

CHRISTIANE BRORS

# Die Abschaffung der Fürsorgepflicht

*Jus Privatum*

67

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 67





Christiane Brors

# Die Abschaffung der Fürsorgepflicht

Versuch einer vertragstheoretischen Neubegründung  
der Nebenpflichten des Arbeitgebers

Mohr Siebeck

*Christiane Brors*, geboren 1968; 1987–1991 Studium der Rechtswissenschaften in Münster; 1991 Erstes Juristisches Staatsexamen; 1992–1995 Wiss. Mitarbeiterin an der Universität Münster, 1995 Zweites Juristisches Staatsexamen; 1995 Forschungsaufenthalt an der University of Iowa; 1996 Promotion; 1996 Tätigkeit als Arbeitsrichterin; 1997 Wiss. Assistentin an der Universität Münster; 1999 Forschungsaufenthalt an der Columbia Law School, New York; 2001 Habilitation, Privatdozentin an der Universität Münster; 2002 Lehrstuhlvertretung an der Universität Erlangen.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

*Brors, Christiane:*

Die Abschaffung der Fürsorgepflicht : Versuch einer vertragstheoretischen Neubegründung der Nebenpflichten des Arbeitgebers / Christiane Brors. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2002

(Jus privatum ; Bd. 67)

ISBN 3-16-147840-1

978-3-16-157918-9 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 2002 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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 Computersatz Staiger in Pfäffingen aus der Garamond-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2001 von der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Habilitationsschrift angenommen. Sie entstand zum einen Teil während meiner Assistentinnenzeit am dortigen Institut für Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht. Zum anderen Teil gewährte mir das Habilitationsstipendium der DFG den Freiraum zu einem Forschungsaufenthalt an der Columbia Law School in New York wie auch die Freiheit dazu, intensiv und zügig zu arbeiten.

An erster Stelle möchte ich mich bei Herrn Professor Schüren bedanken, mit dessen Unterstützung ich von der Arbeitsgerichtsbarkeit an die Universität zurückgekehrt bin und der meinen akademischen Werdegang von Beginn an gefördert hat. Herr Prof. Steinmeyer hat dankenswerterweise das Zweitgutachten übernommen. Aus rechtstheoretischer Sicht hat Herr Prof. Eidenmüller die Untersuchung begutachtet. Für anregende Diskussionen über die rechtsökonomische Analyse des Arbeitsrechts stand mir an der Columbia Law School Herr Professor Barenberg zur Verfügung. Zu danken habe ich dem Verleger für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe und wiederum der DFG für die schnelle Gewährung eines Druckkostenzuschusses. Ich widme die Arbeit Juri.

Münster, im Januar 2002

Christiane Brors



# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Einleitung .....	1
1. Kapitel: Grundlagen judizieller Begründung von Nebenpflichten des Arbeitgebers .....	7
§ 1 Die historische Entwicklung der allgemeinen Fürsorgepflicht im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Allgemeinwohl .....	7
§ 2 Ansatzpunkte der judiziellen Nebenpflichtbegründung in der gegenwärtigen Rechtsprechung .....	32
§ 3 Zu den rechtstheoretischen Grundlagen der judiziellen Entwicklung von Nebenpflichten .....	47
2. Kapitel: Die zugrundeliegenden Prinzipien .....	63
§ 4 Die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers .....	63
§ 5 Judizieller Schutz berechtigter Erwartungen des Arbeitnehmers .....	66
§ 6 Zur Überschätzung der Einigung als Koordinationsmechanismus .....	93
3. Kapitel: Entwurf eines Vertragsmodells im Spannungsfeld von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit .....	105
§ 7 Transaktionskostenbezogene Analyse des Arbeitsverhältnisses .....	105
§ 8 Wann muß die Rechtsprechung Pflichten unter den Funktions- voraussetzungen des internen Arbeitsmarkts begründen? .....	127
§ 9 Absicherung des Vertrags bei Fehlen außerrechtlicher Sanktionsmechanismen .....	134
4. Kapitel: Ausgewählte Einzelprobleme der judiziellen Nebenpflichtbegründung .....	143

§ 10 Vertragskonkretisierende zwingende Nebenpflichten . . . . .	143
§ 11 Nebenpflichten in Korrektur des Parteiwillens . . . . .	232
Schlußbemerkung . . . . .	245
Literaturverzeichnis . . . . .	251
Sachverzeichnis . . . . .	267
Personenverzeichnis . . . . .	271

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Einleitung .....	1

## 1. Kapitel

### Grundlagen judizieller Begründung von Nebenpflichten des Arbeitgebers

§ 1 Die historische Entwicklung der allgemeinen Fürsorgepflicht im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Allgemeinwohl .....	7
I. Die Begründung der Nebenpflichten des Arbeitgebers <i>durch die Rechtsprechung und Literatur bis zum Erlass des AOG</i> .....	9
1. Die vertragsrechtliche Entwicklung von Nebenpflichten in der Rechtsprechung .....	9
2. Entwurf eines relationalen Vertragsmodells durch Otto von Gierke .....	14
3. »Fürsorgepflichten« in der arbeitsrechtlichen Literatur bis 1934 .....	17
II. Die Fürsorgepflicht zwischen Instrumentalisierung und Irrationali- sierung in der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung .....	22
III. Wirkungen des § 2 Abs. 2 AOG nach 1945 .....	29
§ 2 Ansatzpunkte der judiziellen Nebenpflichtbegründung in der gegenwärtigen Rechtsprechung .....	32
I. Vertragskonkretisierende judizielle Nebenpflichten .....	33
1. Zum normativen Parteiwillen .....	34
a) Arbeitsschritte des Gerichts bei der Pflichtbegründung .....	36
b) Revisibilität der Pflichtbegründung .....	38
c) Abgrenzung zur erläuternden Auslegung gem. § 133 BGB .....	40
2. Zur Bedeutung der vertraglichen Regelungslücke .....	40
II. Regelungsersetzende judizielle Nebenpflichtbegründung .....	41
1. Keine Billigkeitskontrolle .....	43
2. Keine Sittenwidrigkeitskontrolle .....	44

III. <i>Liegt der ergänzenden Pflichtenbegründung und der Inhaltskontrolle ein einheitliches normatives Vertragsmodell zugrunde?</i> . . . . .	45
§ 3 <i>Zu den rechtstheoretischen Grundlagen der judiziellen Entwicklung von Nebenpflichten</i> . . . . .	47
I. <i>Gebot der rationalen Entscheidungsfindung</i> . . . . .	47
II. <i>Rechtsfortbildung anhand von Prinzipien</i> . . . . .	52
1. <i>Prinzipien als innere Systemkomponenten</i> . . . . .	52
2. <i>Prinzipien, Regeln und politische Zielsetzungen</i> . . . . .	53
3. <i>Fehlen einer kardinalen Abwägungsordnung</i> . . . . .	56
<i>Zusammenfassung</i> . . . . .	59

## 2. Kapitel

### Die zugrunde liegenden Prinzipien

§ 4 <i>Die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers</i> . . . . .	63
§ 5 <i>Judizieller Schutz berechtigter Erwartungen des Arbeitnehmers</i> . . . . .	66
I. <i>Effizienz als Funktion des Vertrags?</i> . . . . .	67
1. <i>»Wealth maximizing principle«</i> . . . . .	72
2. <i>Realismus der Annahmen über das Partieverhalten</i> . . . . .	74
3. <i>Effizienz ist kein Prinzip</i> . . . . .	76
a) <i>Risikoverteilung bei Arbeitsunfällen nach der neoklassischen ökonomischen Analyse</i> . . . . .	80
b) <i>Kritik der amerikanischen Literatur am Effizienzkriterium</i> . . . . .	81
c) <i>Übertragung der Problematik</i> . . . . .	84
II. <i>Vertragsgerechtigkeit als Anknüpfungspunkt judizieller Pflichtbegründung</i> . . . . .	86
1. <i>Zum Vorwurf der Inhaltsleere</i> . . . . .	86
2. <i>Vertragsgerechtigkeit als Reziprozität</i> . . . . .	88
§ 6 <i>Zur Überschätzung der Einigung als Koordinationsmechanismus</i> . . . . .	93
I. <i>Verhandeln als Koordinationsmechanismus?</i> . . . . .	93
1. <i>Einigung als Richtigkeitschance</i> . . . . .	94
2. <i>Funktionsdefizit bei Vorformulierung</i> . . . . .	96
II. <i>Zur Bedeutung der Einigung – der Ansatzpunkt der »relational contracts theory«</i> . . . . .	99
<i>Zusammenfassung</i> . . . . .	103

## 3. Kapitel

Entwurf eines Vertragsmodells im Spannungsfeld  
von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit

§ 7 <i>Transaktionskostenbezogene Analyse des Arbeitsverhältnisses</i> .....	105
I. <i>Zur Bedeutung der Transaktionskosten</i> .....	106
II. <i>Interner Arbeitsmarkt</i> .....	109
III. <i>Vereinbarkeit des transaktionskostenbezogenen Modells         mit der prinzipiengeleiteten Argumentation</i> .....	112
1. <i>Vereinbarkeit der Zielvorstellungen</i> .....	112
2. <i>Besteht bei allen Arbeitsverhältnissen ein bilaterales Monopol?</i> .....	114
3. <i>Rationale Parteien</i> .....	117
a) <i>Präferenzautonomie</i> .....	119
b) <i>Wie kooperativ sind Vertragsparteien?</i> .....	120
aa) <i>Defektverhalten</i> .....	120
bb) <i>Problem: Kooperationsgrad</i> .....	122
§ 8 <i>Wann muß die Rechtsprechung Pflichten unter den Funktions- voraussetzungen des internen Arbeitsmarkts begründen?</i> .....	127
I. <i>Zur Bedeutung von Sanktionen</i> .....	128
II. <i>Zur Bedeutung von Verkehrssitten im Individualarbeitsrecht</i> .....	131
§ 9 <i>Absicherung des Vertrags bei Fehlen außerrechtlicher Sanktionsmechanismen</i> .....	134
I. <i>Inhaltskontrolle und zwingende Arbeitgeberpflichten</i> .....	134
II. <i>Abdingbare vertragskonkretisierende Pflichten</i> .....	139
III. <i>Recht als Anreiz zu kooperativem Verhalten?</i> .....	139

## 4. Kapitel

Ausgewählte Einzelprobleme der judiziellen  
Nebenpflichtbegründung

§ 10 <i>Vertragskonkretisierende zwingende Nebenpflichten</i> .....	143
I. <i>Gleichbehandlungsgrundsatz bei freiwilligen Entgeltleistungen</i> .....	143
1. <i>Abgrenzung von Differenzierungsverboten</i> .....	143
2. <i>Zur vertragstheoretischen Grundlage der Gleichbehandlungspflicht</i> .....	144
3. <i>Zur privatautonomen Zweckbestimmung</i> .....	148

a)	Lohnfestsetzung nach der neoklassischen ökonomischen Theorie	148
b)	Besonderheiten des internen Arbeitsmarktes	149
c)	Gruppenbezug und Einzelmotivation	151
aa)	Equity Theory	152
bb)	Expectancy Theory	154
d)	Ergebnis: Rationaler Zweck der freiwilligen Leistung	155
4.	Warum muß die Erwartung auf Gleichbehandlung verrechtlicht werden?	155
a)	Zusätzliche Voraussetzungen der Verrechtlichung	159
b)	Zum Umfang der Gleichbehandlungspflicht	160
5.	Kritik an der Rechtsprechung zur Gleichbehandlungspflicht	161
a)	Rechtsprechung zu den rückwirkenden Lohnerhöhungen	166
b)	Auslegungsgrundsätze bei Weihnachtsgratifikationen und anderen nicht arbeitsleistungsbezogenen Sonderzuwendungen	169
aa)	Rechtsprechung zur sachgerechten Ausnahme von ausgeschiedenen und betriebsbedingt gekündigten Arbeitnehmern	169
bb)	Fehlzeiten bei nichtarbeitsleistungsbezogenen Zahlungen	171
cc)	Fehlzeiten bei arbeitsleistungsbezogenen Sonderzahlungen	174
6.	Zusammenfassung	175
<i>II.</i>	<i>Informationspflichten</i>	176
1.	Ausgangsproblematik	176
2.	Offenbarungspflichten vor Abschluß des Arbeitsvertrags	182
a)	Offenbarungs- oder Aufklärungspflichten?	182
b)	Umfang der Offenbarungspflicht am Beispiel der Aufklärung über mögliche Gesundheitsrisiken	184
aa)	Voraussetzung und Grenzen der Offenbarungspflicht über Gesundheitsgefahren	184
bb)	Rechtsfolgen bei unterlassener Offenbarung von Gesundheitsrisiken	185
3.	Informationspflichten vor Abschluß des Aufhebungsvertrags	187
4.	Zusammenfassung	191
<i>III.</i>	<i>Haftungsrechtliche Risikoverteilung</i>	192
1.	Ausgangsproblematik des innerbetrieblichen Schadensausgleichs	192
2.	Grund und Umfang der Haftungserleichterung in der Abwägung des objektiven Arbeitgeberanteils	198
a)	Berechtigtes Arbeitnehmerinteresse	198
aa)	Äquivalenzstörung im Haftungsfall	198
bb)	Fehlen einer autonomen näheren Lösung	200
(1.)	Ausweichmöglichkeiten im Tatsächlichen	200
(2.)	Vereinbarung eines Gefahrenzuschlags	200
b)	Berechtigtes Arbeitgeberinteresse	201
3.	Abwägung der konkreten Verursachungsbeiträge von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gem. § 254 BGB	205

a) Organisationsverschulden bei der Schadensentstehung gem. § 254 Abs. 1 BGB .....	205
b) Abwägung gegen das Verschulden des Arbeitnehmers .....	207
c) Schadensminderungspflicht als Versicherungsobligenheit .....	209
aa) Keine Rücksicht auf den »cheapest insurer« .....	210
bb) Rechtlicher Zielkonflikt zwischen Prävention und Versicherung .....	211
4. Zusammenfassung .....	212
5. Übertragung der Grundsätze auf die verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers bei Sachschäden des Arbeitnehmers .....	213
6. Mankohaftung .....	217
IV. <i>Abschied vom allgemeinen Beschäftigungsanspruch und Kritik     am Weiterbeschäftigungsanspruch</i> .....	218
1. Ausgangsproblematik der Konstruktion des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs .....	218
2. Beschäftigungsanspruch nur bei besonderen wirtschaftlichen Interessen .....	225
3. Weiterbeschäftigungsanspruch .....	227
4. Zusammenfassung .....	231
§ 11 Nebenpflichten in Korrektur des Parteiwillens .....	232
I. <i>Rückzahlung von Ausbildungskosten</i> .....	233
1. Ausgangsproblematik .....	233
2. Ergebniskontrolle gem. § 138 BGB .....	238
II. <i>Rückzahlung von Gratifikationen</i> .....	242
Zusammenfassung .....	243
Schlußbemerkung .....	245
Literaturverzeichnis .....	251
Sachverzeichnis .....	267
Personenverzeichnis .....	271

## Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
ArbuR	Arbeit und Recht
ARS	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ARSP	Archiv für Rechts und Staatsphilosophie
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
Bensh. Samml.	Bensheimer Sammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte
BetrAV	Betriebliche Altersversorgung
BlStSozAR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
DAR	Deutsches Arbeitsrecht
DB	Der Betrieb
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
FS	Festschrift
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
LAG	Landesarbeitsgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
WM	Werpapiermitteilungen
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBlfHR	Zentralblatt für Handelsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

## Einleitung

Die Fürsorgepflicht ist tot – es lebe die Fürsorgepflicht! Unter diesem Motto scheint die judizielle Instrumentalisierung einer ebenso »schillernd und ideologisch belastet«<sup>1</sup> wie umstrittenen<sup>2</sup> Rechtsfigur zu stehen, die, schon totgesagt<sup>3</sup>, im Individualarbeitsrecht immer noch omnipräsent ist.<sup>4</sup> In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts werden Nebenpflichten des Arbeitgebers auch heute noch zum Teil<sup>5</sup> auf die Figur einer allgemeinen Fürsorgepflicht gestützt<sup>6</sup> bzw. allgemeine Fürsorgepflichten als feste Bestandteile des Arbeitsvertrags angesehen<sup>7</sup>. Danach hat der Arbeitgeber »im Rahmen seiner allgemeinen Fürsorgepflicht, ..., auf das Wohl und die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers Bedacht zu nehmen« und muß »unter Umständen auch besondere Maßnahmen treffen, die ... eine Beeinträchtigung des Fortkommens seines Arbeitnehmers verhindern können.«<sup>8</sup> Den Umfang der Fürsorgepflicht bestimmt die Rechtsprechung »aufgrund einer eingehenden Abwägung der beiderseitigen Interes-

---

<sup>1</sup> Vgl. *Wiese*, Der personale Gehalt des Arbeitsverhältnisses, *ZfA* 1996, S. 439 (459), *MünchArbR-Blomeyer* § 94 Rz. 6: »Ihre »Blütezeit« erlebte die Fürsorgepflicht in der Zeit des Nationalsozialismus.« Die kollektivrechtliche Fürsorgepflicht des »Betriebsführers« war in § 2 Abs. 2 AOG geregelt [RGL. 1934 I., S. 45]; vgl. dazu *Hueck/Nipperdey/Dietz*, Kommentar zum AOG (1934), § 2 Rz. 11 ff.

<sup>2</sup> *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch (2000), § 108 S. 1082; *ErfK-Preis* (2001) § 611 BGB Rz. 884; *Schwerdtner*, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen (1970), S. 80.

<sup>3</sup> *Schwerdtner*, Treue- und Fürsorgepflichten im Gefüge des Arbeitsverhältnisses oder: Vom Sinn und Unsinn einer Kodifikation des Allgemeinen Arbeitsvertragsrechts, *ZfA* 1979, S. 1 (17); *Wolf*, Das Arbeitsverhältnis – Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder Schuldverhältnis?, Marburg 1970, S. 30.

<sup>4</sup> Vgl. *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch (2000), § 108, S. 1084 die Fürsorgepflicht »durchdringt das gesamte Arbeitsverhältnis«.

<sup>5</sup> Gegen eine Überstrapazierung der Fürsorgepflicht vgl. BAG, Urt. v. 19.5.1998 – 9 AZR 307/96 – AP Nr. 31 zu § 670 BGB.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. BAG, Urt. v. 25.5.2000 – 8 AZR 518/99-; Urt. v. 20.2.1997 – 8 AZR 121/95 – AP Nr. 4 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitgebers; BAG, Urt. v. 6.9.1994 – 9 AZR 221/93, AP Nr. 106 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; Urt. v. 14.9.1994 – 5 AZR 632/93 – AP Nr. 13 zu § 611 BGB Abmahnung; Urt. v. 26.8.1993 – 2 AZR 376/93 – AP Nr. 105 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; Urt. v. 19.3.1992 – 8 AZR 301/91- AP Nr. 110 zu § 611 Fürsorgepflicht.

<sup>7</sup> BAG, Urt. v. 29.10.1998 – 2 AZR 666/97 – AP Nr. 77 zu § 615 BGB; Urt. v. 12.8.1999 – 2 AZR 55/99 – AP Nr. 41 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; BAG, Urt. v. 28.4.1998 – 9 AZR 348/97 – AP Nr. 2 zu § 14 SchwbG.

<sup>8</sup> BAG, Urt. v. 27.11.1985 – 5 AZR 101/84 – AP Nr. 93 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

sen«<sup>9</sup> unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.<sup>10</sup> Diese Rechtsprechung baut auf der – bis in die sechziger Jahre in Rechtsprechung<sup>11</sup> und Literatur<sup>12</sup> nahezu<sup>13</sup> einhellig vertretenen – Ansicht auf, die Nebenpflichten der Arbeitsvertragsparteien mit dem besonderen Treue- und Fürsorgeverhältnis oder dem »personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis«<sup>14</sup> zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu begründen. Unter dem Begriff der allgemeinen Fürsorgepflicht wurden so ihrer Funktion nach gänzlich verschiedene Pflichtenbündel zusammengefaßt: Das Anlegen von Parkplätzen<sup>15</sup>, die Risikotragung für eingebrachte Sachen des Arbeitnehmers<sup>16</sup>, die Gleichbehandlungspflicht<sup>17</sup> wie aber auch Informationspflichten vor Abschluß eines Aufhebungsvertrags<sup>18</sup>.

Nur soweit die Fürsorgepflicht durch öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften wie im Arbeitsschutzrecht konkretisiert ist, wird der vertragliche Verantwortungsbereich des Arbeitgebers genau beschrieben. Die Grenzen der darüber hinausgehenden allgemeinen Fürsorgepflicht, die den Gegenstand dieser Untersuchung bilden, sind dagegen diffus. Ihre Ableitung ist unklar.<sup>19</sup> Trotz-

<sup>9</sup> BAG, Urt. v. 15.1.1986 – 5 AZR 70/84 – Nr. 96 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht und BAG, Urt. v. 9.2.1977 – 5 AZR 2/76 – AP Nr. 83 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht m.w.N. auf die ständige Rechtsprechung.

<sup>10</sup> BAG, Urt. v. 27.11.1985 – 5 AZR 101/84 – AP Nr. 93 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht. Vgl. BAG, Urt. v. 1.7.1965 – 5 AZR 264/64 – AP Nr. 75 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht: »Der Umfang der den Arbeitgeber obliegenden Sorgspflicht hängt somit von einer Vielzahl von Faktoren ab. ... der Arbeitnehmer kann nur die Fürsorgemaßnahmen verlangen, die dem Arbeitgeber nach den konkreten Umständen zumutbar sind.«

<sup>11</sup> BAG, Urt. v. 25.2.1959 – 4 AZR 549/57 – AP Nr. 6 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; BAG, Urt. v. 5.3.1959 – 2 AZR 268/56 – AP Nr. 26 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

<sup>12</sup> *Dersch*, Entwicklungslinien der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis, RdA 1949, S. 325 (326); *Molitor*, Die personenrechtliche Natur des Arbeitsverhältnis, BlSt-SozAr 1949, S. 30 (31); *Frey*, Das Verhältnis von Treue und Fürsorgepflicht, AuR 1958, S. 203; *Nikisch*, Die Eingliederung in ihrer Bedeutung für das Arbeitsrecht, RdA 1960, S. 1 (2); *derselbe*, Arbeitsrecht Band I (1961), S. 445 und S. 470; *Stecher*, Die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht, RdA 1961, S. 261 (262); *Trieschmann*, Das Verhältnis des Rechts des Einzelarbeitsverhältnisses zum allgemeinen bürgerlichen Recht, AuR 1962, S. 97 (103); *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts (1963), S. 241 und S. 390.

<sup>13</sup> Zur Kritik an dieser Ansicht aus den sechziger Jahren vgl. *Farthmann*, Der »personenrechtliche« Charakter des Arbeitsverhältnisses, RdA 1960, S. 5; *Pimther*, Ist das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis?, ArbuR 1961, S. 225; *Neumann-Duesberg*, Das Haftungsbeschränkungsprinzip bei schadensgeneigter Tätigkeit außerhalb des Arbeitsverhältnis, JZ 1964, S. 433; *Ramm*, Rezension Wiedemann, JZ 1968, S. 479.

<sup>14</sup> *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966), S. 33.

<sup>15</sup> BAG, Urt. v. 5.3.1959 – 2 AZR 268/56 – AP Nr. 26 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

<sup>16</sup> BAG, Urt. v. 1.7.1965 – 5 AZR 264/64 – AP Nr. 75 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

<sup>17</sup> BAG, Urt. v. 13.9.1956 – 2 AZR 152/54 – AP Nr. 3 zu § 611 BGB Gleichbehandlung.

<sup>18</sup> BAG, Urt. v. 13.4.1984 – 3 AZR 255/84 – AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG Zusatzversicherungskasse.

<sup>19</sup> *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch (2000), § 108 S. 1082; *MünchArbR-Blomeyer* (2000)

dem soll sie kennzeichnend für die soziale Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses sein.<sup>20</sup> Mit ihr soll die arbeitsvertragliche Besonderheit gewürdigt werden, daß sich der Arbeitnehmer einer fremden Organisationsgewalt<sup>21</sup> unterwirft und fremde Interessen wahrnehmen muß.<sup>22</sup>

Zwar hat ein Teil der Literatur schon in den siebziger Jahren die Fürsorgepflicht als »verworrenen«<sup>23</sup> Begründungsansatz abgelehnt<sup>24</sup> und kritisiert, daß weder dem Begriff der »personenrechtlichen Gemeinschaft« noch dem »personalen Charakter« des Arbeitsvertrags eine rechtliche Bedeutung zukommt. Die Rückbesinnung auf das allgemeine Schuldrecht und die Konstruktion vertraglicher Schutz- und Rücksichtnahmepflichten<sup>25</sup> als Reaktion auf diese Kritik reicht aber dann nicht aus, wenn sie nur dazu führt, in einem Etikettenwechsel die bislang unter dem Begriff der allgemeinen Fürsorgepflicht entwickelten Pflichten nun aus § 242 BGB<sup>26</sup> bzw. § 241 Abs. 2 BGB abzuleiten, ohne die zugrunde liegenden Wertungen aufzudecken. In diesem Fall bleibt unklar, worin die arbeitsvertragliche Besonderheit besteht, mit der die speziellen Rücksichtnahmepflichten des Arbeitgebers vertragstheoretisch begründet werden können.

In der vorliegenden Untersuchung entwickle ich ein vertragstheoretisches Konzept, mit dem anstelle der allgemeinen Fürsorgepflicht die tatsächlich gegebenen Besonderheiten des Arbeitsvertrags berücksichtigt werden können. Die allgemeine Fürsorgepflicht wird in einem ersten Schritt als Leerformel verabschiedet und durch ein vertragstheoretisch begründetes Modell ersetzt, das erklärt, warum die Rechtsprechung in bestimmten Fällen die tatsächlichen Erwartungen des Arbeitnehmers verrechtlichen und unter bestimmten Voraussetzungen in der richterlichen Inhaltskontrolle auch gegen den erklärten Parteiwillen durchsetzen muß. Die Neubegründung ist nicht nur notwendig, um die Erforderlichkeit der judiziellen Eingriffe in den Vertrag nachzuvollzie-

---

§ 94 Rz. 14; *Schwerdtner*, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen (1970), S. 79.

<sup>20</sup> *Wiese*, Der personale Gehalt des Arbeitsverhältnisses, *ZfA* 1996, S. 439 (457 und 461).

<sup>21</sup> *Richardi*, Entwicklungstendenzen der Treue- und Fürsorgepflicht in Deutschland in: Tomandl (Hrsg.) *Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht* (1975), S. 41 (44); *MünchArbR-Blomeyer* (2000) § 94 Rz. 14.

<sup>22</sup> *Mayer-Maly*, Treue- und Fürsorgepflicht in rechtstheoretischer und rechtsdogmatischer Sicht in: Tomandl (Hrsg.), *Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht* (1975), S. 71 (80 ff.).

<sup>23</sup> *Wolf*, Das Arbeitsverhältnis – Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder Schuldverhältnis? (1970), S. 35; *Schwerdtner*, Treue- und Fürsorgepflichten im Gefüge des Arbeitsverhältnisses oder: Vom Sinn und Unsinn einer Kodifikation des Allgemeinen Arbeitsvertragsrechts, *ZfA* 1979, S. 1 ff.

<sup>24</sup> *Wolf*, Das Arbeitsverhältnis – Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder Schuldverhältnis? (1970), S. 30.

<sup>25</sup> Vgl. *MünchArbR-Blomeyer* (2000) § 94 Rz. 8.

<sup>26</sup> *MünchArbR-Blomeyer* (2000) § 94 Rz. 14; *ErfK-Preis* § 611 BGB Rz. 883.

hen. Sie dient auch als Material zur zukünftigen Entwicklung eines vereinheitlichten europäischen Arbeitsvertragsrechts, das auf den Rechtsprinzipien der einzelnen Länder aufbaut. In einem zweiten Schritt wird anhand von Beispielen das bislang unter dem Oberbegriff der Fürsorgepflicht zusammengefaßte juristische Instrumentarium auf der Grundlage dieses vertragstheoretischen Neuentwurfs kritisiert.

Basis der Neukonzeption und der Kritik der bislang unter dem Oberbegriff der Fürsorgepflicht zusammengefaßten juristischen Eingriffe in den Vertrag sind zwei Fragen, welche die Untersuchung leiten:

- Welchen rechtlichen Wertungsrahmen muß die Rechtsprechung ihrer Vertragsergänzung oder Vertragskorrektur zugrunde legen und wie können die Grenzen dieses Wertungsrahmens konkretisiert werden?
- Welchen typischen tatsächlichen Abwicklungsstörungen ist dieses normative Modell eines gerechten Arbeitsvertrags in der Marktwirklichkeit ausgesetzt und wie kann die typische Marktwirklichkeit aus der maßgeblichen rechtlichen Perspektive beschrieben werden?

Die allgemeine Fürsorgepflicht ist Ausdruck einer historischen Rechtsentwicklung. Eine Neubegründung rechtfertigt sich nur dann, wenn sich die bisherigen Erklärungsversuche als unzureichend erwiesen haben. Es wird daher zu Beginn des ersten Kapitels analysiert, welche historischen Regelungsziele die Rechtsprechung mit der allgemeinen Fürsorgepflicht erreichen wollte und gerechtfertigt erreichen konnte und inwieweit die gegenwärtige Rechtsprechung an diese Erklärungsversuche anknüpfen kann. Damit ein einheitliches normatives Modell für das bislang unter dem Begriff der allgemeinen Fürsorgepflicht zusammengefaßte juristische Instrumentarium erarbeitet werden kann, muß die Grenzziehung zwischen Auslegung des hypothetischen Parteiwillens und der richterlichen Inhaltskontrolle untersucht werden.

Im zweiten Kapitel werden die Argumentationslinien herausgearbeitet, die diesem einheitlichen Modell des gerechten Vertrags unterliegen, das die Rechtsprechung als Schablone dem zu beurteilenden Vertrag in ihrer Vertragsergänzung und Korrektur unterlegt. Neben den Rechtsprinzipien der Vertragsfreiheit und der noch im einzelnen zu konkretisierenden Vertragsgerechtigkeit, ist zu erörtern, ob die Rechtsprechung darüber hinaus sozialpolitische Zielvorgaben aber auch die ökonomische Effizienz des Arbeitsvertrags als Ausrichtungspunkte berücksichtigen kann und muß. Steht die maßgebliche rechtliche Perspektive nach dieser Erörterung fest, muß weiter konkretisiert werden, welcher zeitliche Ausschnitt des Vertrags maßgeblich sein soll. Spielen nur Erwartungen des Arbeitnehmers eine Rolle, die sich im Zeitpunkt der Einigung aus der ex-ante-Sicht erfassen lassen? Oder muß davon unabhängig ein Kooperationschema für die eigentlichen Abwicklungsprobleme gefunden werden, die sich erst während der Vertragsdurchführung des Dauerschuldverhältnisses des Ar-

beitsvertrags ergeben? In diesem Zusammenhang muß überlegt werden, inwieweit die Erkenntnisse der angloamerikanischen »relational contracts theory« für das deutsche Arbeitsvertragsrecht weiterführen können.

Erst wenn die rechtlichen Argumentationslinien der Rechtsprechung feststehen, kann im dritten Kapitel erörtert werden, wie die typischen tatsächlichen Abwicklungsbedingungen des Arbeitsvertrags aus der vorangestellten rechtlichen Blickrichtung erklärt werden können. Dabei sind die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen, unter denen das Arbeitsverhältnis durchgeführt wird. Sollen die tatsächlichen Abwicklungsstörungen zutreffend beschrieben werden, so muß darüber hinaus feststehen, welche Annahmen die Rechtsprechung über das Parteiverhalten zugrunde legen kann. Wie kooperativ oder egozentrisch sind die Arbeitsvertragsparteien, wie wirkt sich die organisatorische Zusammenfassung mehrerer Arbeitsverhältnisse bei einem Arbeitgeber aus und welche verhaltenssteuernde Funktion kann das Recht übernehmen?

Im vierten und letzten Kapitel wird die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anhand des zuvor entwickelten Konzepts kritisiert. Fallgruppen, wie der Gleichbehandlungsanspruch, die innerbetriebliche Risikoverteilung oder der allgemeine Beschäftigungsanspruch werden verabschiedet oder auf eine tragfähige vertragstheoretische Grundlage gestellt.

Die vorliegende Untersuchung liegt somit im Schnittpunkt einer vertragstheoretischen und einer rechtsökonomischen Analyse des Arbeitsvertrags. In ihr wird arbeitsvertragliches Neuland betreten. Bislang ist die rechtsökonomische Analyse für das deutsche Arbeitsvertragsrecht nur vereinzelt aufgegriffen worden.<sup>27</sup> Dies ist umso unverständlicher als die Diskussion um die Grenzen der Vertragsfreiheit in der richterlichen Inhaltskontrolle darum kreist, Paritätsstörungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer rechtlich zu beschreiben. Ein derartiger Versuch ist aber nur dann erfolgversprechend, wenn die tatsächlichen Marktbedingungen aus der rechtlichen Perspektive wahrgenommen werden. Will man die arbeitsvertragliche Besonderheit erklären, die zu gesteigerten Rücksichtnahmepflichten führt, muß untersucht werden, was den Markt, auf dem der Arbeitsvertrag geschlossen und abgewickelt wird von einem Gütermarkt unterscheidet. Ziel der Untersuchung ist es, die tradierte Leerformel der allgemeinen Fürsorgepflicht abzuschaffen und jenseits eines unbestimmten Rechtspaternalismus eine diskutierbare Erklärung für die aus rechtlicher Sicht relevanten marktbedingten Besonderheiten des Arbeitsvertragsrechts anzubieten.

---

<sup>27</sup> Kittner, Die Rechtsprechung des BVerfG zur »Wiederherstellung gestörter Vertragsparität« im Lichte der ökonomischen Analyse des Rechts und von Deregulierungsprogrammen, in: Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.) Festschrift Dieterich, München 1999, S. 278 ff; Behrens, Die Bedeutung der ökonomischen Analyse für das Arbeitsrecht, ZfA 1989, S. 209 ff.



## 1. Kapitel

# Grundlagen judizieller Begründung von Nebenpflichten des Arbeitgebers

### § 1 Die historische Entwicklung der allgemeinen Fürsorgepflicht im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Allgemeinwohl

Kontinuitäten zwischen dem Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland und dem des Nationalsozialismus sind in personeller<sup>1</sup> und in sachlicher<sup>2</sup> Hinsicht aufgezeigt worden. Die folgende Aufarbeitung dieser und der davorliegenden Zeit, vom Erlaß des BGB bis zum Erlaß des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) im Jahre 1934<sup>3</sup>, führt über die bisherigen Untersuchungen hinaus. Sie erklärt die Notwendigkeit einer vertragstheoretischen Neubegründung der Nebenpflichten des Arbeitgebers. *Ernst Wolf*<sup>4</sup> hat darauf hingewiesen, daß der in § 2 Abs. 2 AOG<sup>5</sup> verwendete Gemeinschaftsbegriff und seine Ausprägung als allgemeine arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht<sup>6</sup> weder in der Rechtsprechung noch in der Rechtsliteratur zuvor existiert haben. Die folgenden Ausführungen unterstellen der gegenwärtigen Rechtsprechung keine

---

<sup>1</sup> *Wahsner*, Kontinuitäten und Diskontinuitäten in Arbeitsrechtslehre und Arbeitsgerichtsbarkeit, in: Gustav-Stresemann-Institut (Hrsg.), Arbeitsrecht und Nationalsozialismus (1986), S. 121 (124); *derselbe*, Das Arbeitsrechtskartell – Die Restauration des kapitalistischen Arbeitsrechts in Westdeutschland nach 1945, KJ 1974, S. 369 (373).

<sup>2</sup> *Schwerdtner*, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen (1970); *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung (1997) S. 379 u. 399 § 19 VI.

<sup>3</sup> RGBl. I S. 45 ff.

<sup>4</sup> *Wolf*, Das Arbeitsverhältnis – Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder Schuldverhältnis (1970), S. 75.

<sup>5</sup> § 2 AOG (RGBl. I 1934, S. 45) lautet:

I. Der Führer des Betriebes entscheidet der Gefolgschaft gegenüber in allen betrieblichen Angelegenheiten, soweit sie durch dieses Gesetz geregelt werden.

II. Er hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Diese hat ihm die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten.

<sup>6</sup> Die in dieser Vorschrift statuierte Pflicht betraf nur die betriebliche, »aus der sozialen Ehre« (*Hueck/Nipperdey/Dietz*, AOG (1943), § 2 Rz. 11 a) begründete und nicht die individualrechtliche Pflicht des Arbeitgebers. Die betriebliche Fürsorgepflicht war aber auf der anderen Seite Auslegungsmaßstab der individualvertraglichen Fürsorgepflicht, so daß die inhaltliche Begründung letztlich zusammenfiel (*Hueck/Nipperdey/ Dietz*, AOG, aaO., § 2 Rz. 11 b).

Zielvorstellungen, die sich aus der historischen Gesetzeslage ergeben. Sie verdeutlichen vielmehr den methodischen Bruch, zu dem die Annahme einer allgemeinen Fürsorgepflicht führt. Wie im Anschluß<sup>7</sup> belegt wird, gab es vor Erlaß des AOG keine allgemeine Fürsorgepflicht, die sich auf alle Arbeitsverhältnisse bezog. Mit Aufhebung des AOG im Jahre 1946<sup>8</sup> entfiel die Grundlage, um Nebenpflichten aus einer allgemeinen Fürsorgepflicht zu entwickeln. Die Rechtsprechung übernahm die Begrifflichkeit der allgemeinen Fürsorgepflicht aus dem AOG, ohne die dafür erforderliche rechtliche Grundlage zu erklären. Freilich konnte sich die Rechtsprechung auf § 242 BGB stützen. Damit wurden jedoch die zugrunde gelegten Wertungen nicht aufgedeckt, da der innerhalb des § 242 BGB zur Verfügung stehende Wertungsrahmen nicht näher konkretisiert wurde.

Wie die Entwicklung der Nebenpflichten unter dem Einfluß des AOG verdeutlicht, widersprechen sich die nach dem AOG zulässige Pflichtenkonstruktion und die gem. § 242 BGB vertragstheoretisch begründete Entwicklung von Nebenpflichten derart, daß sich die Rechtsprechung nach 1945 weder an den Inhalten noch an dem Konstruktionsgerüst aus den dreißiger Jahren orientieren durfte. Die Interpretation, daß in der Zeit des Nationalsozialismus der »Schutzbereich des Arbeitnehmers ... mit der Anerkennung eines allgemeinen Grundsatzes der Fürsorge ... eine bedeutsame Erweiterung erfahren [habe], den man natürlich nicht aufgeben wollte«<sup>9</sup>, muß zurückgewiesen werden. Aufgrund der gesetzlichen Regelungen in §§ 1 und 2 AOG konnte die Rechtsprechung Pflichten über die Allgemeinwohlbindung des Arbeitsvertrags im öffentlichen Interesse konstruieren. Die vertragstheoretische Rechtfertigung spielte keine Rolle. Diese gesetzliche Grundlage stand der Rechtsprechung nach 1945 nicht mehr zur Verfügung. Da aber in der Zeit nach 1945 eine vertragstheoretische Neubegründung versäumt wurde, konnte sich die Fürsorgepflicht über die Generalklausel des § 242 BGB zu einem Bereich entwickeln, in dem die Herkunft der maßgeblichen Wertungen unklar geblieben ist. Die Antwort auf die Frage nach der vertragstheoretischen Legitimationsgrundlage hat entscheidende Bedeutung für die Dekonstruktion und Neukonstruktion der heutigen Nebenpflichten. Die Nebenpflichten haben eine andere Qualität, je nachdem, ob das Individuum oder die Allgemeinheit geschützt werden soll. Die Regelungen des Gesetzgebers und nicht die judizielle Pflichtbegründung sind das geeignete Mittel, die Privatautonomie aus Gründen des Gemeinwohls einzuschränken. Verantwortlich für den Eindruck, daß die in § 2 Abs. 2 AOG geregelte ursprünglich nur betriebsbezogene Fürsorgepflicht einer bestehenden

<sup>7</sup> Vgl. § 1 I S. 9 ff.

<sup>8</sup> Kontrollratsgesetz Nr. 40 v. 30.11.1946, Amtsblatt des Kontrollrats Nr. 12 (1946), S. 229. Darin wurde das AOG mit Wirkung zum 1.1.1947 aufgehoben.

<sup>9</sup> Klatt, Treuepflichten im Arbeitsverhältnis (1990), S. 296; vgl. eine ähnliche Aussage auch bei Kranig, Lockerung und Zwang (1983), S. 214.

Rechtstradition gefolgt sei, ist nicht zuletzt die – unrichtige – von *Alfred Hueck*<sup>10</sup> im Jahre 1947 geäußerte Ansicht, daß der Treuegedanke und damit auch die Fürsorgepflicht schon vor Erlaß des AOG das Arbeitsverhältnis geprägt hätten. Auf diese Ansicht ist noch zurückzukommen.<sup>11</sup> Es ist sicherlich richtig, daß der in § 2 AOG verwendete Begriff der betrieblichen Gemeinschaft schon zuvor unter sozialpolitischen Aspekten diskutiert worden ist.<sup>12</sup> Eine allgemeine Fürsorgepflicht erkannten die überwiegende Rechtsliteratur und Rechtsprechung – wie nun gezeigt wird – jedoch nicht an oder beschränkten eine solche Pflicht auf bestimmte Arbeitsverhältnisse.

## I. Die Begründung der Nebenpflichten des Arbeitgebers durch die Rechtsprechung und Literatur bis zum Erlaß des AOG

»Im übrigen soll das ganze Verhältnis gekennzeichnet sein durch den Gedanken einer disziplinären Harmonie. Diese Verbeamtung des Arbeitsverhältnisses ist der Ausfluß einer auf der einen Seite romantisch-militärischen, auf der anderen Seite ausgesprochen kleinbürgerlichen Einstellung.«

*Kahn-Freund*, Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts (1931), S. 191.

### 1. Die vertragsrechtliche Entwicklung von Nebenpflichten in der Rechtsprechung

In den bereits vorliegenden Untersuchungen<sup>13</sup> über die Zeit vor Erlaß des AOG wird klargestellt, daß die Rechtsprechung Nebenpflichten des Arbeitgebers nicht aus einer für das Arbeitsvertragsrecht allgemein geltenden Fürsorgepflicht entwickelte, sondern nur aus schuldrechtlichen Grundsätzen<sup>14</sup> gem. § 242 BGB.<sup>15</sup> Wozu also eine erneute Untersuchung der arbeitsgerichtlichen

<sup>10</sup> Der Treuegedanke im modernen Privatrecht (1947), S. 13.

<sup>11</sup> Vgl. § 1 I.3 S. 21.

<sup>12</sup> Vgl. dazu *Hientzsch*, Arbeitsrechtslehren im Dritten Reich (1970), S. 16 u. 55, der aber ebenso auf die Unterschiede dieser Lehren zu der faschistischen Arbeitsverfassung eingeht, so daß man nicht sagen kann, diese Lehren hätten den nationalsozialistischen Gemeinschaftsbegriff schon vorweggenommen.

<sup>13</sup> *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966), S. 1 ff.; *Schwerdtner*, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen (1970), S. 22 ff.

<sup>14</sup> Freilich liegt es auf der Hand, daß die Vorstellung des Reichsarbeitsgerichts vom Normalarbeitsverhältnis nicht unpolitisch war. *Kahn-Freund*, Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts (1931), in: Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik Quellentexte 1918 – 1933 (1966), S. 149 (205) beschreibt das Ideal des Reichsarbeitsgerichts in seiner Kritik als faschistisch und autoritär und belegt dies insbesondere mit den Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts zum Arbeitskämpfrecht. Im Individualarbeitsrecht folgte es nach seiner Auffassung einem patriarchalisch geprägten Leitbild, das zwar wirtschaftsriedlich, aber nicht ausschließlich Arbeitgeber orientiert war. Danach müsse sich der Arbeitnehmer »still verhalten und nicht auf seine Rechte pochen« (aaO., S. 191).

Rechtsprechung? Sie zeigt den historischen Versuch, die Nebenpflichten des Arbeitgebers vertragstheoretisch ohne die Leerformel der allgemeinen Fürsorgepflicht zu begründen. Der dabei zugrundegelegte vertragstheoretische Konstruktionsansatz ist freilich verbesserungswürdig. Er weist die Schwäche auf, gegen die sich *v. Gierke* weniger pointiert mit der oft zitierten Forderung nach dem »Tropfen sozialistischen Öles«<sup>16</sup> als vielmehr mit einer anderen vertragstheoretischen Konzeption<sup>17</sup> wendete: der Konstruktion von Pflichten anhand der Momentaufnahme der Einigung ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Besonderheiten, die sich bei der Durchführung der Langzeitbeziehung Arbeitsvertrag ergeben.

Eine allgemeine Fürsorgepflicht, die über den z.B. in § 618 BGB gesetzlich geregelten Rahmen hinausging, nahm das Reichsgericht nicht an, weil sie nicht durch die Willenserklärungen abgedeckt war. Die in § 618 BGB geregelte Fürsorgepflicht war zudem kein arbeitsrechtliches Spezifikum: Das Reichsgericht hatte schon vor Erlaß des BGB einen vertraglichen Schadensersatzanspruch anerkannt, wenn ein Vertragspartner Gesundheitsverletzungen erlitten hatte wie z.B. im Falle eines Dienstmietvertrags.<sup>18</sup> Nach Inkrafttreten des BGB nahm das Reichsgericht an, daß sich vertragliche Integritätsschutzpflichten als Nebenpflichten eines jeden Vertrages aus § 242 BGB ergaben. So traf auch den Werkbesteller die Fürsorgepflicht, den Werkunternehmer vor Gesundheitsschäden zu bewahren.<sup>19</sup> In zwei Fallgruppen zeigte sich die Schwierigkeit, Nebenpflichten allein aus der Einigung der Parteien zu entwickeln. Zum einen handelt es sich um die Begründung vertraglicher Schadensersatzansprüche aufgrund sozialversicherungsrechtlicher Pflichtverletzungen. Zum anderen reicht die Einigung als Legitimationsgrundlage nicht mehr aus, wenn durch die judizielle Pflichtbegründung Risiken unter Berücksichtigung der Organisationsgewalt des Arbeitgebers wirtschaftlich sinnvoll verteilt werden sollten.

In den Fällen, in denen der Arbeitgeber seinen öffentlich-rechtlichen Sozialversicherungspflichten nicht nachgekommen war, hatte das Reichsgericht zu-

<sup>15</sup> *Wiese*, Der personale Gehalt des Arbeitsverhältnisses, *ZfA* 1996, S. 447 (448) und *Klatt*, Treuepflichten im Arbeitsrecht (1990), S. 228 ff.; *Richardi*, Entwicklungstendenzen der Treue- und Fürsorgepflicht in Deutschland, in: Tomandl (Hrsg.), Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht (1975), S. 41 (46) und *derselbe*, Das Arbeitsverhältnis im Zivilrechtssystem, *ZfA* 1988, S. 221 (229).

<sup>16</sup> Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Nachdruck des am 5.4.1889 vor der Juristischen Gesellschaft zu Wien gehaltenen Vortrags, in: Erik Wolf (Hrsg.), Deutsches Rechtsdenken, Heft 12 (1948), S. 10.

<sup>17</sup> Vgl. dazu unter 2., S. 14.

<sup>18</sup> RG, Urt. v. 24.5.1888 – Rep. VI 80/88 – RGZ 21, S. 170 und RG, Urt. v. 2.10.1890 – Rep. VI 124/90 – RGZ 27, S. 191. In dieser Entscheidung leitete es den Schadensersatzanspruch aus römisch-rechtlichen Quellen ab.

<sup>19</sup> RG, Urt. v. 2.7.1912 – III 496/11 – RGZ 80, S. 27; RG, Urt. v. 14.12.1917 – VII 287/17 – RGZ 91, S. 324 und RG, Urt. v. 13.10.1916 – III 145/16 – RGZ 88, S. 433.

## Sachverzeichnis

- Abdingbare Pflichten 139
- Abwanderungskosten 115, 149
- Abwägung, kardinale 56
- AGB-Kontrolle und Inhaltskontrolle  
gem. § 242 96, 232
- Allgemeinwohl 30, 54
- Amortisation von Schulungskosten 239
- Anfechtung, Täuschung über Gesundheitsgefahren 185
- AOG 22
- Äquivalenz,
  - rechtliche 90
  - wirtschaftliche 91
- Arbeitsethik 223
  - und Wertewandel 223
- Arbeitnehmerüberlassung im Nationalsozialismus 27
- Arbeitsrichterliche Entscheidungsfreiheit 47, 58
- Arbeitsschutz und Informationspflichten 184
- Arbeitsvertragsgesetzbuch, Entwurf 1923 18
- Aufwendungsersatz 214
- Ausbildungskosten 233
- Auskunftspflicht 176
- Auslegung,
  - ergänzende 33
  - erläuternde 40
  - Revisibilität 38
- Austauschgerechtigkeit 157
- Außervertragliche Voraussetzungen 50
  
- Benachteiligung, unangemessene 97
- Beschäftigungsanspruch 218
- Besitzeffekt 74
  - bei Ansprüchen 75
- Betriebliche Altersversorgung 136, 147
- Betriebliche Übung 140
  
- Betriebsgemeinschaft 146
- Betriebsrisiko
  - Rechtssprechung des Reichsgerichts 13
  - Betriebsrisikolehre 197
- Betriebstreu 163
- Billigkeitskontrolle 43
- Bounded rationality 119
- Bürgerschaftsentscheidung 64
- Bilaterales Monopol 110
  
- Cheapest Insurer 210
- Coasetheorem 72
  
- Daseinsvorsorge im Nationalsozialismus 26
  - Defektverhalten 120
  - Delegation durch Generalklauseln 47
  - Dienstmietvertrag 10
  - Diskriminierungsverbote 143
  
- Effizienz 70
  - Identitätsthese 70
  - konsenstheoretische Ableitung 78
  - Kritik in der amerikanischen Literatur 81
  - vollständiger Vertrag 68
  - wealth-maximizing-principle 72, 77
- Effizienzlohntheorie 125
- Eingeschränktes rationales Verhalten, siehe bounded rationality
- Einstweiliger Rechtsschutz, Weiterbeschäftigung 229
- Einigung
  - als Koordinationsmechanismus 93
  - Funktion 67
- Einkommenseffekt 78
- End game norms 132
- Endowment Effect 74
- Entgeltbegriff 164

- Erläuternde, ergänzende Auslegung siehe Auslegung
- Erwartungen des Arbeitnehmers 66
- Erwerbsarbeit als Persönlichkeitsentfaltung 222
- Equity Theory 152
- Expectancy Theory 154
- Fahrlässigkeit 201, 205
- Faktorspezifität 109
- Fallgruppen 37
- Fallrecht siehe Präjudizien
- Freistellungsanspruch 199
- Freiwillige Leistungen  
– Leistungszweck 147
- Fürsorgepflicht  
– als rechtsethisches Prinzip 52  
– und Werkvertrag 10, 17
- Funktion des Vertrags 67
- Gefangenendilemma 121
- Gefahrgeneigte Arbeit 195
- Gefährdungshaftung 192
- Gefolgschaftsverhältnis im Nationalsozialismus 22
- Geltungserhaltende Reduktion 46
- Gemeinwohl im Nationalsozialismus 27
- Generalklausel 48  
– Delegation 47  
– Fallgruppen 37
- Generalkompensation 78
- Gerechter Preis 88
- Gerechtigkeit  
– ausgleichende, austeilende 157  
– in der Gruppe 123, 152  
– formale 86  
– Gleichbehandlung 152  
– Reziprozität 88  
– soziale in der Rechtsprechung 65  
– sozialpsychologische 152  
– und Tarifvertrag 168
- Gesamtäquivalent des Vertrags 89
- Gesundheitsrisiken 183
- Gewaltenteilung und Sozialstaatsprinzip 65
- Gleichbehandlungsanspruch 145  
– im Nationalsozialismus 27
- Gleichheitssatz 144
- Gratifikation, siehe auch freiwillige Leistungen  
– ausgeschiedene Arbeitnehmer 169  
– betriebliche Übung 140  
– Erziehungsurlaub 174  
– Fehlzeiten 171  
– leistungsbezogene 151  
– Leistungszweck 148  
– Mischcharakter 169  
– nichtleistungsbezogene 151  
– ökonomischer Zweck 150  
– rückwirkende Lohnerhöhung 166, 170  
– Rückzahlung 242
- Grenzprodukt 149
- Gruppenbezug 151
- Gütermarkt 116
- Güteverhandlung, arbeitsgerichtliche 133
- Haftung, siehe auch innerbetrieblicher Schadensausgleich  
– und Äquivalenzstörung 198  
– des Arbeitgebers für Sachschäden 213  
– Haftungstrias 193  
– innerbetrieblicher Schadensausgleich 192  
– Organisationsverschulden 205  
– Prävention 201, 207  
– Steuerung 196
- Homo oeconomicus siehe REEM
- Hypothetischer Parteiwille 34
- Idiosynkrasie 109
- Inhaltskontrolle 232  
– AGB-Kontrolle 96  
– Bürgerschaftsentscheidung 64
- Informationspflichten 176  
– vor Abschluss des Arbeitsvertrags 182  
– vor Abschluss des Aufhebungsvertrags 178, 187  
– Schadensersatz 186
- Innerbetrieblicher Schadensausgleich siehe Haftung 192
- Interpersoneller Nutzenvergleich und neutraler Staat 82
- Interner Arbeitsmarkt 109
- Implizite Vereinbarung 127
- Kaldor-Hicks Kriterium 70

- Kaskoversicherung 209
- Kaufkraftverlust 166
- Knebelung durch Rückzahlungsverpflichtung 238
- Kollisionsverhalten, Regeln und Prinzipien 54
- Kompetitiver Markt 149
- Konvention 124
- Kooperation
  - Förderung durch Recht 139
  - Grad 122
  - Kooperative Strategien 129
  - Kooperatives Verhalten 128
- Kosteninternalisierung 82
  
- Langzeitvertrag 99
- Learned Hand-Formel 208
  - und bilaterale Verursachung 209
- Leistungszweck 148
- Lohnerhöhung, rückwirkende 166, 170
- Lohnkosten und Unfallkosten 81
- Lohntheorie, neoklassische 148
  
- Mankohaftung 194, 217
- Mobilitätskosten 116
- Motivationsanreize 151
  
- Nachwirkungen des AOG 29
- Nationalsozialistische Arbeitsordnung 22
- Neoklassische, ökonomische Vertragstheorie 67
  
- Obhutspflichten
  - in der Rechtsprechung des Reichsgerichts 12
- Offenbarungspflicht 176
- Ökonomisch vollständiger Vertrag 68
- Opportunistisches Verhalten 107
  
- Paretooptimum 70
- Parität bei Vertragsschluß 93
- Parteiwille, 33
  - mutmaßlicher 36
  - Negativfunktion 38
  - normativer 34
  - psychologischer 35
- Peer-group-standard 124
  
- Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis 30
- Persönlichkeitsrecht und Erwerbsarbeit 218
- Politische Entscheidungen und Rechtsprinzipien 54
- Präferenzautonomie 119
- Präjudizien 49
- Preise, Indexwirkung 81
- Prinzipien 52
- Produktivitätsverlust und Abwanderung 149
  
- Rational choice theory 117
- Rationalität
  - eingeschränkte 119
  - des Handelns 117
  - individuelle 121
  - sozialwissenschaftlicher Kontext 118
- REEM 117
- Rechtsfortbildung 34
- Referenzgruppenvergleich 153
- Regeln 55
- Regelungslücke 33, 40
- Relational Contracts Theory 99
- Relationalvertrag 14
- Reputationsverlust 133
- Revisibilität der Pflichtenbegründung 38
- Reziprozität 88
- Richtigkeitschance des Vertrags 94
- Rückzahlung
  - Ausbildungskosten 233
  - Gratifikationen 242
  
- Sanktion 128
- Schutzpflichten 36
- Sachschäden des Arbeitnehmers 213
- Schadensminderungspflicht 209
- Shirking 150
- Sittenwidrigkeit 44
- Soziales Schutzprinzip 29
- Sozialstaatsprinzip 65
- Sozialversicherungsbeiträge
  - in der Rechtsprechung des Reichsgerichts 11
- Sanktionsmechanismen 128
  
- Tarifvertrag als Vergleichsmaßstab 168

- Transaktionskosten 106
- Transformation des Arbeitsmarktes 110
- Treueverhältnis 21
  
- Umverteilung durch Arbeitsrecht 65
- Unfallkosten 80
- Unterlegenheit, intellektuelle 189
- siehe auch Parität
- Urlaubsanspruch im Nationalsozialismus 27
- Überrumpelungsschutz 179, 190
  
- Verbraucher und Arbeitnehmer 190
- Verhaltensanomalien und Rational-Choice-Modell 155
- Verkehrssitten 131
- Versicherungspflicht 209
- Verteilungsgerechtigkeit 157
- Vertrag
  - Funktion 67
  - Gesamtäquivalent 89
  - als Koordinationsmechanismus 93
  - normatives Modell 45
  
- Parität 93
- Richtigkeitschance 94
- Vertragsbeendigung, berechnete Erwartungen 132
- Vertragsfreiheit 63
- Vertragskonkretisierende Nebenpflichten 33
- Vollständiger Vertrag 68
- Vorformulierung 96
  
- Wealth-maximizing-principle 72, 77
- Weihnachtsgratifikation 169
- Weiterbeschäftigungsanspruch 218, 227
- Wertehierarchie 57
- Widerrufsrecht 190
- Worker's compensation 80
  
- Zulagen, siehe auch Gratifikationen
  - arbeitsleistungsbezogen 171
  - Fehlzeiten 174
- Zweckbestimmung bei freiwilligen Leistungen 148

# Personenverzeichnis

In dieses Verzeichnis wurden nur die Personen aufgenommen, deren Ansichten im Text diskutiert wurden.

Dworkin 53  
Eidenmüller 69  
Fastrich 94  
von Gierke 14  
Hönn 97  
Hubmann 56  
Hueck, Alfred 21  
Larenz 52  
Köndgen 90  
Leibenstein 123

Macneil 101  
Oechsler 86  
Posner 72  
Potthoff 20  
Preis 96  
Rümelin 17  
Schmidt-Rimpler 94  
Siebert 26, 30  
Sinzheimer 18  
Williamson 106



# Jus Privatum

## Beiträge zum Privatrecht – Alphabetische Übersicht

- Assmann, Dorothea*: Die Vormerkung (§ 883 BGB). 1998. *Band 29*.
- Bayer, Walter*: Der Vertrag zugunsten Dritter. 1995. *Band 11*.
- Beater, Axel*: Nachahmen im Wettbewerb. 1995. *Band 10*.
- Beckmann, Roland Michael*: Nichtigkeit und Personenschutz. 1998. *Band 34*.
- Berger, Christian*: Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen. 1998. *Band 25*.
- Berger, Klaus*: Der Aufrechnungsvertrag. 1996. *Band 20*.
- Bittner, Claudia*: Europäisches und internationales Betriebsrentenrecht. 2000. *Band 46*.
- Bodewig, Theo*: Der Rückruf fehlerhafter Produkte. 1999. *Band 36*.
- Brors, Christiane*: Die Abschaffung der Fürsorgepflicht. 2002. *Band 67*.
- Busche, Jan*: Privatautonomie und Kontrahierungszwang. 1999. *Band 40*.
- Braun, Johann*: Grundfragen der Abänderungsklage. 1994. *Band 4*.
- Dauner-Lieb, Barbara*: Unternehmen in Sondervermögen. 1998. *Band 35*.
- Detbloff, Nina*: Europäisierung des Wettbewerbsrechts. 2001. *Band 54*.
- Drexler, Josef*: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. 1998. *Band 31*.
- Eberl-Borges, Christina*: Die Erbauseinandersetzung. 2000. *Band 45*.
- Einsle, Dorothee*: Wertpapierrecht als Schuldrecht. 1995. *Band 8*.
- Ekkenga, Jens*: Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt. 1998. *Band 30*.
- Ellger, Reinhard*: Bereicherung durch Eingriff. 2002. *Band 63*.
- Escher-Weingart, Christina*: Reform durch Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht. 2001. *Band 49*.
- Giesen, Richard*: Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb. 2002. *Band 64*.
- Götting, Horst-Peter*: Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte. 1995. *Band 7*.
- Habersack, Mathias*: Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht. 1996. *Band 17*.
- Heermann, Peter W.*: Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte. 1998. *Band 24*.
- Heinrich, Christian*: Formale Freiheit und materielle Gerechtigkeit. 2000. *Band 47*.
- Henssler, Martin*: Risiko als Vertragsgegenstand. 1994. *Band 6*.
- Hergenröder, Curt Wolfgang*: Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung. 1995. *Band 12*.
- Hess, Burkhard*: Intertemporales Privatrecht. 1998. *Band 26*.
- Hofer, Sibylle*: Freiheit ohne Grenzen. 2001. *Band 53*.
- Huber, Peter*: Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung. 2001. *Band 58*.
- Jänich, Volker*: Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum? 2002. *Band 66*.
- Junker, Abbo*: Internationales Arbeitsrecht im Konzern. 1992. *Band 2*.
- Kaiser, Dagmar*: Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB. 2000. *Band 43*.
- Katzenmeier, Christian*: Arzthaftung. 2002. *Band 62*.
- Kindler, Peter*: Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht. 1996. *Band 16*.
- Kleindiek, Detlef*: Deliktshaftung und juristische Person. 1997. *Band 22*.
- Luttermann, Claus*: Unternehmen, Kapital und Genußrechte. 1998. *Band 32*.
- Looschelders, Dirk*: Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht. 1999. *Band 38*.
- Lipp, Volker*: Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson. 2000. *Band 42*.
- Merkt, Hanno*: Unternehmenspublizität. 2001. *Band 51*.
- Möllers, Thomas M.J.*: Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht. 1996. *Band 18*.
- Muscheler, Karlheinz*: Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung. 1994. *Band 5*.
- Universalsukzession und Vonselbsterwerb. 2002. *Band 68*.

- Oechsler, Jürgen*: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag. 1997. *Band 21*.
- Oetker, Hartmut*: Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. 1994. *Band 9*.
- Oppermann, Bernd H.*: Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozeß. 1993. *Band 3*.
- Peifer, Karl-Nikolaus*: Individualität im Zivilrecht. 2001. *Band 52*.
- Peters, Frank*: Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb. 1991. *Band 1*.
- Raab, Thomas*: Austauschverträge mit Drittbeteiligung. 1999. *Band 41*.
- Reiff, Peter*: Die Haftungsverfassungen nichtrechtsfähiger unternehmenstragender Verbände. 1996. *Band 19*.
- Reppen, Tilman*: Die soziale Aufgabe des Privatrechts. 2001. *Band 60*.
- Rohe, Mathias*: Netzverträge. 1998. *Band 23*.
- Sachsen Gessaphe, Karl August Prinz von*: Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige. 1999. *Band 39*.
- Saenger, Ingo*: Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung. 1998. *Band 27*.
- Sandmann, Bernd*: Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten. 2001. *Band 50*.
- Wolfgang Schur*: Leistung und Sorgfalt. 2001. *Band 61*.
- Schwarze, Roland*: Vorvertragliche Verständigungspflichten. 2001. *Band 57*.
- Sieker, Susanne*: Umgehungsgeschäfte. 2001. *Band 56*.
- Stadler, Astrid*: Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. 1996. *Band 15*.
- Stoffels, Markus*: Gesetzlich nicht geregelte Schuldverhältnisse. 2001. *Band 59*.
- Taefer, Jürgen*: Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme. 1995. *Band 13*.
- Trunk, Alexander*: Internationales Insolvenzrecht. 1998. *Band 28*.
- Wagner, Gerhard*: Prozeßverträge. 1998. *Band 33*.
- Waltermann, Raimund*: Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie. 1996. *Band 14*.
- Weber, Christoph*: Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht. 2000. *Band 44*.
- Wendehorst, Christiane*: Anspruch und Ausgleich. 1999. *Band 37*.
- Würthwein, Susanne*: Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? 2001. *Band 48*.