



Anna-Luise Börner

Leistungsstörungen  
im Arbeitsverhältnis  
nach neuem Schuldrecht



PETER LANG

# Einleitung

## A. Problemstellung

Der Umfang der Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Fragestellungen in dem zum 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts<sup>1</sup> wird in wissenschaftlichen Stellungnahmen sehr unterschiedlich bewertet. Einerseits wird die „Kargheit“ der arbeitsrechtlichen Regelungen als gesetzgeberisches Versäumnis gegeißelt<sup>2</sup> oder aber gerade die „Berührung“ des Arbeitsrechts durch die Reform „nur am Rande“ als „beruhigend“ bewertet<sup>3</sup>. Andererseits wird aber dem „ungewöhnlich diskussionsfreudigen“ Gesetzgeber attestiert, in einer „für das Arbeitsrecht beachtlichen Weise“ das „Heft in die Hand genommen“ zu haben<sup>4</sup>.

Diese Meinungsvielfalt zeigt sich auch in der Bewertung, in welchem Maße die Reform – außerhalb der arbeitsrechtlichen Sonderregelungen – Auswirkungen auf das Arbeitsrecht zeitigt. Mitunter heißt es da, dass die „Rechtsfortbildungen“ in Kernfragen des Arbeitsrechts „von einer Reform wie der vorliegenden regelmäßig gar nicht berührt“ würden<sup>5</sup>. Andere Autoren sehen durch die Reform hingegen gerade auch für das Arbeitsrecht eine unerfreulich große Zahl von Zweifelsfragen aufgeworfen<sup>6</sup>.

Was ist nun zutreffend?

Spezifisch arbeitsrechtliche Regelungen im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung finden sich in § 310 Abs. 4 BGB<sup>7</sup> mit der Streichung der Bereichsausnahme in der AGB-Kontrolle für das Arbeitsrecht<sup>8</sup>, in § 615 Satz 3 BGB mit der Kodifizierung des Betriebsrisikos und in § 619 a BGB, einer Sonderregelung der Beweislast für die Haftung des Arbeitnehmers wegen Arbeitsvertragspflichtverletzungen. Hierzu hinzuzurechnen ist noch die Implementierung eines Leistungs-

---

1 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I, S. 3138).

2 *Richardi* NZA 2002, S. 1004, 1005; *Däubler* NZA 2001, S. 1329 ff., 1330.

3 *Berkowsky* AuA 2002, S. 11.

4 *Reichold* ZTR 2002, S. 202 ff., 202.

5 *Joussen* NZA 2001, S. 745 ff., 750.

6 *Berkowsky* AuA 2002, S. 11 ff., 16; *Dauner-Lieb* Anwbl. 2003, S. 597 ff., 598.

7 § 310 Abs. 4 S. 2 BGB lautet: „Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen.“ Dazu z.B. *Morgenroth/Leder* NJW 2004, S. 2797 ff.; *Thüsing* NZA 2002, S. 591 ff.

8 § 23 Abs. 1 AGBG, wonach das AGB-Gesetz keine Anwendung findet (u.a.) bei Verträgen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts. S. hierzu *Lingemann* NZA 2002, S. 181 ff.; *Hümmerich* NZA 2003, S. 753 ff.

verweigerungsrechts für unzumutbare höchstpersönliche Leistungspflichten in § 275 Abs. 3 BGB, die der Gesetzgeber ausdrücklich mit dem Blick auf Arbeits- und Dienstverträge vorgenommen hat<sup>9</sup>.

Die angesprochenen Regelungen verteilen sich weit über die ersten Bücher des Bürgerlichen Gesetzbuches. Hierdurch entsteht der Eindruck eines recht willkürlichen, punktuellen Regelungsansatzes<sup>10</sup> des Gesetzgebers. Es fällt daher schwer, von einer beachtlichen Regelung arbeitsrechtlicher Fragen<sup>11</sup> zu sprechen.

Ein Blick auf die Reformgeschichte mag das Entstehen dieses „Flickenteppichs“ arbeitsrechtlicher Regelungen erklären. Der vom Bundesminister der Justiz herausgegebene Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts aus dem Jahre 1992 (im Folgenden: KE) und der ihm im Jahre 2000 nachfolgende, im Wesentlichen inhaltsgleiche<sup>12</sup>, ebenfalls vom Bundesjustizministerium herausgegebene *Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes* (im Folgenden: DiskE) setzte im Leistungsstörungenrecht auf einen „grundlegenden und konsequenzenreichen Systemwechsel“<sup>13</sup>.

Die *Schuldrechtskommission* verabschiedete sich zum einen von der Kategorie der Unmöglichkeit als Leistungsbefreiungstatbestand in § 275 KE und DiskE und ersetzte sie durch den allgemeinen Tatbestand der Pflichtverletzung. Zudem sollte der Schuldner nur auf seine Einrede hin von der Leistungspflicht befreit werden. Die *Schuldrechtskommission* stützte sich auf die Bewertung, dass im geltenden Recht mit der Unmöglichkeit „ein Fall zum Ausgangspunkt der gesetzlichen Regelung gewählt“ sei, der nicht nur selten auftrete, sondern „überhaupt nur in ganz bestimmten Schuldverhältnissen auftreten könne“. Dies sei der Fall, „wenn etwa die Erbringung der geschuldeten Dienst- und Werkleistung ‚unmöglich‘ werde, etwa weil der Schuldner erkrankt sei oder sein Betrieb behördlich geschlossen oder durch ein Feuer vernichtet“ werde<sup>14</sup>. Ihrer Ansicht nach, die sich das *Bundesjustizministerium* vollends zueigen machte<sup>15</sup>, nötigte also die singuläre Bedeutung der Unmöglichkeit im Dienstvertragsrecht nicht zu einer Diversifizierung der Leistungsstörungstatbestände und deren Rechtsfolgen in § 275 KE und DiskE<sup>16</sup>. Darüber hinausgehende Reflexionen über die Auswirkung dieses Regelungsverständnisses auf das Arbeitsrecht sucht man in den Entwürfen vergeblich<sup>17</sup>. Nur am Rande sei bemerkt, dass nur an einer weiteren Stelle eine andere arbeitsrechtliche Bestimmung eine Rolle spielt: Hinsichtlich der Benennung der

---

9 BT-Drs. 14/6040, S. 130; *Richardi* NZA 2002, S. 1004 ff., 1005.

10 *Medicus*, Schuldrecht II BT, S. 145 Rn. 316.

11 *Reichold* ZTR 2002, S. 202 ff., 202.

12 S. vergleichende Übersicht bei *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, S. 1639 ff., 1642.

13 *Dauner-Lieb* JZ 2001, S. 8 ff., 9.

14 BMJ, Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 16.

15 BMJ, Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S. 309 f.

16 So *Medicus* (Mitglied der Schuldrechtskommission) NJW 1992, S. 2384 ff., 2384.

17 *Däubler* NZA 2001, S. 1329 ff., 1330.

„heute allgemein anerkannten“ Schutzpflichten in § 241 Abs. 2 S. 1 KE (nunmehr § 241 Abs. 2 BGB), wird auf § 618 BGB, der ein Beispiel für die schon im bisherigen BGB vereinzelt zu findende Ausprägung solcher Schutzpflichten darstelle, Bezug genommen<sup>18</sup>.

Sicherlich ist zuzugestehen, dass die Unmöglichkeit im Laufe der Jahre ihre anfangs praktische Bedeutung verloren hat und das Bürgerliche Gesetzbuch den nunmehr typischen Leistungsstörungen – dem Verzug und der Schlechtleistung – nicht die ihrer praktischen Bedeutung entsprechende Aufmerksamkeit zukommen ließ<sup>19</sup>. Gerade in dem von der *Schuldrechtskommission* benannten Dienstvertragsrecht stellt sie aufgrund der Qualifizierung der (meisten) Arbeitsleistungen als absolute Fixschuld<sup>20</sup> aber keineswegs eine Randerscheinung dar<sup>21</sup>. Hieran sollte sich durch die Reform nichts ändern<sup>22</sup>. Dies lässt sich sowohl der vorstehend zitierten Schuldrechtskommission als auch der Begründung des *Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts* vom 14. Mai 2001 (im Folgenden: RegE)<sup>23</sup> entnehmen:

„Erfasst wird auch die zeitweilige Unmöglichkeit. [...] Eine vorübergehende Unmöglichkeit kann aber auch dazu führen, dass Teile der Leistung nicht nur vorübergehend unmöglich sind, sondern ganz unmöglich werden. In diesem Fall kann die Leistungspflicht für die (endgültig) unmöglich gewordenen Teile der Leistung nicht mehr aufleben. Ein Beispiel wäre ein Arbeitnehmer, der vorübergehend an der Arbeitserbringung gehindert ist; er muss die verstrichene Zeit nicht nacharbeiten.“

Das Festhalten an der Fixschuldthese für das Arbeitsrecht stand damit im Widerspruch zu der Ausgestaltung des Pflichtverletzungstatbestands als Einrede in § 275 Abs. 1 BGB, da die Fixschuldthese ihren notwendigen Ausdruck in dem *ipso iure*-Erlöschen der Leistungspflicht in § 275 Abs. 1 BGB a.F. fand.

Dies gilt auch für die Ausgestaltung des § 323 KE/DiskE, der die Abkehr von dem automatischen Wegfall der Gegenleistungspflicht des Gläubigers vollzog. Stattdessen war der Gläubiger nunmehr auf die Erklärung des Rücktritts angewiesen<sup>24</sup>. Die Kollision mit den Besonderheiten des (arbeitsrechtlichen) Dauerschuldverhältnisses, in dem das *ex tunc* wirkende Rücktrittsrecht zugunsten des

---

18 BMJ, Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S. 303.

19 Kötz, Referat auf dem 60. DJT, Bd. II/I, K 13 f.

20 Herschel, Anm. zu BAG-Urt. vom 8.9.1982 = AP Nr. 59 zu § 616 BGB; Schaub et al., Arbeitsrechtshandbuch (12. Aufl.), § 49 Rn. 6; Hellfeier, S. 32 ff. m.w.N.

21 Richardi NZA 2002, S. 1004 ff., 1006.

22 Dauner-Lieb, in: AnwKomm, § 275 Rn. 11 und 13; a.A. Hellfeier, S. 40: „§ 275 Abs. 3 BGB lässt [...] vermuten, dass der Gesetzgeber die Arbeitsleistung prinzipiell für *nachholbar* hielt, denn andernfalls wäre ein Einrederecht zur Herbeiführung von Unmöglichkeit nicht erforderlich gewesen, weil die Leistung allein wegen Zeitablaufs nach § 275 Abs. 1 BGB erlöschen würde.“

23 BT-Drs. 14/6040, S. 128 f.

24 S. im Anhang C. die Synopse zu § 323.

*ex nunc* wirkenden Kündigungsrechts verdrängt ist, wurde weder in den Entwurfsbegründungen noch in der Wissenschaft thematisiert.

Beide hier in den Blick genommenen Regelungsentwürfe zu § 275 BGB und § 323 KE/DiskE lassen mithin die einseitige Ausrichtung des Reformwerks am Kauf- und Werkvertragsrecht erkennen<sup>25</sup>. Die Nichtberücksichtigung des Arbeitsrechts als Versäumnis des Gesetzgebers zu geißeln, negiert aber wohl dessen Zwang zu politischem Taktieren, um das Reformvorhaben nach einem über zwanzigjährigen Ringen<sup>26</sup> erfolgreich durchzusetzen. Es besteht zudem Grund zu der Annahme, dass der Gesetzgeber zunächst ganz bewusst das Arbeitsrecht aus dem Gesetzesvorhaben ausklammerte, um im Hinblick auf die vielen Kritiker – die Verbraucherschützer, die Wirtschaft, die Forensik und vor allem die per se skeptisch eingestellte Professorenschaft – nicht noch weitere Angriffsfläche zu bieten<sup>27</sup>. Dieses Motiv klingt bereits in genereller Sprachart in dem Abschlussbericht der *Schuldrechtskommission* 1992 an. Ihren Kritikern<sup>28</sup> trat sie mit dem Hinweis auf ihr beschränktes Mandat zur Überarbeitung des geltenden Rechts entgegen. Ihre Vorschläge beträfen neben dem Verjährungsrecht nur einen Teil des Schuldrechts und damit bleibe „insbesondere auch sein Zweites Buch [Anm.: des BGB] zum überwiegenden Teil sogar äußerlich unverändert“<sup>29</sup>.

Vielleicht ist dieses Kalkül aufgegangen. In der wissenschaftlichen Öffentlichkeit<sup>30</sup> verhallte der *Schuldrechtskommissionsentwurf* jedenfalls weitgehend. Die von dem damaligen Justizministers *Klaus Kinkel* bei Vorstellung des Abschlussberichts der Schuldrechtskommission ausgedrückte Hoffnung, dass „eine breite und fruchtbare Diskussion in Wissenschaft, Politik und Öffentlichkeit über die vorgeschlagene Reform“ ausgelöst werde<sup>31</sup>, erfüllte sich nicht. Zwar beschäftigte der Entwurf im Jahre 1994 den Sechzigsten Deutschen Juristentag in Münster, der das Reformvorhaben positiv aufnahm. In der abschließenden Abstimmung wurde die geplante Reform mit überwältigender Mehrheit für „grundsätzlich wünschenswert“ erklärt<sup>32</sup>. Trotzdem setzte aber nur eine verhaltene Diskussion ein. Es entstand wohl alsbald der Eindruck, dass der Entwurf in einer Schublade

---

25 *Medicus* NJW 1992, S. 2384 ff., 2385.

26 Ein Überblick zur Reformgeschichte findet sich bei *Weis*, in: Ernst/Zimmermann, S. 27 f.; *Dauner-Lieb* JZ 2001, S. 8 ff., 10; *Zimmermann*, in: Ernst/Zimmermann, S. 1, 13; *ders.* JZ 2001, S. 171 ff., 177.

27 *Henssler* RdA 2002, S. 129 ff., 129 f.; *Dauner-Lieb* Anwbl. 2003, S. 597 ff., 598.

28 *Z.B. Braun* JZ 1993, S. 1 ff., 7.

29 BMJ, Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Allg. Teil, S. 39.

30 S.a. *Dauner-Lieb* JZ 2001, S. 8 ff., 15. Einige wenige Publikationen sind die von *Schapp* JZ 1993, S. 637 ff.; *Braun* JZ 1993, S. 1 ff.; *Ernst* NJW 1994, S. 2177 ff.; *Medicus* NJW 1992, S. 2384 ff.; *Schlechtriem* JZ 1997, S. 441.

31 *Kinkel*, Vorwort, in: BMJ, Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts.

32 Verhandlungen des 60. DJT, Bd. II/II Beschlussfassung, K 232.

des Ministeriums verschwunden und mit einer Umsetzung kaum mehr zu rechnen sei<sup>33</sup>. Lediglich ein wissenschaftlicher Beitrag<sup>34</sup> beschäftigte sich Mitte der 1990er Jahre mit den Auswirkungen des Entwurfs auf das Arbeitsrecht. Ganz unberechtigt war dieser Eindruck nicht. Erst der für die Realisierung der Schuldrechtsmodernisierung als politisch günstig<sup>35</sup> empfundene Umsetzungsdruck dreier Brüsseler Richtlinien, insbesondere der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>36</sup> zum Ende 2001, führte zur Vorlage des *Diskussionsentwurfs* im Jahre 2000<sup>37</sup>. Der Bundesrat hatte hierzu 1996 den Boden bereitet, weil er hilfsweise neben seiner erheblichen Kritik an dem Entwurf auf eine Verlängerung der Umsetzungsfrist für die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gedrängt hatte<sup>38</sup>, wohl um „die ins Auge gefaßte Reform des deutschen Schuldrechts“ berücksichtigen zu können<sup>39</sup>. Erst in diesem Stadium der unmittelbaren Vorbereitung des Gesetzgebungsverfahrens entdeckte die Arbeitsrechtswissenschaft Auswirkungen des Reformvorhabens auf die eigene Disziplin<sup>40</sup>. Auf dem Symposium „Schuldrechtsmodernisierung 2001“ am 17. und 18. November 2000 in Regensburg<sup>41</sup> referierte Huber u.a. zu Verwerfungen im Arbeitsrecht durch die beabsichtigten Regelungen<sup>42</sup>. Auf dem Symposium am 22. Januar 2001 in Münster („Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts“)<sup>43</sup> referierte Canaris „Zur Bedeutung der ‚Unmöglichkeit‘ für das Recht der Leistungsstörungen“<sup>44</sup>. Schließlich erörterten Löwisch und Canaris auf der Sondertagung „Schuldrechtsmodernisie-

33 *Dauner-Lieb* JZ 2001, S. 8 ff., 15; *Zimmermann*, in: Ernst/Zimmermann, S. 1 ff., 14 f.

34 *Ramrath* MDR 1995, S. 973 ff.

35 *Honsell* JZ 2001, S. 18 ff., 18; *Dauner-Lieb* JZ 2001, S. 8 ff., 8; *Schulze/Schulte-Nölke*, in: dies., S. 1 ff., 9; anders *Medicus* ZIP 1996, S. 1926 ff., 1925, 1930, der sich für eine isolierte Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie aussprach.

36 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter), der Zahlungsverzugsrichtlinie (2000/35/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 29.6.2000 zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr) und der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (Artt. 10, 11 und 18 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlamentes über den elektronischen Geschäftsverkehr).

37 *Huber*, in: Ernst/Zimmermann, S. 31 ff., 96; *Canaris*, in: *Schulze/Schulte-Nölke*, S. 43 ff., 44 ff.

38 BR-Drs. 696/96 vom 8.11.1996.

39 *Dauner-Lieb* JZ 2001, S. 8 ff., 9.

40 *Löwisch* NZA 2001, S. 465 ff., 466; *Krebs* DB 2000, Beil. 14, S. 1 ff.; *Wilhelm* JZ 2001, S. 861 ff., 862; *Joussen* NZA 2001, S. 745 ff.

41 S. alle Beiträge der angeführten Referenten, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, *passim*.

42 *Huber*, in: Ernst/Zimmermann, S. 31, 96.

43 Tagungsbericht von *Link* in JZ 2001, S. 453 f.

44 *Canaris*, in: *Schulze/Schulte-Nölke*, S. 41 ff.

rung“ der Deutschen Zivilrechtslehrervereinigung am 30. und 31. März 2001 in Berlin<sup>45</sup> Auswirkungen der Reform auf das Arbeitsrecht.

*Canaris* sprach als Mitglied der im Jahre 2000 eingesetzten *Kommission Leistungsstörungenrecht* zur Überarbeitung des Diskussionsentwurfs<sup>46</sup> dem Arbeitsrecht die Eignung als geeigneter Prüfstein für das allgemeine Leistungsstörungenrecht ab, da es – „vor allem wegen seiner Einschübe von Postulaten der distributiven Gerechtigkeit“ – zu sehr eigenen Regelungen und Überlegungen folge und folgen müsse<sup>47</sup>.

*Huber* und *Löwisch* sahen das anders und beeinflussten mit ihrer Kritik das Gesetzgebungsverfahren zugunsten der Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Fragestellungen. Auf *Huber* ist die Wiedereinführung der Unmöglichkeit in § 275 Abs. 1 BGB als Erlöschenstatbestand für die Leistungspflicht sowie das *ipso iure*-Erlöschen der Gegenleistungspflicht in § 326 Abs. 1 BGB („Kein Lohn ohne Arbeit“) zurückzuführen<sup>48</sup>. *Löwisch*<sup>49</sup> und auch *Canaris*<sup>50</sup> kann die Kodifizierung des Leistungsverweigerungsrechts in § 275 Abs. 3 BGB<sup>51</sup> zugeschrieben werden. Auf die Kritik von *Löwisch* lässt sich zudem die Aufnahme des Betriebsrisikos in § 615 Satz 3 BGB<sup>52</sup> und die Einführung des § 619 a BGB<sup>53</sup> zurückführen. Im Einzelnen wird diese Einflussnahme, soweit sachdienlich, noch in den nachfolgenden Abhandlungen vertiefend behandelt.

Der Gesetzgeber hat mithin zumindest zum Ende des Gesetzgebungsverfahrens punktuell Auswirkungen der Reform auf das Arbeitsrecht thematisiert<sup>54</sup>, die Regelungsbedürftigkeit spezifisch arbeitsrechtlicher Fragen erkannt<sup>55</sup> und verschiedentlich die Praktikabilität der neuen Regelungen für das Arbeitsrecht betont<sup>56</sup>. So kommt die Bundesregierung in dem Regierungsentwurf „zu dem Ergebnis [...],

---

45 Tagungsbericht von *Honsell* JZ 2001, S. 473 ff.; *Geiger* JZ 2001, S. 437 f.; *Canaris* JZ 2001, S. 499 ff.

46 Die personelle Besetzung der Kommission findet sich bei *Geiger* JZ 2001, S. 473 ff., 474.

47 *Canaris* JZ 2001, S. 499 ff., 499, 509.

48 *Huber*, in: Ernst/Zimmermann, S. 31 ff., 96; *Canaris*, in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 43 ff., 44 ff.

49 *Löwisch* NZA 2001, S. 465 ff.

50 *Canaris* JZ 2001, S. 499 ff.

51 BT-Drs. 14/6040, S. 136.

52 BR-Drs. 338/01, S. 1, 14; BT-Drs. 14/6857, S. 47 f., 53 f. und 14/7052, S. 189, 204.

53 BR-Drs. 388/01, S. 16; BT-Drs. 14/6857, S. 48, 204 und 14/7052, S. 204.

54 BT-Drs. 14/6040, S. 130, 136; BR-Drs. 338/01, S. 14: „ob im Hinblick auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht des Entwurfs die Besonderheiten des Arbeitsrechts durch ergänzende arbeitsrechtliche Bestimmungen abgesichert werden sollten“. BT-Drs. 14/6857, S. 47 f.: „Die Bundesregierung hat [...], geprüft, ob sich bei der Regelung der Folgen von Pflichtverletzungen im Hinblick auf Arbeitnehmer Änderungen ergeben.“ *Henssler*, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, S. 615.

55 *Däubler* NZA 2001, S. 1329, 1330.

56 *Henssler*, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, S. 622, mit Verweis auf BT-Drs. 14/6040, S. 129 f.

dass [...] die neuen Vorschriften den von der Rechtsprechung zum geltenden Recht entwickelten Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung künftig eine tragfähige Grundlage geben“.<sup>57</sup> Daraus folgt unweigerlich, dass die Reform auch das Arbeitsrecht als integralen Bestandteil des Schuldrechts<sup>58</sup> erfasst. *Reichold* spricht insoweit von einer „deutlich stärkere[n] Rückbeziehung des Arbeitsvertragsrechts auf das BGB“<sup>59</sup>. Etwas verhaltener zeigt sich *Joussen*<sup>60</sup>, der „hinsichtlich des Leistungsstörungenrechts [...] Einflüsse [auf das Arbeitsrecht] zumindest [für] denkbar [...]“ hält. Jedenfalls kann die anderslautende Einschätzung<sup>61</sup>, Kernfragen des Arbeitsrechts würden durch Rechtsfortbildung beantwortet und von der Reform nicht berührt, als unzutreffend bezeichnet werden.

Da der Fahrplan zur Umsetzung des Reformvorhabens erheblich gedrängt war (dies zeigt bereits der Umstand, dass zur Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens parallel zur Befassung des Bundesrates mit dem Regierungsentwurf ein wortgleicher Reformentwurf einiger Abgeordneter „aus der Mitte des Bundestages“ eingebracht wurde<sup>62</sup>), blieb mithin wenig Muße zur genauen Prüfung, Abwägung und Meinungsbildung<sup>63</sup>. Die Reform hat daher für das Arbeitsrecht eine „unerfreuliche Zahl neuer Zweifelsfragen“<sup>64</sup> aufgeworfen. Dies hat die im Wesentlichen nach Verabschiedung des Gesetzes einsetzende arbeitsrechtliche Diskussion nach und nach aufgezeigt<sup>65</sup>. Viel Aufmerksamkeit – dies liegt an der enormen Praxisrelevanz im Arbeitsvertragsrecht<sup>66</sup> – hat die Streichung der Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht in der AGB-Kontrolle in § 310 Abs. 4 BGB in wissenschaftlichen Publikationen auf sich gezogen<sup>67</sup>. Im Gegensatz hierzu fristen die Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis ein Schattendasein. Dies zu Unrecht, liegt doch gerade hier der Schwerpunkt der Schuldrechtsmodernisierung<sup>68</sup>. Zu Recht weist *Henssler* darauf

---

57 BT-Drs. 14/6857, S. 48; s. auch BR-Drs. 338/01, S. 14: „Grundsätze[n] [...] schon durch § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB-E Rechnung getragen.“

58 *Richardi* NZA 2002, S. 1004, 1005; *Schmitt*, in: GS für Heinze, S. 786; *Berkowsky* AuA 2002, S. 11 ff.

59 *Reichold* ZTR 2002, S. 202 ff., 202.

60 *Joussen* NZA 2001, S. 745 ff., 746.

61 *Joussen* NZA 2001, S. 745 ff., 751.

62 Hierbei handelt es sich um die BT-Drs. 14/6040.

63 *Dauner-Lieb* JZ 2001, S. 8 ff., 9.

64 *Berkowsky* AuA 2002, S. 11 ff., 16.

65 *Henssler*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt*, S. 615 ff., 615; *Henssler/Muthers* ZGS 2002, S. 219 ff., 219.

66 *Henssler*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt*, S. 615 ff., 615 f.

67 *Rolfs* ZGS 2002, S. 409 ff.; *Hümmerich/Holthausen* NZA 2002, S. 173 ff.; *Hümmerich* NZA 2003, S. 753 ff.; *Holtkamp* AuA 2002, S. 6 ff.; *Morgenroth/Leder* NJW 2004, S. 2797 ff.; *Lingemann* NZA 2002, S. 181 ff.; *Gotthardt* ZIP 2002, S. 277 ff.; *Annuß* BB 2002, S. 458 ff.; *Bauer* NZA 2002, S. 169 ff.; *Reichold* ZTR 2002, S. 202 ff., 202; *Nägele/Chwalisz* MDR 2002, S. 1341 ff.; ArbG Hamburg, Urt. v. 1.8.2002 – 15 Ca 48/02 = ZGS 2003, 79 f.; *Dauner-Lieb* ZGS 2003, S. 10 ff., 10.

68 *Henssler* RdA 2002, S. 129 ff., 130.



hin, dass die Arbeitsgerichtsbarkeit mit der Klärung der sich hierzu herausgebildeten Rechtsfragen auf längere Zeit beschäftigt sein wird<sup>69</sup>.

## B. Gang der Untersuchung

Die folgende Untersuchung gilt den Auswirkungen der Reform des Leistungsstörungenrechts auf das Arbeitsrecht. Sie konzentriert sich auf drei wesentliche, durch die arbeitsrechtliche Diskussion herausgefilterte Problemfelder:

Den zweiten Teil eröffnet im ersten Kapitel eine Untersuchung zu der im Arbeitsrecht wohl wichtigsten Fallkonstellation<sup>70</sup> der Leistungsstörung: der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers. Nunmehr wird darüber gestritten, ob die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit zu einem *ipso iure*-Erlöschen der Leistungspflicht des Arbeitnehmers gemäß § 275 Abs. 1 BGB führt oder aber ihm lediglich ein Recht zur Verweigerung der Leistung gemäß § 275 Abs. 3 BGB eröffnet. Zunächst wird das hergebrachte Verständnis der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit in der Sozial- und Arbeitsrechtsprechung aufbereitet, sodann die verschiedenen, wesentlichen Fallgruppen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit an Beispielen aus der Rechtsprechung herausgearbeitet. Daran schließt sich eine Darstellung der neuen Lösungsansätze der Arbeitsrechtswissenschaft und erster Obergerichte an. In der Diskussion werden die einzelnen Fallgruppen unter Fruchtbarmachung der Gesetzesbegründung sowie Berücksichtigung der Interessenslagen der Arbeitsvertragsparteien als auch der mitunter gegebenen besonderen Schutzbedürftigkeit des erkrankten Arbeitnehmers einer Lösung zugeführt, die für sich in Anspruch nehmen muss, sowohl ein stringentes System zur Erfassung aller Fälle der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zu bilden, als auch den Anforderungen der Praxis auf flexible Gestaltung ihrer Arbeitsvertragsbeziehung gerecht zu werden.

Das zweite Kapitel ist *den Auswirkungen der Neuregelung in § 326 Abs. 4 BGB* auf das Arbeitsrecht gewidmet. Dieser Norm unterfällt zukünftig auch der Fall der *Rückabwicklung von vorgeleistetem Arbeitslohn* durch den Arbeitgeber, wenn die Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer später unmöglich wird. Waren nach bisherigem Recht auf die Rückabwicklung die bereicherungsrechtlichen Vorschriften anzuwenden, verweist § 326 Abs. 4 BGB nunmehr auf die grundlegend neu konzipierten Rücktrittsregeln in §§ 346 ff. BGB. Danach schuldet der Rücktrittsgegner grundsätzlich Wertersatz. Die Untersuchung greift die im Schrifttum geführte Diskussion auf, ob der schuldlos von der Rückabwicklung des vorab erlangten Arbeitsentgelts betroffene Arbeitnehmer aus der Wertersatzpflicht der §§ 346 ff. BGB durch Anwendung der bereicherungsrechtlichen Vorschriften zu

---

<sup>69</sup> Henssler RdA 2002, S. 129 ff., 130.

<sup>70</sup> Dedek, in: Henssler/Graf v. Westphalen § 275 BGB Rn. 37; ErfKomm-Dörner (9. Aufl.) § 616 BGB Rn. 7.

entlassen ist. Dies wird insbesondere auf die besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers gestützt. Diese Argumentation gilt es daher näher zu betrachten. Zunächst werden Parameter für eine etwaige Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers herausgearbeitet und in einem zweiten Schritt gegenüber einem billigerweise zuzugestehenden Bereich der Parteiautonomie abgegrenzt. Für die Beleuchtung des Anwendungsbereichs der letzteren wird die jüngste Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Wirksamkeit von Aufhebungsverträgen herangezogen, sodass insgesamt eine Lösung unter Einbeziehung der aktuellen Rechtsprechung gefunden wird.

In dem dritten Kapitel wird die *Reichweite* der in § 619 a BGB kodifizierten *Beweislastumkehr für den Bereich der Arbeitnehmerhaftung* untersucht. Der gesetzgeberische Regelungswille war ausweislich der Gesetzesmaterialien maßgeblich auf die Umsetzung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung, insbesondere der letzten Entscheidungen zur sog. Mankohaftung, gerichtet. Ein Hauptaugenmerk wird daher auf der Herausarbeitung der Rechtsprechungsgrundsätze aus den beiden letzten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zur Mankohaftung Ende der Neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts und in ihrer Spiegelung mit dem gesetzgeberischen Verständnis bei der Schaffung des § 619 a BGB liegen. An diesem Ergebnis, sowie der Frage der Notwendigkeit einer beweisrechtlichen Privilegierung des Arbeitnehmers in Hinblick auf einzelne Arbeitsvertragspflichtverletzungen wird sich die Auslegung der Norm orientieren.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der einzelnen Abschnitte und einer Einschätzung, ob eine Leitlinie gesetzgeberischen Handelns in arbeitsrechtlicher Hinsicht im Leistungsstörungenrecht erkennbar ist.

## **C. Ziel der Arbeit**

Zwar geben die im Rahmen dieser Arbeit betrachteten, sehr heterogenen Regelungen der Schuldrechtsreform<sup>71</sup> eine getrennte Bearbeitung der Problemfelder vor. Nichtsdestotrotz ist die Bearbeitung in allen drei Teilen von der grundlegenden Frage beherrscht, wie das folgende Spannungsverhältnis mit Hilfe des modernisierten Schuldrechts aufzulösen ist: Das Bundesverfassungsgericht hat erst jüngst wieder uneingeschränkt die These<sup>72</sup> von der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers vertreten. Seine Kritiker, u.a. *Heinze*, sehen hierin ein Übel, das verantwortlich für das Funktionsdefizit des Arbeitsrechts sei. Mit dem modernisierten Leistungsstörungenrecht sollten Lösungen erarbeitet werden, die den Anforderungen und Verhältnissen einer modernen Arbeitswelt gerecht

---

<sup>71</sup> *Medicus*, Schuldrecht II BT, S. 145 Rn. 316.

<sup>72</sup> BVerfG Beschl. v. 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06 = AP Nr. 22 zu § 307 BGB.

werden, in der es keinen desolaten Zustand einer verdrängten Privatautonomie<sup>73</sup> gibt.<sup>74</sup> An das Schuldrecht wird zu Recht die Forderung gestellt, flexible Lösungen für die moderne Generation flexibler Arbeitnehmer und -geber vorzusehen<sup>75</sup>. Da, wo zumindest der erklärte Wille des Arbeitnehmers in Widerspruch zu dem sozialromantischen Ansatz mit der Tendenz zu seiner Privilegierung<sup>76</sup> stehe, wird mitunter der Wunsch zur Zurückdrängung dieses Ansatzes geäußert.

So spielt diese Übelebung etwa in der Diskussion um die leistungsstörungenrechtliche Behandlung der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit eine zentrale Rolle. Auch im Rahmen der Untersuchung der §§ 619 a und 326 Abs. 4 i.V.m. § 346 BGB ist die Herausarbeitung – nicht die ungeprüfte Annahme – der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers von entscheidender Bedeutung. Für das Verständnis des § 326 Abs. 4 BGB wird die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu der Frage der Zulässigkeit von Aufhebungsverträgen nach der Schuldrechtsreform fruchtbar gemacht. Jüngst hat das Gericht anerkannt, dass dem Arbeitnehmer beim Abschluss von Aufhebungsverträgen die zur Durchsetzung seiner berechtigten Interessen erforderliche Verhandlungsposition nicht abgesprochen werden könne<sup>77</sup>.

Aus dem Blick dürfen im Rahmen der Untersuchungen auch nicht die berechtigten Interessen des Arbeitgebers geraten. Hier gilt es in den Fokus zu rücken, dass die Arbeitsrechtsprechung und -rechtsfindung Verantwortung für Arbeitnehmer *und* Arbeitgeber trägt<sup>78</sup>. Jurisprudenz ist auch im Arbeitsrecht nicht die Wahl zwischen Extremen, sondern eine Abwägung von Interessen mit dem Ziel, einen Kompromiss zu finden<sup>79</sup>, ohne von vorneherein durch unverrückbare, tradierte Muster in den Lösungsmöglichkeiten limitiert zu sein, es sei denn die Muster erweisen sich auch in ihrer Überprüfung an Hand abstrahierter Sachverhaltskonstellationen als zutreffend.

Die erarbeiteten Lösungen werden dieses Spannungsfeld im nachstehenden Sinne aufzulösen versuchen: Wo nicht sicher ist, dass die Mehrheit der Rechtsunterworfenen in dieser Weise betreut werden will<sup>80</sup>, wird jedenfalls eine wenigstens teilweise Wiedereinräumung der Arbeitsvertragsfreiheit gesucht, ohne den Arbeitnehmer dadurch schutzlos zu stellen<sup>81</sup>.

---

73 *Junker* NZA 1997, S. 1305 ff., 1306.

74 *M. Heinze* NZA 1997, S. 1 ff., 1 f.; s. a. *Richardi* NZA 2008, S. 1 ff., 3. *Nadler/von Medem* NZA 2005, S. 1214 ff.; 1215, 1218.

75 *Gotthardt/Greiner* DB 2002, S. 2106 ff., 2110.

76 Beispiel bei *Hümmerich* NZA 1996, S. 1289 ff., 1298 f.

77 BAG Urt. v. 14.2.1996 – 2 AZR 234/95 = NZA 1996, 811 ff.; *Bengelsdorf* NZA 1994, S. 193 ff., 199 f.; BAG Urt. v. 27.11.2003 – 2 AZR 177/03 = AP Nr. 2 zu § 312 BGB.

78 *Hümmerich* NZA 1996, S. 1289 ff., 1304.

79 *Fastricht*, in: FS für Kissel, S. 193 ff., 195.

80 *Junker* NZA 1997, S. 1305 ff., 1318.

81 *Zöllner* NJW 1990, S. 1 ff., 5.