

# Ein Allgemeiner Teil des Arbeitsvertragsrechts?

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## I. Einleitung

Niemand wird daran zweifeln, dass ein rechtspolitischer Beitrag seinen Platz in einer Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer hat. Aber ist es sinnvoll, sich dafür zu entscheiden, wenn man sich wie der Verfasser zu einem entschiedenen Arbeitnehmerschutz bekennt? Wird hier nicht von vorneherein ein Konflikt mit dem Jubilar heraufbeschworen, den man bei vielen anderen Gelegenheiten, nicht aber gerade in seiner Festschrift austragen sollte?

Den Geehrten ein wenig „aufzuspießen“ und ihm eine irrige Rechtsmeinung oder inkonsequentes Argumentieren vorzuwerfen, ist selten, aber es kommt vor.<sup>1</sup> Möglicherweise bereitet es dem Leser sogar eine besondere Freude, weil das Nicht-Alltägliche nun mal mehr Interesse findet als das Erwartbare und Selbstverständliche. Dennoch soll hier nicht die Konfrontation gesucht werden. Vielmehr geht es darum, die ein wenig festgefahrene Diskussion um das „Jahrhundertproblem“ eines Arbeitsvertragsgesetzes durch ein neues Element zu ergänzen. Wäre es nicht sinnvoll, ähnlich wie im Mietrecht in den §§ 535 – 548 BGB einen Allgemeinen Teil des Arbeitsvertragsrechts zu kodifizieren? Die vielen kontroversen Einzelfragen von der Entgeltfortzahlung bis zum Kündigungsschutz könnte man dort belassen, wo sie sich heute befinden: In leicht zugänglichen Sondergesetzen, die ihren inhaltlichen Schwerpunkt meist schon im „Namen“ deutlich machen. Vielleicht besteht sogar die Chance, den Jubilar für eine solche Vorstellung zu gewinnen, hat er sich doch durchaus für eine Entscheidung durch den Gesetzgeber in Sachen Arbeitsvertragsgesetz ausgesprochen.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> S. etwa Dieterich, Kontrollpflicht und Zensurverbot im Arbeitskampf, FS Otto, Berlin 2008, S. 45 ff.; Plander, Erstreckung der Betriebsverfassung auf Arbeitnehmerähnliche durch analoge Anwendung der „Heimarbeitsklauseln“ des § 6 BetrVG? FS Däubler, Frankfurt/Main 1999, S. 272 ff.

<sup>2</sup> Bauer, Der Professorenentwurf zum ArbVG – Kein Danaergeschenk, sondern sinnvolle Diskussionsgrundlage! AE 2009, 14 f.

## II. Die Kodifikation – nichts als ein schönes Ideal?

### 1. Der Anspruch

Ein einheitliches, verständliches und übersichtliches Arbeitsrecht zu haben, ist eine alte Forderung der Arbeiterbewegung. Sie hat ihren Niederschlag in Art. 157 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung erfahren<sup>3</sup>, findet sich in ähnlicher Form aber auch in den Verfassungen von Bremen<sup>4</sup> und Hessen<sup>5</sup>, die – verglichen mit der späteren Entwicklung – eine sehr starke Arbeitnehmerorientierung aufweisen.<sup>6</sup> Konkrete Schritte, das gesamte Arbeitsrecht zu kodifizieren, wurden trotz dieser Vorgaben nicht unternommen – sieht man einmal von der Rechtsentwicklung in der DDR ab, wo die Regelungsprobleme völlig andere waren. Einigermaßen geeignet schien jedoch das Arbeitsvertragsrecht zu sein. In der Weimarer Zeit, während des Faschismus und schließlich auch in der Bundesrepublik der 70er Jahre kamen insoweit Entwürfe zustande,<sup>7</sup> doch lösten sie keinerlei gesetzgeberische Aktivitäten aus. Der Einigungsvertrag ging in Art. 30 Abs. 1 insofern über die bisherigen Versuche hinaus, als er auch das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht sowie den Arbeitsschutz einbezog, doch fand dies wenig Aufmerksamkeit. Der Entwurf des Arbeitskreises „Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht“ beschäftigte zwar den 59. DJT im Jahre 1992, blieb jedoch bei den Entscheidungsträgern ohne größere Resonanz.<sup>8</sup> Ähnlich erging es den Gesetzentwürfen der Bundesländer Sachsen und Brandenburg. Der die aktuelle Diskussion beschäftigende Entwurf von Henssler und Preis<sup>9</sup> wurde zwar mit einem „Preis für gute Gesetzgebung“ durch die Deutsche

<sup>3</sup> „Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht.“

<sup>4</sup> Art. 50 Abs. 1: „Für alle Personen in Betrieben und Behörden ist ein neues soziales Arbeitsrecht zu schaffen.“

<sup>5</sup> Art. 29 Abs. 1: „Für alle Angestellten, Arbeiter und Beamten ist ein einheitliches Arbeitsrecht zu schaffen.“

<sup>6</sup> Zur Einordnung in die Entwicklung nach 1945 s. Däubler, Alternative Ansätze im Arbeitsrecht. Ein Blick zurück, in: Dreßler/Negt/Wolter (Hrsg.), Jenseits falscher Sachzwänge. Streiten für eine zukunftsfähige Politik. Detlef Hensche zum 60. Geburtstag, Hamburg 1998, S. 56 ff.

<sup>7</sup> Einzelheiten bei Iannone, Die Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts – ein Jahrhundertprojekt oder eine weitere Fußnote? AuR 2008, 197 ff.

<sup>8</sup> Zum Entwurf s. Hanau, Der Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes des Arbeitskreises „Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht“ aus heutiger Sicht, FS Richardi, München 2007, S. 247 ff.; Däubler, Ein Arbeitsvertragsgesetz? AuR 1992, 129 ff.; zur Diskussion auf dem Juristentag s. Iannone AuR 2008, 197, 200.

<sup>9</sup> NZA Beilage 1/2007.

Gesellschaft für Gesetzgebung ausgezeichnet<sup>10</sup>, doch hat es nicht den Anschein, dass sich die sozialen Gegenspieler auf dieser Grundlage verständigen werden oder dass gar eine entsprechende Parlamentsmehrheit zustande kommt.

Wenn ein Vorhaben immer wieder scheitert, spricht dies zumindest auf den ersten Blick für das Vorliegen konzeptioneller Mängel. Es allein deshalb insgesamt ad acta zu legen, lässt sich jedoch nicht rechtfertigen: Evident gibt es ein Bedürfnis nach mehr Gesetzgebung in diesem Bereich, sonst wäre dieses Projekt nicht mit über hundertjähriger Beharrlichkeit immer wieder verfolgt worden – und zwar gleichermaßen in allen Gesellschaftssystemen, die seit 1918 auf deutschem Boden existierten. Was waren und sind die Argumente der Befürworter einer „Kodifikation“?

Im Wesentlichen geht es ihnen um Überlegungen, die man unter dem Stichwort „Transparenz“ zusammenfassen könnte. Kritisiert wird etwa die Vielzahl arbeitsrechtlicher Gesetze, was die Materie unübersichtlich mache. Außerdem gebe es sehr viel Richterrecht, das zu keiner geschlossenen Konzeption und zu keinen berechenbaren Normen führen könne.<sup>11</sup> Beides mache es den Arbeitgebern wie den Arbeitnehmern schwer, mit dieser Materie angemessen umzugehen und Rechtsfolgen exakt zu kalkulieren. Ein einheitliches, sprachlich gut formuliertes Gesetz würde alle diese Nachteile vermeiden; die Rechtsunterworfenen könnten sich selbst ein Bild von ihren Rechten und Pflichten machen.

Dies alles klingt beifallswert. Mehr Klarheit und Einfachheit und damit mehr Rechtssicherheit – wer wollte dagegen polemisieren? Die Dinge sind jedoch in der Realität (leider) um einiges komplizierter.

Die Vorstellung, ein einheitliches Gesetz erleichtere die Orientierung, ist für Juristen plausibel, die sich viele Jahre mit dem BGB befasst haben. Ein kleiner Blick über die Grenzen relativiert jedoch diese Vorstellung: Wo findet man im französischen Code du Travail z. B. das Urlaubsrecht oder die Leiharbeit? Als deutscher Jurist ist man hier in der Situation des „Laien“ und der Suchaufwand kann beträchtlich sein. In Deutschland gibt es demgegenüber nicht ein einziges, sondern zahlreiche Gesetze,

---

<sup>10</sup> Mitgeteilt von Henssler/Preis, Vorwort, NZA Beilage 1/2007 S. 4.

<sup>11</sup> S. etwa die Begründung des Entwurfs des Arbeitskreises „Deutsche Rechtseinheit“ in: 59. DJT S. D15.

was nicht zu bestreiten ist. Nur haben sie den Vorteil, dass sie alle eine „Überschrift“ tragen, die auch dem Unkundigen sagt, um welchen Problembereich es konkret geht: Wer ein Urlaubsproblem hat, schaut ins BUrIG, wer Leiharbeiter beschäftigen oder als solcher tätig sein will, findet das Nötige im AÜG. Wo läge der Vorteil, wenn dasselbe in Kapitel 3 Abschnitt 5 bzw. in Kapitel 6 Abschnitt 2 eines einheitlichen Arbeitsvertragsgesetzes stünde? Der Status quo erleichtert die Orientierung, zumal es handliche Taschenbücher mit alphabetischem Verzeichnis der Gesetze und einem Stichwortregister gibt, wo man bei Bedarf alles über „Entgeltfortzahlung“ und „Kündigung“ findet.

Dazu kommt ein weiterer Einwand, der die innere Schlüssigkeit des Transparenzarguments in Frage stellt. Zieht man – wie dies etwa der Henssler/Preis-Entwurf tut – alle arbeitsvertraglichen Regeln aus den Einzelgesetzen ab, um sie in das wohlgeordnete Gärtchen des Arbeitsvertragsgesetzes zu verpflanzen, so hinterlässt man an anderer Stelle Fragmente. Die Erlaubnispflicht für Verleiher nach den §§ 1 ff. AÜG müsste als „Restgesetz“ bestehen bleiben, weil solche Regeln nicht in ein Arbeitsvertragsgesetz passen, und dasselbe gilt für die staatliche Genehmigung bei der Kündigung einer schwangeren Frau nach § 9 MuSchG oder eines Schwerbehinderten nach den §§ 85 ff. SGB IX. Erhebliche Teile des AGG, etwa über die soziale Verantwortung der Beteiligten nach § 17 und die Antidiskriminierungsstelle des Bundes nach den §§ 25 ff. müssten bestehen bleiben. Wer mit Leiharbeit, mit Mutter- und Schwerbehindertenschutz oder mit Antidiskriminierungsrecht befasst ist, müsste in Zukunft daher in zwei Gesetze schauen. Das erleichtert schon dem Juristen nicht die Arbeit; für den Laien ergibt sich ein zusätzliches Moment der Intransparenz.

Doch bleibt nicht der Einwand bestehen, Richterrecht biete den Rechtsunterworfenen nur wenig Orientierung? Sicherlich können sich praktische Schwierigkeiten ergeben, wenn man einem Mandanten eine eindeutige Auskunft geben will, ob im konkreten Fall einen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG besteht. Unter welchen Voraussetzungen Krankheit oder Fehlverhalten eine Kündigung rechtfertigen, lässt sich – wenn überhaupt – nur durch eingehendes Studium einer höchst umfangreichen Rechtsprechung bestimmen. Nur: Wie könnte ein Gesetzgeber so präzise sein, dass er alle denkbaren Konstellationen vorweg erfasst

und einer eindeutigen Lösung zuführt? Gerade wenn man wie beim Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit auf die spezifischen betrieblichen Verhältnisse abstellt, kann das Gesetz in seiner notwendigen Allgemeinheit kein umfassendes Regulierungsmittel sein. Gerechtigkeit im Einzelfall hat ihren Preis. Daran könnte auch eine „Kodifizierung“ des Arbeitsvertragsrechts nichts ändern; das Richterrecht bliebe auch dann unser Schicksal. Weiter sollte man in diesem Zusammenhang die Arbeit der Rechtswissenschaft nicht vergessen, die durch Systematisierung von Entscheidungen und „Weiterdenken“ ihres Inhalts sehr wohl Orientierung zu vermitteln vermag. Um es am Beispiel zu verdeutlichen. Wollte man die außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB so konkretisieren, dass der Einzelne erkennen kann, welches Fehlverhalten wohl zu dieser Sanktion führen wird, müsste man vielleicht 40 oder 50 Fallgruppen bilden, die ihrerseits keinen abschließenden Charakter haben könnten.<sup>12</sup> Das wäre ein Stück Preußisches Allgemeines Landrecht, ins 21. Jahrhundert übernommen. Niemand will dies, auch nicht die seit 1992 vorgelegten Entwürfe, weil man sich (unausgesprochen) einig ist, dass man sich im konkreten Fall durch Blick in einen Kommentar den Stand der Rechtsprechung erschließen und so durchaus sachgerechte Empfehlungen geben kann. Der Nichtjurist wird bei einfachen Fragen in einem „Ratgeber“ oder einer „Einführung ins Arbeitsrecht“ eine Antwort finden; bei komplizierteren Dingen muss er – wie auch in andern Rechtsgebieten – einen Anwalt oder eine andere rechtskundige Person bemühen.

Die Kodifizierungsvorschläge haben schließlich den Einwand provoziert, sie seien nur schwer in der Lage, die zahlreichen und sich wandelnden Vorgaben des EG-Rechts umzusetzen.<sup>13</sup> Diese fügen sich nicht immer bruchlos in das überkommene deutsche System ein; man denke nur an die verschuldensunabhängige Haftung für Diskriminierungsschäden. Solche „Fremdkörper“ oder positiver ausgedrückt: „Innovationen“ lassen sich eher in Einzel- oder Sondergesetzen unterbringen, die überdies der EG-rechtlichen Systematik leichter Rechnung tragen können.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> KR-Fischermeier (9. Aufl. 2009, § 626 BGB Rn 405 ff.) nennt 47 Fallgruppen, ErfK-Müller-Glöge (9. Aufl. 2009, § 626 BGB Rn 60 ff.) bringt es auf 53, APS-Dörner (3. Aufl. 2007, § 626 BGB Rn 181 ff.) auf 36.

<sup>13</sup> S. etwa Buschmann, Das Verhältnis des Entwurfs zum europäischen Arbeitsrecht, AuR 2008, 203, 206. Ebenso bereits Däubler, a. a. O. AuR 1992, 129, 130

<sup>14</sup> Buschmann AuR 2008, 203, 206.

### III. Der beschränkte Gegenstand einer möglichen Kodifikation

Die hier skizzierten Einwände dürfen nicht dazu führen, gewissermaßen das Kind mit dem Bade auszuschütten, jede gesetzgeberische Intervention abzulehnen und alles beim Alten zu lassen. Auch wenn man die „problembereichsbezogenen“ Gesetze nicht antastet, lassen sich in durchaus übersichtlicher Form allgemeine Grundsätze des Arbeitsvertragsrechts in einem Gesetz zusammenfassen, das die praktische Orientierung erleichtert. Ein gewisses Vorbild geben hierfür die §§ 105 – 110 GewO, die – wenn auch am falschen Platz – einige wichtige allgemeine Aussagen treffen, die, soweit ersichtlich, wenig Kontroversen produziert haben. Denkbar wäre etwa eine Behandlung folgender Punkte:

- Wer ist Arbeitnehmer, wer ist Arbeitgeber? Dabei wird es selbstredend nur um eine sehr allgemeine Umschreibung gehen, mehr lässt sich ohne schwer vorhersehbare Friktionen nicht bewerkstelligen. Ob Arbeitgeber nur derjenige ist, der mit einem Arbeitnehmer einen Vertrag schließt, oder ob einzelne Arbeitgeberpflichten auch denjenigen auferlegt werden, die – etwa als Entleiher – die konkrete Arbeitsleistung dirigieren, ist eine politisch zu entscheidende Frage.<sup>15</sup>
- Ein Gewinn für die Rechtsanwendung wäre es weiter, wenn man die arbeitnehmerähnliche Person mit Allgemeingültigkeit definieren würde. Die unterschiedlichen Formulierungen, die sich etwa in § 12a TVG und in dem neuen § 3 Abs. 11 BDSG finden, schaffen vermeidbare Unsicherheiten.<sup>16</sup>
- Das Zustandekommen des Arbeitsvertrags wird primär durch eine Verweisung auf den Allgemeinen Teil des BGB zu regeln sein, doch gibt es eine Reihe von spezifischen Fragen: Wie sind die Informationspflichten des Arbeitgebers, wie die des Bewerbers beschaffen? Welchen Umfang hat das Fragerecht des

---

<sup>15</sup> Zum Konzept eines partiellen Arbeitsverhältnisses, das in der Rechtsprechung vorhandene Ansätze weiterführt, s. Däubler, Das partielle Arbeitsverhältnis, FS Buchner, München 2009, S. 163 ff.

<sup>16</sup> § 3 Abs. 11 Nr. 6 BDSG: „Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; zu diesen gehören auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten.“ § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG bestimmt demgegenüber: „Die Vorschriften dieses Gesetzes gelten entsprechend  
1. für Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind (arbeitnehmerähnliche Personen)...“ Ob die soziale Schutzbedürftigkeit auch in § 3 Abs. 11 Nr. 6 BDSG vorausgesetzt wird, ist jedenfalls vom Wortlaut her offen.

Arbeitgebers (wobei unterstellt wird, dass dieses anders als im Diskussionsentwurf des Bundesarbeitsministeriums für ein neues Bundesdatenschutzgesetz nicht dort, sondern im Vertragsrecht geregelt wird)? Das Nachweisgesetz sollte man hier integrieren, wobei es wiederum eine politische Frage ist, ob und welche Sanktionen man für eine Verletzung der dort vorgesehenen Pflichten vorsieht. In den Kontext des Zustandekommens gehört auch die Frage, wie man mit Lücken im Vertrag umgeht. Das geltende Recht tut dies in § 612 BGB nur für die Vergütung und in § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG für ein Spezialproblem der Arbeitszeit. Eine Norm mit allgemeinerem Anwendungsbereich würde die Rechtsanwendung erleichtern. Schließlich wären hier die Probleme zu behandeln, die mit dem Stichwort des „faktischen“ oder „fehlerhaften“ Arbeitsverhältnisses verbunden sind.<sup>17</sup>

- Zu den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsvertragsrechts gehören auch die Grundsätze über die AGB-Kontrolle, wie sie im Verhältnis zu Verbrauchern bestehen. Die Klauselkataloge nach den §§ 308 und 309 BGB passen nur ausnahmsweise auf arbeitsvertragliche Abmachungen. Stattdessen könnte man eigenständige Regelungen entwickeln, die vom Freiwilligkeitsvorbehalt über die Zielvereinbarung bis zur Vertragsstrafe reichen. Auch die Dauer der Probezeit könnte hier einen Platz finden.
- Wie ist die Arbeitsleistung zu erbringen? Dies ist einmal ein Problem des Direktionsrechts, das bereits in § 106 GewO eine allgemein akzeptierte Regelung erfahren hat. Zum andern stellt sich die Frage, wie man die Arbeitsleistung qualifiziert. Dass sie eine absolute Fixschuld ist, so dass ein Nacharbeiten nur im Wege des Schadensersatzes in Betracht kommt,<sup>18</sup> sollte ausdrücklich hervorgehoben werden. Weiter wäre hier der Platz, um in allgemeiner Form die Nebenpflichten des Arbeitnehmers festzulegen. Dabei käme der Geheimhaltungspflicht wie auch dem Wettbewerbsverbot wesentliche Bedeutung zu. Auch wäre es sicherlich von Nutzen, könnte sich der Einzelne ein Bild davon machen, ob diese Pflichten durch den

---

<sup>17</sup> Überblick bei Däubler, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. Reinbek 2009, Rn 162 ff.

<sup>18</sup> BAG NZA 2002, 683, 686.

Arbeitsvertrag oder durch Kollektivverträge erweitert oder eingeschränkt werden können.

- Die Leistungspflicht des Arbeitgebers wirft als solche weniger Fragen auf; insoweit könnte es bei § 107 GewO bleiben. Auch der Aufwendungsersatz müsste Erwähnung finden. Wichtiger und kontroverser sind die Nebenpflichten, wie sie etwa heute für Leben und Gesundheit zwingend in den §§ 618, 619 BGB niedergelegt sind. Die Rechtsprechung hat daneben eine Schutzpflicht zugunsten des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers entwickelt<sup>19</sup> und sich auch um das eingebrachte Eigentum des Arbeitnehmers gekümmert.<sup>20</sup> Dies ließe sich in allgemeiner Form festschreiben.
- Bei Leistungsstörungen auf Seiten des Arbeitnehmers müsste der Verweis auf das EFZG im Vordergrund stehen, doch hätten auch die heutigen §§ 615, 616 BGB hier ihren Platz. Richtet der Arbeitnehmer einen Schaden an, ließen sich die vom BAG für die Arbeitnehmerhaftung entwickelten Grundsätze unschwer kodifizieren und an dieser Stelle einfügen. Auf Arbeitgeberseite wären Probleme des Verzugs zu behandeln, daneben die Haftung für alle jene Schäden, die nicht von der Unfallversicherung abgedeckt sind.
- Der einmal abgeschlossene und praktizierte Arbeitsvertrag kann nachträglich geändert werden. Wie geschieht dies, wann kann eine konkludente Zustimmung des Arbeitnehmers angenommen werden? Änderungsvorbehalte gehören demgegenüber in den Bereich der AGB-Kontrolle.
- Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wäre der Aufhebungsvertrag eingehender zu regeln, als dies durch das bloße Schriftformerfordernis des § 623 BGB heute geschieht. Wichtig wäre insbesondere, einer Formulierung des BAG entsprechend<sup>21</sup> auf die Informationspflichten des Arbeitgebers und das Gebot zu fairem Verhandeln hinzuweisen. Die Kündigung durch den Arbeitnehmer könnte hier ihren Platz finden, während die Kündigung durch den Arbeitgeber im „Kündigungsschutzgesetz“ bleiben sollte, das sich schon

---

<sup>19</sup> BAG NZA 1988, 33 = AP Nr. 14 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht

<sup>20</sup> S. bereits BAG AP Nr. 75 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht = NJW 1965, 2173

<sup>21</sup> BAG NZA 2004, 597, 603.

heute einer „überragenden Verkehrsgeltung“ erfreut. Bei Befristung und auflösender Bedingung wäre eine Verweisung auf das TzBfG angemessen, das sich in knapp zehn Jahren seinen Platz im Bewusstsein der Praxis erobert hat.

#### **IV. Einzelgesetze**

Im Folgenden sollen eine Reihe von problembezogenen Gesetzen skizziert werden, bei denen es die eine oder andere „Flurbereinigung“ geben sollte. Daneben könnte man sich auch neue Gesetze vorstellen, die verstreute Bestimmungen im Interesse der Betroffenen zusammenfassen würden. Die politische Durchsetzbarkeit wäre im Regelfall umso größer je stärker man sich an dem von der Rechtsprechung geprägten Status quo orientieren würde.

##### **1. Problembereich Kündigungsschutz**

Das geltende Kündigungsschutzgesetz regelt grundsätzlich nur ordentliche Kündigungen, die in Betrieben oberhalb der Schwelle des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG ausgesprochen werden. Ein innerer Grund, weshalb nicht auch die außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB sowie der aus der Verfassung abgeleitete „Basiskündigungsschutz“ nach § 242 BGB<sup>22</sup> einbezogen sind, ist nicht ersichtlich. Auch die Kündigungsfristen sucht ein interessierter Arbeitnehmer oder Arbeitgeber nicht unbedingt im BGB; sie sollten ins KSchG integriert werden. Insoweit könnte man eine Menge Unübersichtlichkeit beseitigen, ohne den bestehenden Rechtszustand inhaltlich zu verändern.

##### **2. Problembereich Teilzeit und Befristung**

An sich haben Teilzeit und Befristung kaum etwas miteinander zu tun. Für beide gemeinsam gilt ein Benachteiligungsverbot (§ 4 Abs.1 und 2 TzBfG), doch findet sich

---

<sup>22</sup> Dazu Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl., Frankfurt/Main 2008, § 242 BGB Rn 22 ff.

Vergleichbares auch in anderen Teilen der Rechtsordnung. Die teilzeitspezifischen Probleme sind beschränkt. Weiter steht der Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG gleichermaßen Vollzeit- wie (bereits) Teilzeitbeschäftigten zu, so dass er auch im „Allgemeinen Teil“ untergebracht werden könnte. Die Befristung weist demgegenüber zahlreiche Spezifika auf, die eine Sonderregelung rechtfertigen. Dies gilt etwa für die Befristungsgründe, aber beispielsweise auch für die Frage, ob ein befristetes Arbeitsverhältnis kündbar ist. Dabei wäre es ein Zugewinn an Übersichtlichkeit, würde man einen Abschnitt über „besondere Formen von Befristung“ anfügen und dort das Wissenschaftszeitvertragsgesetz<sup>23</sup> sowie das Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung<sup>24</sup> unterbringen. Auch könnte man über den heutigen § 23 TzBfG hinaus ausdrücklich auf § 21 BEEG und vergleichbare andere Vorschriften verweisen, die eine spezifische Regelung für Vertretungskräfte enthalten. Im Übrigen sollte man das TzBfG bestehen lassen, zumal es schon im Titel deutlich macht, nach welchen Fragen man dort vernünftigerweise suchen kann.

### **3. Arbeitnehmerdatenschutz**

Die Schaffung des § 32 BDSG im Jahre 2009 verstand sich als eine Art „Soforthilfe“, mit der auf die seit Frühjahr 2008 bekannt gewordenen Datenskandale reagiert werden sollte. Ein künftiges Arbeitnehmerdatenschutzgesetz soll nach der amtlichen Begründung<sup>25</sup> nicht inhaltlich präjudiziert werden. Dass es kommen muss, entspricht einer verbreiteten Überzeugung und verschiedenen politischen Commitments. Dabei ist es sinnvoll, die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung aller Arbeitnehmerdaten einer einheitlichen Regelung zuzuführen. Im Anschluss an den neuen § 32 Abs.2 BDSG sollte nicht zwischen dateimäßig und nicht dateimäßig gespeicherten Daten differenziert werden. Ob man weitergehen und ein Gesetz über den Persönlichkeitsschutz am Arbeitsplatz schaffen will, wie dies von einer Reihe wichtiger Praktiker vorgeschlagen wurde, erscheint zweifelhaft: Das Anknüpfen an personenbezogene und personenbeziehbare Daten schafft eine klare Trennungslinie zu anderen Formen potentiell unangemessenen Verhaltens, so dass aus

<sup>23</sup> vom 12. April 2007, BGBl I S. 506

<sup>24</sup> vom 15. Mai 1986, BGBl I S. 742, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Dezember 2006, BGBl I S. 3835

<sup>25</sup> BT-Drucksache 16/13657, S. 35

Transparenzgründen ein selbständiges „Beschäftigtendatenschutzgesetz“ sinnvoll wäre.<sup>26</sup>

#### **4. Problembereich: Betriebsübergang und Umstrukturierungen auf Arbeitgeberseite**

§ 613a BGB gehört zu jenen – glücklicherweise wenigen – Normen, die ihren eigentlichen Inhalt lediglich andeuten, den sich selbst ein höchst aufgeweckter Zeitgenosse nur durch mühevollen Lektüre dicker Bücher erschließen kann. Wie ist ein Betriebsteil von einem bloßen „Betriebssplitter“ abzugrenzen, wo sind bestimmte Personen zuzuordnen, was geschieht, wenn der Erwerber die übernommene Einheit in seine Organisation integriert? Nicht jeder wird auch spontan auf den Gedanken kommen, dass die weitere „Ankoppelung“ an die Tarifverträge der bisherigen Branche davon abhängt, wie die Bezugnahme Klausel im Arbeitsvertrag formuliert ist. Auch wäre sicherlich der Rechtssicherheit gedient und niemandem Unrecht getan, würde man den Fortbestand des Betriebsrats bei Übergang des ganzen oder fast des ganzen Betriebs ausdrücklich festschreiben. Bei Umstrukturierungen nach dem UmwG ergeben sich weitere Folgefragen, auf die hier nicht einzugehen ist. Die dort nicht erfassten Formen von Gesamtrechtsnachfolge (Erbfall, Anwachsungsmodell) schaffen keine dramatischen zusätzlichen Probleme, doch wäre es sicherlich nützlich, auch insoweit auf eine Regelung entsprechend § 613a BGB zu verweisen.<sup>27</sup> Allerdings ist nicht zu übersehen, dass gerade bei Fragen der Umstrukturierung von Unternehmen schwer überwindbare politische Widerstände zu erwarten sind. Auf einem so umkämpften Gebiet wittern Arbeitgeber wie Gewerkschaften hinter jeder Formulierung eine Gefahr, auch wenn diese nur von dem Gedanken getragen ist, das bestehende Recht in eine bessere Form zu bringen.

#### **5. Problembereich: Auslandstätigkeit**

<sup>26</sup> Kritisch zu einem entsprechenden Diskussionsentwurf des Bundesarbeitsministeriums Thüsing, Gesetz zum Beschäftigtendatenschutz (Diskussionsentwurf): Unfertige Maximalregelungen, BB 2009 M1 (Heft 39)

<sup>27</sup> Ebenso nach geltendem Recht zum Anwachsungsmodell Willemsen, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 3. Aufl., Köln 2008, § 613a BGB Rn 191; weitere Literaturnachweise bei Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn 1457d

Eine wachsende Zahl deutscher Arbeitnehmer wird für kurze oder längere Zeit ins Ausland entsandt, unterliegt dabei jedoch weiterhin dem deutschen Arbeitsrecht. Dieses muss in vielerlei Hinsicht an die veränderte Umwelt angepasst werden. Deutlich wird dies etwa am ausländischen Feiertagsrecht oder an Vorschriften zum Arbeitszeitschutz.<sup>28</sup> Gleichzeitig ergeben sich zahlreiche Regelungsprobleme, die bisher allein der Vertragspraxis und der Rechtsprechung überlassen sind. Kann der Arbeitnehmer entgegen § 107 Abs. 1 GewO die Vergütung ganz oder teilweise auch in ausländischer Währung verlangen, sind vertragliche Abweichungen von der gesetzlichen Euro-Regel zulässig? Wer bezahlt die Reisekosten zum ausländischen Arbeitsort, wer die ggf. anfallenden Umzugskosten? Was geschieht, wenn die Lebenshaltungskosten wegen höherer Mieten und der Schulausbildung der Kinder drastisch höher sind als im Inland? Wie steht es mit einer privaten Krankenversicherung, wenn in dem fraglichen Land eine gute ärztliche Versorgung nur als „Selbstzahler“ erreichbar ist? Was geschieht mit der Rentenversicherung, wenn der Bereich der Ausstrahlung nach § 4 SGB IV überschritten ist, muss auch hier auf eine private Ergänzung ausgewichen werden? Was kann der Arbeitnehmer tun, wenn man in dem fraglichen Land seines Lebens nicht mehr sicher sein kann?<sup>29</sup> Dies sind nur einige wichtige Fragen, die sich in der Praxis stellen und die die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers verdient hätten.

## **6. Problembereich: Vereinbarkeit von Familie und Beruf**

Das geltende Recht nimmt die Friktionen zwischen familiären und beruflichen Pflichten durchaus zur Kenntnis, tut dies allerdings in einer sehr unsystematischen Weise. Elterngeld und Elternzeit sind im BEEG geregelt, das in sich durchaus eine geschlossene Einheit darstellt. Ähnliches gilt für das Pflegezeitgesetz. Doch alle anderen Fragen sind nicht oder nur an ganz versteckter Stelle geregelt. Muss der Arbeitgeber bei der Lage der Arbeitszeit auf familiäre Verpflichtungen Rücksicht nehmen?<sup>30</sup> Wann liegt ein familiärer Notfall vor, der einen „in der Person liegenden

---

<sup>28</sup> S. etwa BAG AP Nr. 2 zu § 4 TVG Arbeitszeit. Zu weiteren Problemen s. Däubler, *Auslandsarbeit unter deutschem Recht*, FS Birk, Tübingen 2008, S. 27 ff.

<sup>29</sup> Dazu Diller/Winzer, *Eigenmächtige Rückkehr bei Auslandseinsatz in gefährdeten Gebieten?* DB 2001, 2094 ff.

<sup>30</sup> Zu Recht bejaht von BAG NZA 2005, 359.

Grund“ nach § 616 BGB darstellt?<sup>31</sup> Bei kranken Kindern unter 12 Jahren greift § 45 SGB V ein, der einen Anspruch auf unentgeltliche Freistellung (und zudem auf Krankengeld) gibt. Wie verhält er sich zu dem in solchen Fällen auch gegebenen Anspruch aus § 616 BGB? Gibt es über das Pflegezeitgesetz hinaus ggf. einen Anspruch auf unentgeltliche Freistellung, wenn betriebliche Interessen nicht entgegenstehen? Ist es zulässig, dass nur Arbeitnehmerinnen (nicht aber Arbeitnehmer) ihre Kinder im Werkskindergarten unterbringen dürfen?<sup>32</sup> Antworten auf alle diese Fragen in einem einzigen Gesetz zu finden, wäre ein effektiver Beitrag zu mehr Transparenz.

## **7. Problembereich: Innovationsfreundliche Arbeitsbedingungen**

Im Arbeitsrecht der Bundesrepublik haben die „Dichter und Denker“ nur einen nachgeordneten Platz. Wer eine Erfindung macht, die der Arbeitgeber in Anspruch nimmt und effektiv nutzt, hat Anspruch auf ein (meist bescheidenes) zusätzliches Entgelt nach dem Gesetz über Arbeitnehmererfindungen. Auch verbleiben ihm die persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse, insbesondere das Recht auf Namhaftmachung als Erfinder. Bescheidener ist die Stellung der Urheber nach § 43 UrhG, die vermögenswerte Rechte nur insoweit behalten, „soweit sich aus dem Inhalt und dem Wesen des Arbeits- oder Dienstverhältnisses nichts anderes ergibt.“ In der Regel existiert daher kein separater Vergütungsanspruch; auch sind die Persönlichkeitsrechte, z. B. auf Nennung als Urheber grundsätzlich dispositiv.<sup>33</sup> Wer Computersoftware entwickelt wird zwar häufig Urheber im Rechtssinne sein, doch ermächtigt § 69b UrhG den Arbeitgeber, „alle vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm“ geltend zu machen. Ob diese Differenzierungen mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbaren sind, wird man durchaus bezweifeln dürfen. Nur aus der Rechtsprechung ergibt sich der Grundsatz, dass ein Arbeitnehmer, der eine qualitativ weit über das vertraglich Geschuldete hinausgehende Leistung erbracht hat, Anspruch auf eine Sondervergütung hat.<sup>34</sup> Viel größere Bedeutung besitzt das betriebliche Vorschlagswesen. So gingen etwa im

<sup>31</sup> Dazu MüKo-Henssler, Band 4, 5. Aufl., München 2009, § 616 BGB Rn 34 ff.

<sup>32</sup> Dazu EuGH NZA 2002, 501 – Lommers.

<sup>33</sup> Dazu Schwab, Das Namensnennungsrecht des angestellten Werkschöpfers, NZA 1999, 1254, 1259.

<sup>34</sup> S. etwa BGH AP Nr. 30 zu § 612 BGB, wonach die Schreibkraft das ihr vorgelegte völlig missglückte Manuskript total überarbeitete und daraus einen lesbaren „Ratgeber für Tierheilkunde“ machte.

Jahre 2006 in 315 befragten Unternehmen mit einer Beschäftigtenzahl von ca. zwei Millionen über 1,2 Millionen Verbesserungsvorschläge ein, die Einsparungen in Höhe von ca. 1,5 Milliarden Euro erbrachten.<sup>35</sup> In diesem Bereich existiert nur das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 12 BetrVG, das sich nicht auf eine etwaige Gegenleistung des Arbeitgebers erstreckt.<sup>36</sup> Schließlich läge es nahe, Erfahrungen einzelner Firmen aufzugreifen, die sich bewusst um ein innovationsfreundliches Klima bemüht haben.<sup>37</sup> Dies setzt nicht nur materielle Anreize und ein Minimum an Zeit, sondern auch eine außerhalb der Hierarchie stehende neutrale Instanz voraus, die über die Sinnhaftigkeit eines Vorschlags zu entscheiden hat. Wie wäre es, wenn man sich ernsthaft um ein Innovationsförderungsgesetz (InnFG) bemühen würde? Es gibt durchaus Bereiche, wo alle an einem Strang ziehen sollten. Insoweit könnte ich mir eine wirksame Unterstützung durch den Jubilar vorstellen – dies wäre ein großes Geburtstagsgeschenk, das er sich selbst und uns allen machen würde. Seine Stimme findet Gehör.

---

<sup>35</sup> Angaben nach Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG. Kommentar, 12. Aufl., Frankfurt/Main 2010, § 87 Rn 289

<sup>36</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Vorschlagswesen; berechtigte Kritik bei Klebe, a. a. O. § 87 Rn 298

<sup>37</sup> Näher dazu Däubler BB 2004, 2521 ff.