

# Arbeitsrecht im Wandel der Zeit

Richardi

2019

ISBN 978-3-406-74304-7

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](http://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](http://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Streitigkeiten war dagegen in dramatischer Weise von Anfang an anders verlaufen. Der Arbeitsanfall in den neuen Bundesländern (ohne Berlin-Ost) war bereits 1990 im Vergleich zum Vorjahr um mehr als das Sechsfache gestiegen und stieg weiter an. Ende 1991 waren mit Überhängen von 1990 noch 140 489 Verfahren anhängig.

Zum Aufbau der Arbeitsgerichtsbarkeit in den neuen Bundesländern und zum Abbau des großen Überhangs an unerledigten Verfahren seit 1992 musste in großem Umfang die Hilfe von Richtern aus den alten Bundesländern in Anspruch genommen werden.<sup>471</sup> Selbst Pensionäre wurden aktiviert und konnten bis zu ihrem 70. Lebensjahr erneut als Richter tätig sein.<sup>472</sup> Zu ihnen zählte auch der Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts *Dirk Neumann*; er wurde der erste Präsident des Landesarbeitsgerichts Sachsen.<sup>473</sup> Damit gelang der personelle Aufbau der Arbeitsgerichtsbarkeit in den neuen Bundesländern. Auf die Einwohnerschaft berechnet waren am 1. Januar 1993 in den neuen Bundesländern prozentual mehr Arbeitsrichter tätig als in den alten Bundesländern.<sup>474</sup> „In erstaunlich kurzer Zeit“<sup>475</sup> entstand in den neuen Bundesländern eine eigenständige Arbeitsgerichtsbarkeit. Die Errichtung der Arbeitsgerichte und Landesarbeitsgerichte erfolgte 1991 und war in allen neuen Bundesländern 1992 abgeschlossen.<sup>476</sup> Damit war auch rechtstatsächlich die Einheit Deutschlands im Arbeitsrecht wiederhergestellt. Sie fand ihren sichtbaren Ausdruck in der Verlegung des Bundesarbeitsgerichts von Kassel nach Erfurt.<sup>477</sup>

## D. Veränderungsbestrebungen nach der Wiedervereinigung

---

### I. Bemühungen um eine Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts

#### 1. Rückblick

Der Einigungsvertrag wies dem gesamtdeutschen Gesetzgeber die Aufgabe zu, „das Arbeitsvertragsrecht sowie das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht einschließlich der Zulässigkeit von Sonn- und Feiertagsarbeit und den besonderen Frauenarbeiterschutz möglichst bald einheitlich neu zu kodifizieren“.<sup>478</sup> Damit bot sich die Chance, einen Mangel zu beheben, der die Funktion des Arbeitsrechts für die Gestaltung der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen erheblich beeinträchtigt.

Schon der Reichstag hatte, wie berichtet, nach der Verabschiedung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seiner Sitzung vom 11. Dezember 1896 die Erwartung ausgesprochen, „daß die Verträge, durch welche sich jemand verpflichtet, einen Theil seiner geistigen oder körperlichen Arbeitskraft für die häusliche Gemeinschaft, ein wirthschaftliches oder gewerbliches Unternehmen eines anderen gegen einen vereinbarten Lohn zu verwenden, für das Deutsche Reich baldthunlichst einheitlich geregelt werden“.<sup>479</sup> Bereits vor dem Ersten Weltkrieg war daher gefordert worden, das Dienstvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch ein Arbeitsvertragsgesetz zu ergänzen, wie

es für den Handelsverkehr das Handelsgesetzbuch darstellte.<sup>480</sup> Die Weimarer Reichsverfassung hatte versprochen: „Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht.“<sup>481</sup> Erfolg hatten die Kodifikationsbemühungen aber nicht – damals nicht und auch nicht in der Bundesrepublik Deutschland.<sup>482</sup> Der Gesetzgebungsauftrag im Einigungsvertrag, das Arbeitsvertragsrecht möglichst bald einheitlich zu kodifizieren,<sup>483</sup> eröffnete die Chance, die hier bestehende Lücke des Bürgerlichen Gesetzbuches zu schließen, bevor das Jahrhundert sich neigte.

## 2. Untätigkeit der Bundesregierung

Trotz des Gesetzgebungsauftrags im Einigungsvertrag sah die nach der Bundestagswahl vom 2. Dezember 1990 gebildete Bundesregierung davon ab, eine Gesetzgebungsinitiative zu ergreifen. CDU/CSU und FDP hatten bei der Koalitionsvereinbarung das Versprechen des Einigungsvertrages unter den Tisch fallen lassen. Die Gründe, warum der Gesetzgebungsauftrag in der Koalitionsvereinbarung keine Erwähnung fand, sind nie öffentlich bekannt geworden. Nach Einschätzung von Fachbeamten des damaligen Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung hat zu diesem Befund erheblich beigetragen, dass von beiden Sozialpartnern damals kein Druck auf die Politik ausging, den Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes alsbald vorzulegen.<sup>484</sup> Die Arbeitgeberseite war offensichtlich misstrauisch, auch ein aus ihrer Sicht „vernünftiger Entwurf“ könnte im Laufe des parlamentarischen Verfahrens noch mit nicht gewollten Regelungen angereichert werden. Die Arbeitnehmerseite hatte wohl Sorge, ein Gesetzentwurf der damaligen Bundesregierung könnte für sie zum Teil ungünstig ausfallen.

## 3. Initiativen aus der Rechtswissenschaft

### a) Diskussionsentwurf des „Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht“

Als nichts geschah, unternahmen es Professoren der Arbeitsrechtswissenschaft, die sich zu einem „Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht“ zusammengeschlossen hatten, durch einen Diskussionsentwurf die Lücke zu schließen.

Der Arbeitskreis war bereits vor der Wiedervereinigung Deutschlands auf Grund des Deutsch-Deutschen Kulturabkommens vom 6. Mai 1986 im Jahre 1987 von den Professoren *Thilo Ramm* von der Fernuniversität in Hagen und *Wera Thiel* von der Humboldt-Universität in Berlin gegründet worden.<sup>485</sup> Zunächst sollte er dem gegenseitigen Kennenlernen und der Verständigung über die Möglichkeiten gemeinsamer Arbeit dienen. Mit der politischen Entwicklung änderte sich seine Zielsetzung. Der Arbeitskreis sah es nun als seine Aufgabe an, durch die gemeinsame Erarbeitung eines Entwurfs seinen Anteil zur Wiederherstellung der deutschen Rechtseinheit beizutragen und dabei die bisher bestehende Kodifikationslücke für das Arbeitsvertragsrecht zu schließen. Er charakterisierte, wie bereits oben gesagt, das deutsche Individualarbeitsvertragsrecht mit den Worten *Pufendorfs* als „aliquid monstro simile“, als ein „kunstvoll geordnetes Chaos oder als ein Irrgarten des Rechts [...], in dem sich nicht einmal der Durchschnittsjurist auskennt“.<sup>486</sup> In dieser Situation sei es auch nicht zu verantworten, auf die Ausarbeitung eines Europäischen Arbeitsrechts zu warten. Es sei ein Mangel, dass die Bundesrepublik Deutschland kein kodifiziertes Arbeitsvertragsrecht habe, um transparent zu machen, was für die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer innerhalb der Bundesrepublik Deutschland gelte.

Der Diskussionsentwurf beruht auf der Erkenntnis, dass die Vertragsfreiheit die Grundlage einer freiheitlich-sozialen Ordnung des Arbeitslebens bildet. Zu den grundrechtlich gewährleisteten Elementen der Arbeitsverfassung gehört, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer selbst bestimmen, ob sie überhaupt eine vertragliche Bindung eingehen, mit wem sie den Arbeitsvertrag abschließen und welchen Inhalt sie ihm geben. Deshalb stellt der Entwurf in § 1 Abs. 1 an die Spitze seiner Regelung, dass das Arbeitsverhältnis nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit durch einen Arbeitsvertrag begründet wird. Rechtsgrund für die Erbringung der Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis ist nämlich nach geltendem Recht stets, auch wenn Gesetz, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung den Inhalt des Arbeitsverhältnisses regeln, das rechtsgeschäftliche Leistungsversprechen im Arbeitsvertrag. Von ihm hängt auch ab, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegt.

Folgerichtig hat der Entwurf deshalb auch davon abgesehen, den Arbeitnehmerbegriff zu definieren; denn eine Orientierung an der

persönlichen Abhängigkeit als Voraussetzung für die Anerkennung einer Arbeitnehmereigenschaft lädt zu Fehlbeurteilungen ein, wobei auch einzubeziehen ist, dass die vielfältigen Deutungen der Abhängigkeit häufig eine ideologische Komponente aufweisen. Die Abhängigkeit, die den Grundtatbestand des Arbeitsverhältnisses bildet, ist für die Geltung des Arbeitsvertragsrechts keine vorgegebene Tatsache, sondern sie ergibt sich ausschließlich aus der Besonderheit des rechtsgeschäftlichen Leistungsversprechens. Den Arbeitnehmer hat daher der Entwurf nur mittelbar definiert als jemand, der auf Grund privatrechtlichen Vertrages zur Leistung vereinbarter Arbeit verpflichtet ist.<sup>487</sup> Da Dienstleistungen auch von Selbständigen auf vertragsrechtlicher Grundlage erbracht werden, hat er sich zur Klarstellung auf die Bestimmung beschränkt, dass Personen, die auf Grund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auftreten, keine Arbeitnehmer sind.<sup>488</sup>

Das Arbeitsvertragsrecht ist Bestandteil der Zivilrechtsordnung. Deshalb hat der Entwurf in seine allgemeinen Vorschriften die Bestimmung aufgenommen, dass auf den Arbeitsvertrag das Bürgerliche Gesetzbuch Anwendung findet, soweit nicht in dem Gesetz ein anderes bestimmt ist.<sup>489</sup> Er hat davon abgesehen, die Einschränkung aufzunehmen, die für ihren Entwurf die Arbeitsgesetzbuchkommission 1977 vorgeschlagen hatte.<sup>490</sup> Nach ihr sollte die „Eigenart des Arbeitsverhältnisses“ als Rechtfertigung genügen, um die Vorschriften des BGB nicht anzuwenden. Mit dem Hinweis auf die Eigenart des Arbeitsverhältnisses wird aber eine Generalklausel ohne normativen Inhalt geschaffen, die es dem Interpreten erlaubt, sich von den Grundlagen des geltenden Rechts zu entfernen. Daher darf das Arbeitsvertragsrecht keine derartige Öffnungsklausel enthalten.

Nach wenigen Allgemeinen Vorschriften regelt der Diskussionsentwurf detailliert, aber in der technischen Gestaltung knapp, unter Einbeziehung der in der Rechtsprechung gewonnenen Erkenntnisse die Begründung, den Inhalt und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.<sup>491</sup> Einbezogen sind die bisher nur richterrechtlich anerkannte Haftungseinschränkung der Arbeitnehmer und der gesetzgeberisch unvollkommen gestaltete Kündigungsschutz; denn es ist nicht nur ökonomisch widersinnig, sondern auch mit einer rechtsstaatlichen Ordnung nicht vereinbar, dass die maßgeblichen Gesichtspunkte für die soziale Rechtfertigung einer Kündigung sich im Wesentlichen in

einer Generalklausel finden, die in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bestimmt: „Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist“ – bei einer betriebsbedingten Kündigung ergänzt durch die Pflicht zur Sozialauswahl, die in § 1 Abs. 3 KSchG ebenfalls nur als Generalklausel festgelegt ist. Wenn es eines Beweises für das Rechtsstaatsdefizit in diesem Bereich bedarf, genügt der Hinweis auf die Vielzahl von Kommentaren, unter denen einige 2000 Druckseiten mühelos überschreiten.<sup>492</sup>

### b) Empfehlung des Deutschen Juristentages

Der 59. Deutsche Juristentag erhob die rechtspolitische Forderung nach einem Arbeitsvertragsgesetz zum Diskussionsthema; in seiner Abteilung Arbeitsrecht befasste er sich am 16./17. September 1992 in Hannover mit der Frage: „Welche wesentlichen Inhalte sollte ein nach Art. 30 des Einigungsvertrages zu schaffendes Arbeitsvertragsgesetz haben?“ Beratungsgrundlage war der Diskussionsentwurf des „Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht“.<sup>493</sup> Als Referenten nahmen zu ihm auf dem Deutschen Juristentag Prof. Dr. *Manfred Weiss* (Frankfurt a. M.), Prof. Dr. *Ursula Köbl* (Gießen) und der ehemalige Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts und damalige Präsident des Landesarbeitsgerichts Sachsen Dr. *Dirk Neumann* (Chemnitz) Stellung, wobei *Manfred Weiss* empfahl, durch Einzelgesetze zum Ziel zu gelangen, während *Ursula Köbl* und *Dirk Neumann* sich uneingeschränkt dafür aussprachen, den Entwurf als Grundlage für eine Kodifikation heranzuziehen.<sup>494</sup> Mit überwältigender Mehrheit forderte der Deutsche Juristentag in seiner Arbeitsrechtlichen Abteilung eine gesetzliche Regelung des Arbeitsvertragsrechts nach Art. 30 Abs. 1 Nr. 1 Einigungsvertrag; sie sei „im Hinblick auf die Herstellung der deutschen Rechtseinheit besonders dringlich“.<sup>495</sup> Der Bundesregierung wurde, wenn auch nur mit knapper Mehrheit, empfohlen, zur Ausführung des Gesetzgebungsauftrags noch im Jahre 1993 einen Gesetzentwurf vorzulegen. Dazu ist es aber nicht gekommen.

#### 4. Appell ohne Wiederhall

Obwohl die Präsidenten der Landesarbeitsgerichte die Empfehlung des Juristentages unterstützten und die Arbeits- und Sozialminister der Bundesländer auf der 70. Tagung ihrer Konferenz am 13./14. Oktober 1993 in einem einstimmig gefassten Beschluss die Bundesregierung aufforderten, unverzüglich mit der Gesetzgebungsarbeit zu beginnen,<sup>496</sup> lehnte die Bundesregierung es ab, der Empfehlung zu folgen,<sup>497</sup> zumal auch die Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften ihr Desinteresse an dem Gesetzesvorhaben deutlich zu erkennen gaben.<sup>498</sup> Die Kodifikation verlange eine umfassende und zeitaufwendige Vorbereitung, die eine kurzfristige Erstellung eines Entwurfs ausschließe.<sup>499</sup> Auf dem Deutschen Juristentag habe sich gezeigt, dass noch ein erheblicher Diskussionsbedarf bestehe. Außerdem sei die Bundesregierung auf Grund von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofes sowie auf Grund EG-rechtlicher Vorgaben gezwungen, Prioritäten zugunsten einzelner gesetzlicher Neuregelungen in Teilbereichen des Arbeitsvertragsrechtes zu setzen und diese gegenüber einer einheitlichen Kodifikation des Arbeitsvertragsrechtes vordringlich zu behandeln.

Die Begründung überzeugt nicht, zumal die Bundesregierung auch nur wenige Gesetzesvorhaben von untergeordneter Bedeutung nannte, wie die Angleichung der Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte, eine einheitliche Regelung für sie bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, die Verbesserung der gesetzlichen Regelung zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz sowie die Umsetzung einer EG-Richtlinie zu Massenentlassungen und der EG-Richtlinie über den Nachweis für Arbeitsverhältnisse. Die Sächsische Staatsregierung war daher auch anderer Ansicht als die Bundesregierung; sie brachte für den Freistaat Sachsen am 23. Mai 1995 den Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, der weitgehend auf der Grundlage des Professorenentwurfs beruht, in das Gesetzgebungsverfahren ein.<sup>500</sup> Dessen Behandlung wie auch die eines gleichen Entwurfs des Landes Brandenburg<sup>501</sup> wurde aber schon im Bundesrat nicht weiterverfolgt.

Die Bertelsmann-Stiftung versuchte daher, wie *Peter Hanau* es formuliert, „das Kodifikationsprojekt aus der Intensivstation herauszuholen,



öffentlich zur Diskussion zu stellen und am Ende ins Bundesgesetzblatt zu befördern“.<sup>502</sup> Sie hat *Martin Henssler* und *Ulrich Preis* mit der Ausarbeitung eines Entwurfs beauftragt, der in der Fassung vom Oktober 2007 vorliegt. Wegen der Gefahr eines abermaligen Scheiterns empfiehlt *Manfred Löwisch* die Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch.<sup>503</sup> Doch auch der Diskussionsentwurf von *Henssler/Preis* wahrt die Verbindung mit dem BGB. Er stellt an die Spitze in § 1 Abs. 1: „Das Arbeitsverhältnis wird durch Vertrag begründet. Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, gelten die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.“ Für ihren Entwurf erhielten die Verfasser den „Preis für gute Gesetzgebung“, den die Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung e. V. (DGG) am 24. April 2007 erstmals während eines Festakts im Deutschen Bundestag verlieh.<sup>504</sup>

Man wird sich erinnern müssen: Auch das BGB verdankt seine Entstehung der politischen Entscheidung für ein unpolitisches Gesetzbuch. Offen für eine andere oder dieselbe Politik, aber zur Wahrung oder teilweise auch zur Wiederherstellung der Systemgerechtigkeit bedarf es einer Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts.

## II. Punktuelle Eingriffe des Gesetzgebers in die Arbeitsrechtsordnung unter Verlagerung der Rechtsentwicklung auf die Rechtsprechung

### 1. Beibehaltung einer Gesetzgebung ohne übergreifende Rechtskonzeption

Die Gesetzgebungsakte im Arbeitsrecht beschränkten sich wie zuvor auch nach der Wiedervereinigung Deutschlands mit wenigen Ausnahmen auf Änderungen bestehender Gesetze. Das Entgeltfortzahlungsgesetz, das die für Arbeiter und Angestellte verschiedene Regelung im Krankheitsfall beseitigte, erging als Art. 53 des Pflegeversicherungsgesetzes vom 26. Mai 1994,<sup>505</sup> wobei man ausschließlich wegen des Streits über die Finanzierung der Pflegeversicherung rechtssystematisch völlig widersinnig die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall in dem Gesetz zusammenfasste.