könnten wir die (Lebens-)Erfahrung einer Zweckverfehlung niemals machen. Wir begegnen daher der Vorstellung von einer Norm, die „klüger“ als ihr Schöpfer ist, mit Skepsis. Vereinzelt wird in der Literatur<sup>20</sup> der Arbeitnehmer unter den in § 13 BGB legaldefinierten Verbraucherbegriff subsumiert mit der Folge, dass § 288 Abs. 2 BGB nicht zur Anwendung gelangt. Der Arbeitnehmer ist eine natürliche Person, das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft ist der Arbeitsvertrag. Die Zweckbestimmung des Vertragsschlusses darf weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Unter einer gewerblichen Tätigkeit ist eine kaufmännische oder sonstige selbständige, auf Dauer angelegte entgeltliche Tätigkeit zu verstehen, die sich als Beteiligung am allgemeinen Wirtschaftsverkehr darstellt und keinen freiberuflichen Charakter hat.<sup>21</sup> Eine gewerbliche Tätigkeit zeichnet sich damit durch Autonomie aus, wer nicht selbständig ist, kann keine gewerbliche Tätigkeit ausüben. Insofern entspricht es allgemeiner Anschauung, dass der Arbeitnehmer keiner gewerblichen Tätigkeit nachgeht. Er schließt den Arbeitsvertrag ebenfalls nicht im Rahmen einer selbständigen beruflichen Tätigkeit ab. Denn Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Arbeit verpflichtet ist. Insofern enthält § 84 Abs. 1 S. 2 HGB ein typisches Abgrenzungsmerkmal. Nach dieser Bestimmung ist selbständig, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Unselbständig und deshalb persönlich abhängig ist dagegen derjenige, dem dies nicht möglich ist. Die Unselbständigkeit der Tätigkeit ist damit charakteristisch für den Arbeitnehmer. Schließt der Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag ab, dann unterfällt er hierbei und in dem hierdurch begründeten Rechtsverhältnis dem Verbraucherbegriff des § 13 BGB; § 288 Abs. 2 BGB kommt damit nicht zur Anwendung.

## Die Anwendung der AGB-Regelungen im Arbeitsrecht

Bestandteil eines Arbeitsvertrages können Einheitsregelungen sein, die nicht individuell mit dem einzelnen Arbeitnehmer ausgehandelt werden, sondern aufgrund von Formulararbeitsverträgen für alle oder einen Teil der Arbeitnehmer eines Betriebs gelten. Diese Einheitsregelungen sind den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vergleichbar, da es sich um Vertragsbedingungen handelt, die vom Arbeitgeber einseitig festgelegt und dem Arbeitnehmer gleichsam „diktiert“ werden. Die Formulararbeitsverträge waren jedoch dem ABG-Gesetz nicht unterworfen, da § 23 Abs. 1 ABG a.F. für das Arbeitsrecht eine generelle Bereichsausnahme enthielt. Wertungen des AGB-Gesetzes fanden lediglich über eine Inhaltskontrolle nach § 242 BGB Berücksichtigung.<sup>22</sup> Diese Situation ist durch § 310 Abs. 4 BGB grundlegend verändert worden, der quasi in „letzter Minute“ aufgrund einer Anregung des Bundesrates in der nun verabschiedeten Fassung in das Gesetzgebungsverfahren Eingang fand.<sup>23</sup> Gemäß § 310 Abs. 4 S. 1 BGB sind vom Anwendungsbereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur noch die arbeitsrechtlichen Kollektivvereinbarungen (Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen) ausgenommen. Demgegenüber sind nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB Arbeitsverträge grundsätzlich den AGB-Bestimmungen unterstellt. § 305 Abs. 2 und 3 wurden davon allerdings ausdrücklich ausgenommen, § 2 des Nachweisgesetzes enthält insoweit Spezialregelungen. Bei der Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen sind aufgrund der gesetzlichen Regelung „die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“. Die Regelung ist unklar, da nicht sicher ist, was unter dem vorstehenden Merkmal zu verstehen ist. Grundlegende Änderungen werden allerdings für die Praxis im Ergebnis allgemein nicht erwartet<sup>24</sup>, lediglich die dogmatische Begründung bestimmter Ergebnisse verändert sich, da nun unmittelbar die in das BGB integrierten AGB-Regelungen Anwendung finden: Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 305 b BGB). Überraschende Klauseln werden nicht Vertragsbestandteil (§ 305 c Abs. 1 BGB). Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des den Formulararbeitsvertrag nutzenden Arbeitgebers (§ 305 c Abs. 2 BGB). Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil des Arbeitsvertrages geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam (§ 306 Abs. 2 BGB).

18) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 332

19) Uns beruhigt sie - das sei angemerk - keineswegs, sondern läßt uns eher an die mahnenden Worte Hattenhauers, ZRP 1978, 83ff., 86 denken: „Als der Nationalsozialismus seine Herrschaft antrat, verzichtete man bewußt auf die Verabschiedung eines neuen Zivilgesetzbuches. Man vertraute mit Erfolg darauf, daß die Richter durch Ausfüllen der Generalklauseln mit NS-Ideologie das Zivilrecht auf den gewünschten Kurs bringen würden. Politische Machtübernahme und politischer Machtwechsel vollziehen sich im Zivilrecht heute nicht mehr primär über eine neue Gesetzgebung, sondern über die Umerziehung der Richter zu den neuen Lehren und über das Richterrecht. Man muß daher Bedenken hegen, wenn die in einer Demokratie durchzuführende Reform auf dieser Ebene veranstaltet wird.“

20) Boemke, BB 2002, 96 f.

21) AnwKom-BGB-Ring § 14 Rn. 10

22) Vgl. z. B. BAG Urteil vom 16.3.1994 AP Nr.

23) Eine erste Analyse dieses Themenbereichs hat Bartz, AuA 2002, 62 ff. vorgenommen.

24) So AnwKom-BGB-Henrichs § 310 Rn. 18; Berkowsky, AuA 2002, 11 ff., 15

§ 307 Abs. 1 und 2 BGB schließen eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers aus. Allerdings ist zu beachten, dass es im Arbeitsrecht im Vergleich zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Teil unterschiedliche Korrekturprinzipien gibt. So hat die Arbeitsrechtsprechung beispielsweise häufig eine geltungserhaltende Reduktion unwirksamer vorformulierter Klauseln auf ihren gerade noch zulässigen Inhalt vorgenommen.<sup>25</sup> Im AGB-Recht gilt demgegenüber ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.<sup>26</sup> Das entspricht dem Schutzzweck der AGB-Bestimmungen. Müsste der Verwender äußerstenfalls befürchten, dass die von ihm verwendeten AGB auf den gerade noch zulässigen Inhalt zurückgeführt werden, bestünde kein Risiko und entsprechend auch kein Anreiz, sich möglichst um inhaltlich angemessene AGB zu bemühen. Ob die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung ausschließen werden, ist schwer zu prognostizieren, wobei zu berücksichtigen ist, dass in Einzelentscheidungen bereits bisher eine geltungserhaltende Reduktion abgelehnt wurde.<sup>27</sup> Die Neuregelung gibt auch insoweit keine klaren Vorgaben.

### Die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund

Der Gesetzgeber hat in § 314 BGB eine allgemeine Regelung über die fristlose Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund eingeführt. Systematisch kommt sie im Arbeitsrecht nicht zur Anwendung, da sie in diesem Bereich durch den Tatbestand *lex specialis* des § 626 BGB ausgeschlossen wird.<sup>28</sup> Für den Arbeitsrechtler lohnt jedoch eine Auseinandersetzung mit der Norm, da in § 314 Abs. 2 BGB erstmals für die verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung das Abmahnungserfordernis gesetzlich festgeschrieben wurde, welches bisher lediglich richterrechtlich begründet war. Zu untersuchen bleibt damit, ob das Abmahnungserfordernis des Arbeitsrechts aufgrund einer Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers mittelbar eine Änderung erfahren hat. Nach der älteren Rechtsprechung war die Abmahnung nur im Leistungsbereich vor Anspruch der Kündigung notwendig. Hiervon ist die Rechtsprechung zunehmend abgewichen.<sup>29</sup> Heute lautet der Grundsatz: Eine Abmahnung ist stets dann erforderlich, wenn es sich um ein steuerbares Verhalten handelt, das bisherige Verhalten noch keine klare Negativprognose zulässt und deswegen die Möglichkeit einer künftigen vertragskonformen Beziehung besteht.<sup>30</sup>

Die Abmahnung ist nach der Rechtsprechung nicht zumutbar, wenn die Vertragsverletzungen so schwerwiegend sind, dass der Arbeitnehmer nicht damit rechnen kann, der Arbeitgeber werde derartige Vertragspflichtverletzungen hinnehmen. Entbehrlich ist eine Abmahnung auch dann, wenn erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer gar nicht gewillt ist, sich vertragsgerecht zu verhalten. Dies gilt insbesondere dann, wenn er seine Pflichtverletzungen hartnäckig fortsetzt.

Die Abmahnung verspricht keinen Erfolg, wenn der Arbeitnehmer seine Verhaltenspflichten überhaupt nicht einhalten kann. Dies kann der Fall sein bei Erkrankungen oder bei fehlender Eignung. Dagegen kann bei Verstößen gegen das Vertrauen nicht ohne weiteres von der Entbehrlichkeit der Abmahnung ausgegangen werden. Auch geschwundenes Vertrauen kann wieder hergestellt werden. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Rechtsprechung bei der verhaltensbedingten Kündigung heute vom Grundsatz des Abmahnungserfordernisses ausgeht, für besonders schwere Störungen des Arbeitsverhältnisses jedoch Ausnahmen anerkennt. Zu fragen ist, ob die Neuregelung diese Rechtslage verändert. § 314 Abs. 2 BGB erklärt § 323 Abs. 2 BGB für entsprechend anwendbar. Die Regelung ist eigentlich für den Rücktritt konzipiert. Sie erklärt die Fristsetzung u. a. dann für entbehrlich, wenn eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung vorliegt (Nr. 1), oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen „den sofortigen Rücktritt rechtfertigen“ (Nr. 3). Die entsprechende Rechtsanwendung führt dazu, dass unter den vorgenannten Voraussetzungen auch eine Abmahnung entbehrlich ist. Abweichungen von der bisherigen Rechtslage sind damit im Ergebnis nicht erkennbar.<sup>31</sup>

### Die Betriebsrisikolehre und ihre gesetzliche Verankerung

§ 615 BGB hat durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz einen neuen Satz 3 erhalten: „Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt.“ An den bisherigen Regelungen der Sätze 1 und 2 sowie an den Voraussetzungen des Annahmeverzugs gemäß §§ 293 ff. BGB (mit Ausnahme einer minimalen Korrektur im Text des § 296 BGB) wurden keine Änderungen vorgenommen. Es handelt sich damit um eine Teilkodifikation der sog. arbeitsrechtlichen Betriebsrisikolehre.<sup>32</sup> Der Gesetzgeber hat sich jedoch mehr darauf beschränkt, das Rechtsinstitut zu erwähnen, ohne Tatbestand und Rechtsfolge dezidiert zu

25) Im Fall übermäßig langer Rückzahlungsfristen von Gratifikationszahlungen hat beispielsweise die Rechtsprechung regelmäßig gestützt auf § 315 BGB die Bindungswirkung auf das von der Rechtsprechung erlaubte Höchstmaß zurückgeführt; vgl. dazu Kasseler Handbuch/Lipke 2.3 Rz.321 m.w.N. auf die einschlägige Rechtsprechung.

26) Siehe dazu Hennrichs in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das Neue Schuldrecht, 2002, S. 205

27) Vgl. BAG Urteil vom 14.6.1995 AP Nr. 176 zu § 611 BGB Gratifikation

28) AnwKom-BGB-Krebs § 314 Rn. 10

29) Vgl. BAG Urteil vom 4.6.1997 AP Nr. 137 zu § 626 BGB

30) Sie dazu umfassend Kasseler Handbuch/Kleinbrink 6.2 Rz. 44 ff. m.w.N.

31) Ebenso Berkowsky, AuA 2002, 11 ff., 14

32) Vgl. dazu BT-Drucksache 14/6857, S. 47 f. zu Nr. 21

regeln. § 615 S. 3 BGB enthält lediglich eine Rechtsfolgenverweisung<sup>33</sup>; die erforderlichen Tatbestandsmerkmale sind weiterhin den richterrechtlichen Rechtsgrundsätzen der Betriebsrisikolehre zu entnehmen.<sup>34</sup> Diese beantwortet die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber den Lohn zu zahlen hat, wenn im Betrieb aus Gründen, die weder er noch der Arbeitnehmer verschuldet hat, nicht gearbeitet werden kann. Die Betriebsrisikolehre hat seit der berühmten Entscheidung des Reichsgerichts im Kieler Straßenbahnfall<sup>35</sup> sowohl sachlich als auch in der dogmatischen Begründung vielfache Modifikationen erfahren. Heute läßt sich zusammenfassend sagen, das Betriebsrisiko trägt grundsätzlich der Arbeitgeber, weil er den Betrieb organisiert und leitet, wirtschaftlich initiativ wird und die Erträge bezieht. Eine Ausnahme besteht dann, wenn die Betriebsstörung auf Arbeitsk Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmerseite beruht (Arbeitskampfrisiko). Während des Arbeitskamps wird innerhalb des betroffenen Unternehmens das Lohnrisiko auf die Arbeitnehmerseite verlagert.

Bei einem Streik verlieren alle betroffenen Arbeitnehmer desselben Unternehmens ihren Anspruch auf Lohnfortzahlung. Auch im Fall der Fernwirkung eines Streiks kann das Lohnrisiko auf die arbeitswilligen Arbeitnehmer verlagert werden.

Ob eine solche Risikoverlagerung eintritt, ist anhand des Grundsatzes der Kampfparität zu entscheiden. Kann die Lohnfortzahlung in dem mittelbar betroffenen Betrieb die Kampfparität zwischen den kampf führenden Parteien beeinflussen, entfällt der Lohnanspruch der Arbeitnehmer in dem mittelbar betroffenen Betrieb. Dieses ist insbesondere dann anzunehmen, wenn für den mittelbar betroffenen Betrieb dieselben Verbände zuständig sind, die auch den laufenden Arbeitskampf führen.

Mit der Teilkodifizierung in § 615 S. 3 BGB steht fest, dass das Betriebsrisiko ein Fall des Annahmeverzugs<sup>36</sup> darstellt, die Annahme einer Regelungslücke<sup>37</sup> ist damit überholt. Im Hinblick auf die erfolgte Teilkodifikation ergibt sich die dogmatisch wichtige Frage, ob der derzeitige richterrechtliche Stand des Rechtsinstituts inzident festgeschrieben wurde, oder ob es sich um eine Art dynamischer Verweisung handelt, die der Rechtsprechung weitergehende Entwicklungen offenläßt. Die Begründung merkt an, dass die Rechtsprechung diesen Grundsatz (der Lohnfortzahlung) wie bisher konkretisieren und den Besonderheiten der denkbaren Fallgestaltungen Rechnung tragen solle. Insofern ist von

einer dynamischen Verweisung auszugehen, die jedoch in Anbetracht des Verhältnisses von Richter- und Gesetzesrecht gesetzessystematisch höchst zweifelhaft ist.<sup>38</sup> Wellenstreiks, spontane Streiks oder veränderte Arbeitsk Kampfformen können neue Fragestellungen im Hinblick auf die Pflicht zur Vergütungsfortzahlung aufwerfen, die die Rechtsprechung gegebenenfalls zu Modifikationen veranlassen wird. Auch hier gilt es, die Erfurter Entwicklungen im Blick zu behalten, da der Gesetzgeber selbst sich seiner Verantwortung nicht gestellt hat.

### Zusammenfassung

Das Arbeitsrecht wird durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in vielfältiger Weise berührt. Der Gesetzgeber hat sich mit den Auswirkungen der Reform auf das Recht der Arbeit - wenn überhaupt - nur am Rande befasst. Die Kodifikation richterrechtlicher Rechtsinstitute ähnelt einer „Merkzettelgesetzgebung“. Auf die klare Regelung von Tatbestand und Rechtsfolge wird vielfach verzichtet, der Gesetzgeber gibt den Spielball an die Rechtsprechung zurück und überläßt ihr die Entwicklung oder Fortentwicklung präziser Grenzziehungen. Für einen Gesetzgeber ist dieses eher eine Bankrotterklärung als ein Ruhmesblatt. Die gesetzlichen „Unschärfen“ erzeugen Rechtsunsicherheit und provozieren Rechtsstreitigkeiten.

Die Auswirkungen der gesetzlichen Neuregelungen auf die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte werden vermutlich gering sein. Es ist zu erwarten, dass man an hergebrachten Grundsätzen festhält, soweit der Gesetzgeber selbst schweigt.

Für die Arbeitsvertragsparteien stellt die Schuldrechtsmodernisierung keine Hilfestellung dar. Das neue Recht sowie die gesetzliche Andeutung von richterrechtlichen Rechtsinstituten sind keineswegs verständlicher als die hergebrachten Rechtsgrundsätze. Viele Detailfragen lassen sich erst unter Heranziehung der bisherigen Kommentare, Literatur und Rechtsprechung klären. Für eine Kodifikation des Arbeitsrechts scheint die Zeit noch nicht reif.<sup>39</sup>

### Veröffentlichung

Holger Senne / Elke Platzhoff, Arbeitsrecht und Schuldrechtsmodernisierung - Dogmatische Reflektionen und praktische Auswirkungen ausgewählter Fragestellungen, erschienen in: Franchising im Wandel, Gedächtnisschrift für Walther Skaupy, herausgegeben von Dr. Eckhard Flohr, Verlag C. H. Beck, München 2003, S. 361 ff.

33) Ebenso AnwKom-BGB-Dauner-Lieb § 615 Rn.3

34) Zur Entwicklung der Betriebsrisikolehre sowie zum Arbeitsk kampfrisiko vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 9. Aufl., 2000, § 101, S. 1011 m. w. N.

35) RG Urteil vom 6.2.1923 RGZ 106, 272

36) So bereits zum bisherigen Recht z. B. Preis, Arbeitsrecht, § 44 S. 443

37) So z. B. noch BAG Urteil vom 8.2.1957 AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko

38) Ebenso AnwKom-BGB-Dauner-Lieb § 615 Rn 4

39) Dazu bereits grundlegend Senne, Die Entwürfe zu einem Arbeitsvertragsgesetz, Diss. Marburg 1980