

HEIDELBERGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von
der Juristischen Fakultät
der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Band 10



Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik

herausgegeben von

Thomas Lobinger,
Andreas Piekenbrock
und Markus Stoffels

Mohr Siebeck

Thomas Lobinger, geboren 1966; Promotion 1999 in Tübingen, Habilitation 2003 in Tübingen, Lehrstuhlvertretungen in Heidelberg und Bonn, 2004 Professur für Bürgerliches Recht in Heidelberg, seit 2006 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht an der Universität Heidelberg.

Andreas Piekenbrock, geboren 1967; Promotion 1996 in Freiburg, Habilitation 2004 in Freiburg, von 1996 bis 2009 Rechtsanwalt in Karlsruhe, Lehrstuhlvertretungen in Heidelberg, Halle, Leipzig und Freiburg, seit 2009 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht an der Universität Heidelberg.

Markus Stoffels, geboren 1963; Promotion 1993 in Köln, Habilitation 2001 in Hagen, Professuren in Bonn, Passau und Osnabrück, seit 2011 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Unternehmensrecht an der Universität Heidelberg.

ISBN 978-3-16-153398-3

ISSN 1869-3075 (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Sabon gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die in diesem Band versammelten Beiträge sind aus Vorträgen anlässlich der am 3. Mai 2013 mit einer Tagung gefeierten Eröffnung des Heidelberger Instituts für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht hervorgegangen. Mit dieser Tagung, die den Herausgebern zugleich Gelegenheit für ihre Antrittsvorlesungen gegeben hat, sollte das Gemeinsame, das Verbindende aller drei Lehrstühle des 2009 gegründeten Instituts hervorgehoben werden: das Bürgerliche Recht. Sieht man sich um, stellt man fest, dass die meisten Institutsbezeichnungen heute kurzerhand auf das Kernfach verzichten. Sie heißen etwa „Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht“, „Institut für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht“, „Institut für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht“, „Institut für deutsches und internationales Zivilprozessrecht sowie Konfliktmanagement“ etc. Dass das Bürgerliche Recht an erster Stelle aufgenommen worden ist, bildet deshalb die sinnstiftende Besonderheit des Instituts, dessen Eröffnung dieser Tagungsband gewidmet ist. In ihm sollen das Arbeitsrecht und das Insolvenzrecht als privatrechtliche Gebiete mit bekanntermaßen erheblichen Fliehkräften gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht ganz bewusst gerade auch für die Forschung mit der Kernfachpflege verbunden werden, um so zu gewährleisten, dass diese Fliehkräfte stets kritisch auf ihre Berechtigung hin überprüft und so die für die Gesamtrechtsordnung schädlichen Entwicklungen hin zu einer Überkomplexität des Rechts und seiner Dogmatik rechtzeitig erkannt und ggf. auch verhindert werden können. Auch der Titel dieses Bandes, der dem der Tagung entspricht, erklärt sich damit gleichsam von selbst.

An der Auswahl der Beiträge mag auffallen, dass dem Bürgerlichen Recht und seiner Dogmatik kein eigenständiger Vortrag gewidmet ist. Es geht zunächst um die sog. Nebengebiete des Arbeits- und des Insolvenzrechts. Und es geht sodann um einen auf Anhieb als kühn erscheinenden Übergriff der Zivilrechtsdogmatik auf ihr nach herkömmlicher Sicht doch eigentlich übergeordnete Rechtsgebiete. Ein vorgeschalteter „Allgemeiner Teil“ zu Begriff und Wesen zivilrechtlicher Dogmatik fehlt dagegen. Wie gesehen, entspricht dieses Programm aber durchaus der Programmatik des für diesen Band verantwortlichen Instituts. Denn die Zivilrechtsdogmatik kommt ja nicht etwa überhaupt nicht vor. Sie ist im Gegenteil Gegenstand jedes

einzelnen Beitrags, nur eben im Verbund mit Gebieten, in denen ihre Fruchtbarkeit entweder in Vergessenheit zu geraten droht oder aber möglicherweise noch gar nicht hinreichend geprüft und erkannt wurde. Mittelbar geht es damit also immer auch um die Dogmatik selbst. Diese indirekte Bespiegelung aber scheint der Funktion von Dogmatik auch am besten zu entsprechen. Denn Dogmatik hat keinen Selbstwert. Ihr Wert zeigt sich vielmehr in der konkreten juristischen Arbeit, in der es darum geht, die dem Recht gestellten Sachprobleme nachvollziehbar, plausibel und wertungskonsistent zu bewältigen. Hier kann sie sich beweisen.

Die Herausgeber haben vielfach zu danken. Dies gilt zunächst für *Angelika Nußberger*, *Reinhard Gaier* und *Peter-Christian Müller-Graff*, die die Herausforderung angenommen haben, über zivilrechtliche Dogmatik in Zusammenhängen nachzudenken, welche hierfür nicht schon auf Anhieb in Frage zu kommen scheinen. Unser Dank gilt ferner Herrn Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, *Dr. Matthias Siegmann*, sowie den Rechtsanwälten beim Bundesgerichtshof, *Silke Scheuch* und *Richard Lindner*, für die großzügige Unterstützung der Heidelberger Tagung. Großer Dank gebührt schließlich auch dem Verlag Mohr Siebeck, der diesen Band in so schöner fördernder Weise möglich gemacht hat.

Heidelberg, im Februar 2014

Thomas Lobinger
Andreas Piekenbrock
Markus Stoffels

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Markus Stoffels</i> Zivilrechtliche Dogmatik und Individualarbeitsrecht	1
<i>Thomas Lobinger</i> Zivilrechtliche Dogmatik und kollektives Arbeitsrecht	17
<i>Andreas Piekenbrock</i> Zivilrechtliche Dogmatik und Insolvenzrecht	51
<i>Reinhard Gaier</i> Zivilrechtliche Dogmatik und Verfassungsrecht	85
<i>Angelika Nußberger</i> Zivilrechtliche Dogmatik und Europäische Menschenrechts- konvention	99
<i>Peter-Christian Müller-Graff</i> Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik im Querschnitt von Referenzgebieten	121
Autorenverzeichnis	139

Zivilrechtliche Dogmatik und Individualarbeitsrecht

Markus Stoffels

I. Dogmatik und die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz	1
II. Tradition zivilrechtlicher Dogmatik	3
III. Dogmatik im Arbeitsrecht	3
IV. Schwierigkeiten dogmatischen Denkens im Arbeitsrecht	4
1. Eigenständigkeit des Arbeitsrechts	4
2. Polarität der Interessen, Kompromisshaftigkeit arbeitsrechtlicher Rechtssetzung	6
3. Starke europarechtliche Überlagerung	7
a) Systemsprenge Vorgaben für das nationale Recht	7
b) Das Fehlen eines europäischen Arbeitsrechtssystems auf der anderen Seite	8
V. Prüfsteine zivilrechtsdogmatischen Denkens im Arbeitsrecht	8
1. Die Erstreckung des AGB-Rechts auf vorformulierte Arbeitsvertrags- bedingungen – ein dogmatisch überfälliger Schritt	9
2. Das verdiente Ende der negativen betrieblichen Übung	10
3. Vernachlässigung der Privatautonomie bei der Beurteilung von Vereinbarungen über die Verlängerung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge	12
4. Nachträgliche Sittenwidrigkeit von Vergütungsvereinbarungen?	13
VI. Summa	15

I. Dogmatik und die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz

Am Anfang eines Symposiums, das sich mit der Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik beschäftigt, mag es vielleicht angebracht erscheinen, den alle Vorträge verklammernden Begriff der Dogmatik näher zu beleuchten. Der Begriff der Dogmatik ist ein schillernder. Er wird oft verwendet, allerdings nur selten erklärt und trifft zudem auf starke Vorbehalte. Nicht wenigen gilt dogmatisches Denken als Ausdruck konservativer Erstarrung und mangelnder Orientierung an den praktischen Erfordernissen der heutigen Zeit.

Die historische Sprachbedeutung des Begriffs „Dogma“ mag diese Reserviertheit erklären, wurde dieser Terminus doch im Griechischen im Sin-

ne von „verbindlicher Lehrsatz“ oder „unhinterfragbarer Verordnung“ verwendet. Über die Theologie und Philosophie fand er dann auch Eingang in die Jurisprudenz.¹ Kennzeichnend ist auch heute noch der erhobene Anspruch auf Gültigkeit. Es geht um die „Erläuterung der für das geltende Recht maßgeblichen Begründungen und Lösungsmuster“;² oder anders formuliert: „Dogmatik ist ... die Lehre von der Legitimation einer Regel des positiven Rechts durch ihren Rechtsgehalt.“³ Das tut umso mehr Not, als sich der Rechtsstoff – wie etwa im Arbeitsrecht – dem Rechtsanwender in hohem Maße zersplittert darbietet. Dogmatik hat etwas Verbindendes. Die verstreuten Regelungen sollen auf einheitliche Ordnungszusammenhänge zurückgeführt werden. Ein inneres Wertungssystem bestehend aus Relationen, Rang- und Abhängigkeitsverhältnissen soll freigelegt werden.⁴ Recht ist eben mehr als die Summe der Einzelnormen. Dogmatik fördert die Diskutierbarkeit, die Rationalität und damit letztlich die Vorhersehbarkeit der Entscheidungsfindung.⁵ Ich würde sogar so weit gehen und die These aufstellen, dass dogmatisches Denken zu einem guten Teil die Wissenschaftlichkeit unserer Disziplin, der Jurisprudenz, erst begründet. Für unsere Zwecke scheint es mir im Übrigen angezeigt, einen etwas weiteren Begriff der Dogmatik zu Grunde zu legen, der auch die Rechtssystematik mit einschließt.

Dogmatik in diesem Sinne ist auch keineswegs auf die Zementierung traditioneller Lösungen beschränkt. Ihr wird zu Recht auch eine Kritik- und Fortbildungsfunktion zugeschrieben.⁶ Denn erst der Blick in das innere Wertungssystem des geltenden Rechts schafft die Voraussetzung einer differenzierten und vertieften Kritik. Widersprüchlichkeiten der gesetzlichen Regelung oder der von außen an sie herangetragenen Interpretationsvorschläge können erkannt und gegebenenfalls abgewehrt werden. Von daher beeinflusst Rechtsdogmatik immer auch die rechtspolitische Diskussion. Die Teilnahme an der Rechtspolitik bedeutet zugleich eine „Folgenverantwortung“, also auch ein Folgenabwägungsgebot bei der Formulierung dog-

¹ Zur Geschichte von Begriff und Methode vgl. umfassend *Herberger*, Dogmatik, 1981, passim.

² *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, 5. Aufl. 2010, Rn. 310 f.

³ *Ballerstedt*, RdA 1976, 6; vgl. ferner grundlegend *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 89 ff.; *Wieacker*, FS Gadamer II, 1970, S. 311; *Würtenberger*, Grundlagenforschung und Dogmatik aus deutscher Sicht, in: *Stürner* (Hg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010, S. 3.

⁴ *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie (Fn. 2), Rn. 321.

⁵ *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie (Fn. 2), Rn. 322.

⁶ *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie (Fn. 2), Rn. 326 f.

matischer Termini und Richtsätze.⁷ Dogmatische Aussagen sind damit auch immer zugleich Instrumente zur Gestaltung der Realität – eine für das Arbeitsrecht nicht ganz unwichtige Erkenntnis.

II. Tradition zivilrechtlicher Dogmatik

Das alles gilt selbstverständlich auch für die Zivilrechtsdogmatik. Die dogmatische Durchdringung hat im Zivilrecht eine besonders lange Tradition. Im römischen Recht hat sie ihren Ausgangspunkt und im Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts gelangte sie zur vollen Blüte. Hier hat sich im Laufe der Zeit ein ungeheurer Schatz aus Erfahrungen und gewachsenen juristischen Problemlösungsmustern angesammelt, der die Rechtsfindung immer wieder aufs Neue zu befruchten vermag. Das wird man vor allem für die Lehre vom Rechtsgeschäft sagen können. Hier ragt übrigens eines der letzten dogmatischen Grundlagenwerke heraus, das konsequent am Gedanken der Privatautonomie ausgerichtete Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts von *Werner Flume*.⁸ Die Entwicklung der letzten Jahrzehnte war sicherlich tendenziell durch eine Ausdifferenzierung der Dogmatik in Teilbereichen mitunter auch durch eine Flucht in eine überbordende Kasuistik geprägt, so dass kritisch angefragt wurde, ob damit nicht ein Verlust privatrechtlicher Ordnungsvorstellungen einhergegangen ist. Von der „Privatrechtsdogmatik“ im Sinne von überwölbenden, alles verklammernden Obersätzen kann heutzutage vielleicht gar nicht mehr gesprochen werden.

III. Dogmatik im Arbeitsrecht

Auch in den großen Sonderprivatrechten kann man eher das Aufkommen von Teilbereichsdogmatiken beobachten. Im Arbeitsrecht hat etwa *Ulrich Preis* Prinzipien des Kündigungsrechts herausgearbeitet.⁹ Es sind Abhandlungen zur Dogmatik der Sonderzuwendungen,¹⁰ der Haftung im Arbeits-

⁷ *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie (Fn.2), Rn.330; zur Folgenabschätzung im Arbeitsrecht *Rieble/Junker* (Hg.), ZAAR Schriftenreihe Bd. 8, 2007, mit diversen Beiträgen; grundlegend im Übrigen *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, passim.

⁸ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979.

⁹ *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987.

¹⁰ Zum Beispiel *Gaul*, Sonderleistungen und Fehlzeiten, 1994, und *Wackerbarth*, Entgelt für Betriebstreue, 1996.

verhältnis,¹¹ des Betriebsrentenrechts¹² usw. erschienen. Dies sind allesamt sehr verdienstvolle Beiträge. Gleichwohl muss man konstatieren, dass allgemeine Beiträge zur Dogmatik im Arbeitsrecht oder zur Arbeitsrechtsdogmatik ausgesprochen selten sind; sie lassen sich im Grunde genommen an einer Hand abzählen.¹³

IV. Schwierigkeiten dogmatischen Denkens im Arbeitsrecht

Vielleicht gibt es ja im Arbeitsrecht besondere Hindernisse, die sich einem ausgeprägt dogmatischen Denken und insbesondere einem Rückgriff auf die allgemeine Zivilrechtsdogmatik entgegenstellen.

1. Eigenständigkeit des Arbeitsrechts

Da wäre zunächst die relative Eigenständigkeit des Arbeitsrechts in der Gesamt- aber auch in der Privatrechtsordnung zu bedenken. In der Praxis mag das Arbeitsrecht mit seiner eigenen Gerichtsbarkeit in der Tat als verselbständigtes Rechtsgebiet wahrgenommen werden. Und auch im Schrifttum hat es immer solche Abkoppelungstendenzen gegeben. Ich muss aus Zeitgründen den Widerstreit unterschiedlicher Konzepte der frühen Arbeitsrechtswissenschaft – etwa derjenigen *Erwin Jacobis* und *Hugo Sinzheimer* –¹⁴ überspringen und sogleich auf die heutigen Protagonisten zu sprechen kommen. Der profilierteste Vertreter der These von der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts ist sicherlich *Franz Gamillscheg*. In einem mit „Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts“ überschriebenen AcP-Beitrag¹⁵ weist er insbesondere auf die wirtschaftliche Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber hin, die der Ausgangspunkt des Arbeitsrechts als eines Sonderrechtsgebietes sei. An anderer Stelle heißt es, die Aussage, der Arbeitsvertrag sei den Regeln des Allgemeinen Teils und des Allgemeinen Schuldrechts unterworfen, weil er ein Unterfall des Dienstvertrages sei, sei als verbindlicher Ausgangspunkt der Rechtsanwendung abzulehnen.¹⁶ BGB-Regeln fänden nur Anwendung,

¹¹ *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 3. Aufl. 1998.

¹² *Blomeyer*, RdA 2000, 279.

¹³ Pars pro toto etwa *Ballerstedt*, RdA 1976, 5; *Krebber*, Der Einfluß der Rechtsdogmatik auf Wissenschaft und Praxis des Arbeitsrechts, in: Bedeutung der Rechtsdogmatik (Fn. 3), S. 279; *Schnorr*, RdA 1979, 387.

¹⁴ Hierzu *Picker*, FS Richardi, 2007, S. 141.

¹⁵ *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 197.

¹⁶ *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 220.

wenn und soweit sie die Vorprüfung auf ihre soziale Tauglichkeit erfolgreich bestehen.

Die Gegenposition ist vor allem von *Reinhard Richardi* und *Eduard Pichler* formuliert worden. Bei *Richardi* lesen wir: „Das Arbeitsrecht ist als Teilgebiet der Rechtsdogmatik nicht Statusrecht; es ist weder das Recht einer Klasse noch das Recht eines Standes. Seine Prämisse ist vielmehr die Privatautonomie.“¹⁷ In der Tat: Die Einordnung des Arbeitsvertrags als Erscheinungsform der Privatautonomie wird man jedenfalls heutzutage nicht als Akt sozialer Ignoranz diskreditieren können. Das würde völlig außer Acht lassen, dass sich auch das Privatrecht fortentwickelt hat und das soziale Schutzprinzip mittlerweile – bei prinzipieller Respektierung der Privatautonomie – einen tragenden Grundpfeiler unserer Privatrechtsordnung darstellt. Das heutige Privatrecht hat Vorkehrungen in Form von besonderen Schutzvorschriften getroffen und erweist sich auch im Übrigen als hinreichend beweglich, um Schutzdefizite auszugleichen.

Auf der anderen Seite üben das Privatrecht und seine dogmatischen Lehren auf den Rechtsanwender einen heilsamen Druck aus, der ihn vor einem voreiligen Abschweifen in freirechtliche Gefilde bewahrt.¹⁸ Es gilt – wie *Rüthers* es ausdrückt – ein Negationsverbot. „Wer anders entscheiden will, muss bessere Argumente haben.“¹⁹ Diesen erhöhten Rechtfertigungsanforderungen sollte auch im Verhältnis des Arbeitsrechts zur zivilrechtlichen Dogmatik Geltung verschafft werden. Diese Bindung einfach abzustreifen oder doch entscheidend zu relativieren, wäre mit einem Verlust an Argumentationsniveau und auch mit der Inkaufnahme gewisser Schwächungen der Einheit der Rechtsordnung verbunden.

Im Grunde ist die Verortung des individuellen Arbeitsrechts im Vertragsrecht des BGB vor gut 10 Jahren vom Gesetzgeber nochmals eindrucksvoll bestätigt worden.²⁰ Die Erstreckung des Instruments der AGB-Kontrolle auf vorformulierte Arbeitsvertragsbedingungen war ein Versuch, die als freischwebend und uneinheitlich empfundene arbeitsgerichtliche Inhaltskontrolle einzufangen und eine Annäherung an bewährte zivilrechtliche Kontrollmaßstäbe zu erreichen. Es ist übrigens bezeichnend, dass der relativierende Vorbehalt des § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB „Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten ange-

¹⁷ *Richardi*, in: *Richardi/Wißmann/Wlotzke/Oetker* (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 1 Rn. 7.

¹⁸ *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 202.

¹⁹ *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie (Fn. 2), Rn. 324; vgl. auch *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (Fn. 7), S. 15.

²⁰ *Preis*, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht, 4. Aufl. 2012, S. 43.

messen zu berücksichtigen.“ entgegen vielfach geäußerten Erwartungen kaum praktische Bedeutung erlangt hat. Der Weg scheint mir der richtige zu sein: Grundsätzlicher Anwendungsvorrang des zivilrechtlichen Instrumentariums mit einem Abweichungsvorbehalt, dessen Inanspruchnahme dann allerdings besonderer Begründung bedarf.

Ein zweiter Eingriff des Gesetzgebers der Schuldrechtsreform war die Einfügung eines dritten Satzes in die Annahmeverzugsregelung des § 615 BGB. Er lautet: Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Das wird man schon als Annäherung an die im Schrifttum wohl herrschende – maßgeblich von *Picker* –²¹ formulierte Doktrin sehen, nach der ein Bedürfnis für eine eigenständige Lehre vom Betriebsrisiko nicht besteht und sowohl die Fälle der Annahmeverweigerung als auch der Annahmeverzug der Regelung des § 615 BGB unterstellt werden.

2. Polarität der Interessen, Kompromisshaftigkeit arbeitsrechtlicher Rechtssetzung

Aber nicht nur der Rückgriff auf die zivilrechtliche Dogmatik ist im Arbeitsrecht in der geschilderten Weise belastet. Man gewinnt, wenn man das Arbeitsrecht von höherer Warte aus in den Blick nimmt, ohnehin den Eindruck, dass gerade auf diesem Rechtsgebiet eine spürbare Zurückhaltung gegenüber einer dezidiert dogmatischen Herangehensweise vorherrscht. Man könnte sogar die Frage stellen, ob sich das Arbeitsrecht überhaupt dogmatisch erfassen lässt.²² Das Arbeitsrecht ist nämlich wie kaum ein anderes Rechtsgebiet durch einen starken sozialen Interessengegensatz geprägt, so dass schon auf der legislativen Ebene jeder Akt der Rechtssetzung von starker Einflussnahme der Lobbyverbände begleitet und beeinflusst wird. Das bedeutet, dass die Setzung arbeitsrechtlicher Normen nicht in erster Linie dem Gebot dogmatischer Stringenz folgt, sondern einen pragmatischen Kompromiss machtvoll widerstreitender Interessen erstrebt. Hinzu kommt die beachtliche Dynamik des Arbeitsrechts, die sicherlich auch dem raschen Wandel der Arbeitswelt geschuldet ist. Etwas überspitzt ist gesagt worden, dass sich beim Arbeitsrecht im Gegensatz zu den dogmatisch erfassbaren statischen Rechtsgebieten nicht der Anspruch aus der Norm, sondern der Norminhalt aus dem gesellschaftspolitischen Anspruch ergäbe.²³

²¹ *Picker*, JZ 1979, 285.

²² *Schnorr*, RdA 1979, 388.

²³ *Herz*, Anspruch und Norm im Arbeitsrecht, 1958, passim.

Soweit würde ich nicht gehen, wenngleich eine gewisse Tendenz hier schon ganz zutreffend angedeutet wird. M.E. spricht dieser Befund dafür, gerade im Arbeitsrecht immer wieder die dogmatische Stringenz der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung einzufordern und insoweit dem Zeitgeist zu widerstreben. Gerade das Arbeitsrecht bedarf dieses Korrektivs.

3. Starke europarechtliche Überlagerung

a) Systemsprengende Vorgaben für das nationale Recht

Es kommt nun eine weitere Schwierigkeit hinzu:

Das deutsche Arbeitsrecht ist mittlerweile in weiten Teilen durch europäisches Recht, insbesondere Richtlinienrecht, überlagert. Der Harmonisierungsdruck im Individualarbeitsrecht ist ausgesprochen stark. Durch die Normen des europäischen Arbeitsrechts, die ja unbedingten Geltungsvorrang beanspruchen, werden nun aber nicht selten Konfliktlösungen administriert, die vom nationalen Standpunkt aus als systemwidrige Durchbrechung der bestehenden Ordnung empfunden werden müssen. Auch wenn es in Deutschland an einer umfassenden Kodifikation des Arbeitsrechts, einem Arbeitsgesetzbuch, fehlt, so wird das Arbeitsrecht doch von gewissen in sich stimmigen und mit der Zivilrechtsordnung im Ganzen verwobenen Wertungsprinzipien durchzogen. Diese werden nicht selten durch europäisches Recht in Frage gestellt.²⁴

Ich will nur ein Beispiel nennen, um diesen Befund zu verdeutlichen: Die europäische Gleichbehandlungs-Richtlinie (2002/73/EG) verlangt eine Entschädigungsregelung für den Fall einer geschlechtsbedingten Benachteiligung bei Einstellung oder Beförderung. Der Ausgleich muss auf eine „abschreckende und dem Schaden angemessene Art und Weise“ geschehen. Auf eine vorwerfbare schuldhaftige Rechtsverletzung soll es hierbei nicht ankommen. Der Anspruch muss auch solchen Bewerbern eingeräumt werden, die bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt oder befördert worden wären. Diese Vorgaben sind durch § 15 AGG (zuvor schon § 611a BGB) im deutschen Recht umgesetzt worden, wodurch letztlich ein stark präventiv motivierter Entschädigungsanspruch ohne Schaden begründet worden ist. Man nähert sich damit der US-amerikanischen Vorstellung von „punitive damages“, was unserer Dogmatik jedoch – noch – eher fremd ist.²⁵ Auf

²⁴ Instrukтив *Kaiser*, NZA 2000, 1144.

²⁵ Von einem systemwidrigen Fremdkörper ausgehend etwa *Adomeit*, NJW 1997, 2295; *Adomeit/Mohr*, in: *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz,

zahlreiche andere Verwerfungen, etwa im Urlaubsrecht²⁶ oder im Recht des Betriebsübergangs,²⁷ beim Recht der Massenentlassungen²⁸ usw. kann ich hier nur hinweisen.²⁹

b) Das Fehlen eines europäischen Arbeitsrechtssystems auf der anderen Seite

Die Spannungen und Unzuträglichkeiten werden im Grunde noch dadurch weiter verschärft, dass es dem europäischen Arbeitsrecht an einer konsistenten Gesamtkonzeption mangelt. Eine auch nur einigermaßen sachlich einheitliche Linie ist nicht zu erkennen. Es herrscht der Eindruck des mehr Zufälligen. Kritiker haben nicht zu Unrecht von einer pointillistischen Rechtsangleichung ohne System und Konzept gesprochen.³⁰ Der nationale Gesetzgeber wird damit ebenfalls zu punktuellen Gesetzesänderungen veranlasst, die in ihrer Gesamtheit kein stimmiges Bild ergeben. Dem EuGH wiederum bleibt oftmals nichts anderes übrig als formal-logisch zu deduzieren. Auch ihm fehlt ein übergreifendes und damit sinnstiftendes Regelungssystem, anhand dessen er seine Schlüsse wertungsmäßig kontrollieren könnte. Das stark europäisch infiltrierte deutsche Arbeitsrecht leidet hierunter besonders.

V. Prüfsteine zivilrechtsdogmatischen Denkens im Arbeitsrecht

Im Folgenden soll gleichwohl der Versuch unternommen werden, die Fruchtbarkeit zivilrechtlicher Dogmatik für die Rechtsfindung im Arbeitsrecht exemplarisch aufzuzeigen. Dabei bin ich mir bewusst, dass diese auf wenige – noch dazu willkürlich ausgewählte – Beispiele reduzierte Vorgehensweise im Grunde genommen wenig aussagekräftig ist. Ich beginne mit der Einordnung einer überaus folgenreichen gesetzgeberischen Tat und ende mit einigen konkreten Rechtsanwendungsproblemen aus dem Alltag eines Arbeitsrechtlers.

2. Aufl. 2011, § 15 AGG Rn. 75; *Annuß*, NZA 1999, 738, 740; *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 38 f.

²⁶ EuGH vom 20.1.2009, NZA 2009, 135 (Schultz-Hoff) und EuGH vom 22.11.2011, NZA 2011, 1333 (KHS/Schulte).

²⁷ Beginnend mit EuGH vom 10.4.1994, NZA 1994, 545 (Christel Schmidt).

²⁸ EuGH vom 27.1.2005, NZA 2005, 213 (Junk).

²⁹ Kritisch zur Rolle des EuGH *Junker*, NJW 1994, 2527.

³⁰ *Junker*, NJW 1994, 2527, 2528; ferner *Müller-Graff*, NJW 1993, 13.

1. Die Erstreckung des AGB-Rechts auf vorformulierte Arbeitsvertragsbedingungen – ein dogmatisch überfälliger Schritt

Ich komme zurück auf den schon kurz angesprochenen § 310 Abs. 4 BGB, der die Inhaltskontrolle auf vorformulierte Arbeitsvertragsbedingungen erstreckt hat. Es handelt sich wohl in der Tat um die nachhaltigste Rechtsänderung auf dem Gebiete des Individualarbeitsrechts seit Inkrafttreten des Kündigungsschutzgesetzes.³¹ Trotz vielfach geäußerter Kritik ist der Grundansatz richtig: Auch im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien gilt es, die einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit durch Verwendung vorformulierter, den Vertragsinhalt prägender und die Richtigkeitsgewähr beeinträchtigender Bedingungen zu verhindern. Dem eher diffusen Prüfungsansatz des BAG ist ein gefestigtes, normativ abgesichertes und auf klaren Grundsätzen basierendes Konzept der AGB-Kontrolle gegenübergestellt worden.³² Etwas überspitzt formuliert konkurrieren:

- eine in §§ 308 und 309 BGB konkretisierte und im Übrigen durch die zivilgerichtliche Rechtsprechung ausgeformte Angemessenheitskontrolle auf der einen und ein nicht aufeinander abgestimmtes Sammelsurium verschiedener Kontrollansätze auf der anderen Seite (Umgehungsgedanke, Grundsätze von Treu und Glauben, Maßstab der Billigkeit, Grundrechte usw.);
- sodann Inhaltskontrolle gegenüber einer schwerpunktmäßigen Verlagerung des Kontrollgeschehens auf die Ebene der Rechtsausübung;
- ferner offene Inhaltskontrolle gegenüber einer häufig als Auslegung kassierten Inhaltskontrolle;
- Transparenzgebot versus punktuelle Beanstandungen sub specie Bestimmtheitsgrundsatz;
- Respekt vor individuell ausgehandelten, deklaratorischen und die Hauptleistung kennzeichnenden Abreden gegenüber einem nivellierenden, über diese Punkte hinweggehenden Ansatz;
- und schließlich ein klares, auf dem Grundsatz der Totalnichtigkeit beruhendes Rechtsfolgenkonzept im Unterschied zu einer schwer vorhersehbaren richterlichen Gestaltung der Rechtsfolgen.

In der Harmonisierung der Kontrollmaßstäbe besteht der eigentliche privatrechtsdogmatische Gewinn, der sich auf Dauer auch in mehr Rechtssicherheit und wertungsmäßig überzeugenderen Problemscheidungen manifestieren wird. Rechtfertigungsbedürftig wäre umgekehrt das Festhalten

³¹ Preis, NZA-Beil. 2006, 115.

³² Stoffels, ZfA 2009, 861, 863.

an dem bislang eingeschlagenen arbeitsrechtlichen Sonderweg gewesen. Der Hinweis auf den andersartigen und durchaus intensiven Schutz durch spezielle arbeitsrechtliche Gesetze und Tarifverträge verfängt hier nicht, geben diese Normen doch allesamt kaum etwas für die typischen, dem AGB-Recht allerdings wohlbekanntem Vertragsinhaltsprobleme her. Gerne will ich allerdings einräumen, dass sich diese Vorteile eher in langfristiger Perspektive realisieren lassen. Derzeit befinden wir uns noch in der durch manche Rechtsunsicherheit geprägten Umstellungsphase.

2. Das verdiente Ende der negativen betrieblichen Übung

Nun zu einem konkreteren Beispiel: Es geht mir um die betriebliche Übung. Zu der immer noch umstrittenen Frage nach der Begründung der rechtlichen Bindung (Vertrags- oder Vertrauensstheorie)³³ möchte ich hier gar nicht Stellung nehmen, obwohl aus zivilrechtsdogmatischer Sicht hier einiges zu sagen wäre. Nein – es geht mir um das im Jahre 1997 vom BAG ins Leben gerufene Konstrukt der sog. negativen oder gegenläufigen betrieblichen Übung.³⁴ Nach dieser Rechtsprechung konnte eine bestehende betriebliche Übung unter anderem durch eine sogenannte gegenläufige betriebliche Übung beendet oder abgeändert werden. Anerkannt hatte das BAG dies für den Fall, dass der Arbeitgeber ausdrücklich erklärte, es handle sich in Zukunft nur um eine freiwillige Leistung, auf die kein Rechtsanspruch mehr bestehe. Sofern der Arbeitnehmer dieser geänderten Praxis dreimalig nicht widersprach, galt die bisherige betriebliche Übung als geändert. Es sollte eine konkludente Vereinbarung dahingehend vorliegen, dass eine Verpflichtung zur Leistung nicht mehr bestehe.

Das BAG judizierte hier ohne Rücksicht auf allgemeine zivilrechtsdogmatische Grundsätze.³⁵ Will man der widerspruchslosen Weiterarbeit im Angesicht der angesonnenen Änderung der Übung eine rechtsgeschäftliche Bedeutung beimessen, dann liegt der Anknüpfungspunkt für die vom BAG angenommene konkludente Abänderungsvereinbarung im Schweigen der Arbeitnehmer, also in einem Unterlassen. Zum Tragen kommt dann aber der Grundsatz, dass Schweigen allein keinen rechtsgeschäftlichen Erklä-

³³ Hierzu zuletzt ausführlich *Picker*, Die betriebliche Übung, 2011; ferner *Bepler*, RdA 2004, 226 und *ders.*, RdA 2005, 323; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 254 ff. und 386 ff.; *Henssler*, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 683; *Seiter*, Die Betriebsübung, 1967; *Singer*, ZfA 1993, 487 ff.; *ders.*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1467; *Waltermann*, RdA 2006, 257; *Zöllner*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1519.

³⁴ BAG vom 26.3.1997, NZA 1997, 1007; BAG vom 4.5.1999, NZA 1999, 1162.

³⁵ Zu Recht kritisch auch *Franzen*, SAE 1997, 344.

rungswert hat und insofern als rechtliches Nullum zu werten ist.³⁶ Anders ist dies nur, wenn konkrete Umstände es erlauben, auf eine Willenserklärung zu schließen, etwa weil das von den Parteien so vereinbart war. Dann handelt es sich um eine weitere Option der Privatautonomie. Es muss mit anderen Worten eine Rechtspflicht oder doch eine Obliegenheit zum Handeln bestehen. Eine derartige Obliegenheit kann auch aus Treu und Glauben abgeleitet werden, sie muss aber eigens begründet werden. Der schlichte Hinweis auf die spiegelbildliche Konstellation der Begründung durch Betriebsübung genügt hierfür keineswegs.³⁷ Dieser grundlegende kategoriale Unterschied von Tun und Unterlassen ist es, welchen das BAG nicht hinreichend beachtet hat. Zu Recht hat es daher in der Literatur scharfe Kritik einstecken müssen.

Unter dem Eindruck dieser Kritik hat das BAG seine Rechtsprechung mittlerweile aufgegeben und hierfür eine erstaunliche Begründung gefunden.³⁸ Das BAG stützt sich auf das Klauselverbot des § 308 Nr. 5 BGB, das Erklärungsfiktionen in AGB nur unter besonderen Voraussetzungen gestattet. Das BAG folgert hieraus, die Arbeitsvertragsparteien müssten vereinbaren, dass das Schweigen des Arbeitnehmers zu einem Änderungsangebot des Arbeitgebers als Annahme des Angebots gilt. Außerdem müsse der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei Beginn der Frist auf die Bedeutung seines Schweigens nochmals besonders hinweisen. Allein die dreimalige widerspruchslose Entgegennahme einer vom Arbeitgeber unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation genüge diesen Voraussetzungen nicht. Das ist – wie gesagt – im Ergebnis völlig richtig. Leider überzeugt die neue Begründung den AGB-Rechtler nicht, denn ein Anwendungsfall des § 308 Nr. 5 BGB ist das nun wirklich nicht.³⁹ Die konsequente Anwendung allgemeiner zivilrechtlicher Lehren allein hätte das richtige Ergebnis zustande gebracht und das schon vor der Schuldrechtsreform.

³⁶ *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012, § 31 Rn. 12.

³⁷ Zur Substanzlosigkeit des Symmetriearguments in diesem Zusammenhang auch *Thüsing*, NZA 2005, 718, 719.

³⁸ BAG vom 18.3.2009, NZA 2009, 601.

³⁹ *Schwarze*, JA 2010, 149, 150.

3. Vernachlässigung der Privatautonomie bei der Beurteilung von Vereinbarungen über die Verlängerung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge

Ein anderes Beispiel: Nach § 14 Abs. 2 TzBfG ist eine Befristung bis zur Dauer von zwei Jahren ohne Vorliegen eines Sachgrundes zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber zuvor kein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Während der Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung erlaubt. Das BAG versteht diese Vorschrift so, dass eine Verlängerung nur zu im Übrigen unveränderten Bedingungen erfolgen darf. Anderenfalls handele es sich um den Abschluss eines neuen befristeten Vertrages, der dann im Hinblick auf das Vorbeschäftigungsverbot nur noch mit Sachgrund abgeschlossen werden dürfe.⁴⁰

Hiergegen ist völlig zu Recht eingewandt worden, dass kein überzeugendes Schutzkonzept erkennbar sei.⁴¹ Es sei insbesondere nicht ersichtlich, warum eine Veränderung der Arbeitsbedingungen im Zeitpunkt der Verlängerung unzulässig sein soll, wohingegen sie vor und nach der Verlängerung im Wege der Vereinbarung unproblematisch erfolgen könne. Absurd werde die Rechtsprechung des BAG, wenn sie eine im Rahmen der Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses erfolgte minimale Erhöhung der Vergütung zum Anlass nehme, die Befristung scheitern zu lassen.

Im Übrigen hätte auch eine Rückbesinnung auf allgemeine zivilrechtliche Erkenntnisse dem BAG die Augen geöffnet. Ausgangspunkt der Überlegungen muss im Arbeitsvertragsrecht – ebenso wie im Bürgerlichen Recht – die grundsätzlich eröffnete Privatautonomie der Parteien sein. Die erstmalige Gestaltung des Arbeitsvertrages, aber auch spätere inhaltliche Änderungen nehmen daran teil. Einschränkende gesetzliche Regelungen sind im Lichte dieser Gewährleistung zu interpretieren. § 14 Abs. 2 TzBfG regelt die Verlängerung (ebenso wie die erstmalige Befristung) nur im Hinblick auf das Zeitmoment. Vertragsinhaltsschutz wäre Aufgabe des AGB-Rechts und der §§ 134 und 138 BGB. Die inhaltliche Veränderung anlässlich einer Verlängerung bedarf entgegen der Ansicht des BAG keiner Zulassung. Sie ergibt sich schlicht aus dem Grundsatz der Privatautonomie. Im Grunde leitet das BAG ein paternalistischer Ansatz, der dem Bürgerlichen Recht eher fremd ist. So schrieb der ehemalige Vorsitzende des für das Befris-

⁴⁰ BAG vom 26.7.2000, NZA 2001, 546; BAG vom 25.10.2000, NZA 2001, 659; BAG vom 20.9.2006, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 41.

⁴¹ Kritisch etwa *Bauer*, NZA 2011, 241, 242 und *Preis/Greiner*, RdA 2010, 148, 158 f.; *Backhaus*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Hg.), Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Aufl. 2012, § 14 TzBfG Rn. 344.

tungsrecht zuständigen Senats explizit: Der Schutzzweck bestehe darin „zu verhindern, den Arbeitnehmer mit vermeintlichen oder tatsächlichen Vergünstigungen in eine weitere sachgrundlose (...) Befristung zu locken“.⁴² Der Arbeitnehmer wird vor dem vermeintlichen Übel eines weiteren befristeten Arbeitsvertrages zu verbesserten Konditionen geschützt, einer rechtlichen Gestaltung, die der Arbeitnehmer kaum als belastendes Übel bewerten wird.⁴³

4. Nachträgliche Sittenwidrigkeit von Vergütungsvereinbarungen?

Das letzte Beispiel betrifft die Frage, ob Vergütungsvereinbarungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien auch nachträglich dem Sittenwidrigkeitsverdict (§ 138 BGB) unterfallen können. Das BAG hatte sich hiermit in zwei Urteilen aus den Jahren 2006 und 2009 beschäftigt.⁴⁴ Konkret ging es in beiden Entscheidungen um den Fall, dass eine Vergütungsvereinbarung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch oberhalb der Sittenwidrigkeitsgrenze gelegen hatte, also noch mehr als 2/3 des üblichen Tariflohns betragen hatte, dann aber im Laufe der Zeit durch unterbliebene Lohnerhöhungen unter das kritische Niveau gesunken war. Das BAG meint, dass es bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von arbeitsvertraglichen Vergütungsvereinbarungen auf den jeweils Streitgegenständlichen Zeitraum ankommt. Eine Entgeltvereinbarung könne bei Vertragsschluss noch wirksam sein, jedoch im Laufe der Zeit, wenn sie nicht an die allgemeine Lohn- und Gehaltsentwicklung angepasst werde, gegen § 138 BGB verstoßen. Bei einem unter Umständen jahrzehntelangen Arbeitsverhältnis könne nicht allein an die Verhältnisse bei Vertragsschluss angeknüpft werden und die weitere Entwicklung unberücksichtigt bleiben. Die so begründete Nichtigkeit der Vergütungsabrede eröffnet dann den Rückgriff auf § 612 Abs. 2 BGB. Der Arbeitgeber schuldet nunmehr ab dem Zeitpunkt des Umschlagens die übliche Vergütung.

Dem BAG wird man ohne weiteres darin beipflichten können, dass die weitere Entwicklung bei einem auf lange Zeit angelegten Arbeitsverhältnis nicht unberücksichtigt bleiben kann. Die Frage ist jedoch, ob Grundlage eines korrigierenden Eingriffs wirklich § 138 BGB sein kann. Erstaunlich unbedarft entwickelt das BAG hier die Figur der nachträglich sittenwidri-

⁴² Dörner, NZA 2007, 57, 62.

⁴³ So treffend Preis/Greiner, RdA 2010, 148, 159.

⁴⁴ BAG vom 26.4.2006, NZA 2006, 1354, 1356; BAG vom 22.4.2009, AP Nr. 64 zu § 138 BGB mit Anm. Bayreuther.

gen Vergütungsabrede.⁴⁵ Ein Blick auf die ausführlichen literarischen Stellungnahmen zur Sittenwidrigkeit als Grenze der rechtsgeschäftlichen Vereinbarungsbefugnis sowie auf die BGH-Rechtsprechung hätte dem BAG gezeigt, dass solche Konstellationen im allgemeinen Zivilrecht nicht dem Regime des § 138 BGB unterstellt werden. Als dogmatischer Ausgangspunkt im Hinblick auf § 138 BGB (und übrigens für alle anderen Inhaltskontrolltatbestände auch) ist allgemein anerkannt, dass der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entscheidend ist.⁴⁶ Ein nachträglich entstehendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist für § 138 BGB nicht relevant, es sei denn, es ist durch ein zusätzliches Rechtsgeschäft entstanden. Das gilt in gleicher Weise für das wucherähnliche Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB als auch für den Wuchertatbestand des zweiten Absatzes. Ein Wandel der tatsächlichen Umstände führt nicht rückwirkend zur Nichtigkeit eines ursprünglich wirksam geschlossenen Rechtsgeschäfts.⁴⁷ Und das gilt gleichermaßen für bereits erfüllte Verpflichtungsgeschäfte wie für Erfüllungsgeschäfte.⁴⁸ Das ist eine im Zivilrecht nahezu unangefochtene Doktrin.

Wie behilft man sich hier? Wenn eine im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sittengemäße Vereinbarung aufgrund des Wandels der tatsächlichen Umstände die Rechte des Gläubigers in sittenwidriger Weise verkürzt, dann ist die wirksame Vereinbarung ggf. nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bzw. über ergänzende Vertragsauslegung (§§ 157, 242 BGB) den veränderten Umständen anzupassen. Hier gibt es reichlich Anschauungsmaterial – u. a. auch zu auf Dauer angelegten Austauschverhältnissen.

Als erstes Beispiel sei der Fall genannt, dass sich bei der Übernahme von Gesellschaftsanteilen einer BGB-Gesellschaft nach Vertragsschluss ein Missverhältnis zwischen dem vertraglichen Übernahmepreis und dem Verkehrswert herausbildet. Das verpflichtet nach der Rechtsprechung des BGH zur Zahlung eines entsprechend §§ 157, 242 BGB den veränderten Umständen angepassten Preises.⁴⁹

⁴⁵ Kritisch auch *Sack/Fischinger*, in: *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitung 2011, § 138 Rn. 507.

⁴⁶ BGH vom 30.3.1995, NJW 1995, 1886, 1887; BGH vom 28.2.1989, NJW 1989, 1276, 1277; BGH vom 15.4.1987, NJW 1987, 1878, 1879; *Armbürster*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 133; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 72. Aufl. 2013, § 138 Rn. 9; *Medicus*, NJW 1995, 2577, 2579.

⁴⁷ BGH vom 30.6.1983, NJW 1983, 2692.

⁴⁸ *Staudinger/Sack/Fischinger* (Fn. 45), § 138 Rn. 98.

⁴⁹ BGH vom 13.6.1994, NJW 1994, 2536.

Ein weiteres Beispiel stellt die ergänzende Vertragsauslegung einer gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklausel dar, die im Laufe der Zeit ein grobes Missverhältnis zwischen dem Betrag, der sich aufgrund der vertraglichen Vereinbarung ergibt, und dem wirklichen Anteilswert aufweist. Hier billigt die Rechtsprechung unter engen Voraussetzungen dem ausscheidenden Gesellschafter nach § 242 BGB einen Anspruch auf eine den veränderten Umständen angepasste Abfindung zu.⁵⁰

Oder denken Sie an die Freigaberechtsprechung bei revolvierenden Globalsicherungen. Die Vermeidung einer nachträglichen Übersicherung erfolgt durch Zuerkennung eines ermessensunabhängigen Freigabeanspruchs unter Berufung auf § 157 BGB.⁵¹

Es ist nicht erkennbar, weshalb bei der Beurteilung arbeitsvertraglicher Entgeltabreden eine andere Sichtweise geboten ist. Jedenfalls gilt auch hier: Wer von anerkannten dogmatischen Regeln des Zivilrechts abweichen will, braucht hierfür überzeugende Argumente. Diese hat das BAG bislang nicht benannt. Der auf die Rechtsfolge des § 612 Abs. 2 BGB schielende Blick ist jedenfalls kein überzeugendes Argument. Es ist zwar richtig, dass nur über die Nichtigkeit der Vergütungsabrede der übliche Lohn an die Stelle des vereinbarten treten kann. Das erscheint mir allerdings auch gar nicht angemessen. Richtiger wäre in diesen Fällen ohnehin die Fortschreibung des ursprünglich ja noch ganz untadeligen Parteiwillens im Sinne eines geschuldeten Entgelts unterhalb der üblichen Entgelthöhe aber oberhalb der Grenze, die bei neu abgeschlossenen Arbeitsverträgen durch § 138 BGB markiert würde. Das wäre die Folge der Anpassung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung.

VI. Summa

Die Quintessenz der Ausführungen lautet: Das Arbeitsrecht ist ein Teilgebiet des Privatrechts. Die grundlegenden zivilrechtlichen Wertungen oder Prinzipien beanspruchen daher Geltung. Der Arbeitsrechtler tut gut daran, den Blick auf die zivilrechtliche Dogmatik und die von ihr angebotenen Lösungsmuster zu richten. Im Individualarbeitsrecht sind das vor allem die Lehren vom Rechtsgeschäft. Jedenfalls bedarf eine Abweichung stets besonderer Rechtfertigung. Der Leitspruch für das Arbeitsrecht könnte nach alledem durchaus lauten: Mehr Dogmatik wagen!

⁵⁰ BGH vom 24.5.1993, NJW 1993, 2101.

⁵¹ BGH GS vom 27.11.1997, NJW 1998, 671.