

Aktenzeichen: 3 AZR 625/80

Bundesarbeitsgericht 3. Senat

Beschluß vom 16. März 1982  
Az. 3 AZR 625/80

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 28. Mai 1980  
Az. 3 Ca 422/79

Arbeitsgericht Herne

Urteil vom 4. Februar 1981  
Az. 5 Ca 1790/80

Arbeitsgericht Neunkirchen

Urteil vom 19. September 1980  
Az. 2 Ca 39/80

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 10. November 1980  
Az. 4 Sa 75/80

Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 16. Juni 1981  
Az. 15 Sa 304/81

Landesarbeitsgericht Saarland

Urteil vom 22. Juli 1981  
Az. 1 Sa 136/80

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Verfassungswidrige Unklarheit des § 124 b GewO

Gesetz: GewO §§ 124 b, 133 e, 139 aa; GG Art. 20 Abs. 3, 100 Abs. 1, 3; RVO §§ 149 ff.; SGB IV Art. 1 § 18, Art. 2 § 19; Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz Art. 5 Abs. 1 Nr. 7

Leitsätze

1. Die Regelung des § 124 b GewO ist unklar geworden. Seit der Streichung der §§ 149 ff. RVO durch das Sozialgesetzbuch ist nicht mehr feststellbar, wie die Entschädigung bei Vertragsbruch berechnet werden soll.
2. Diese Lücke ist nicht durch die Gerichte im Wege der Auslegung zu schließen. Zwar lassen sich verschiedene Ersatzlösungen denken, diese weichen aber von der ursprünglichen Regelung erheblich ab und erfordern eine rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers.
3. Die bestehende Unklarheit verstößt nach Ansicht des Senates gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Zur endgültigen Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des § 124 b GewO ist jedoch eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht geboten (Art. 100 GG), weil es sich um nachkonstitutionelles Recht handelt.



3 AZR 625/80

4 Sa 75/80 Hamburg

15 Sa 304/81 Hamm

1 Sa 136/80 Saarland

# Im Namen des Volkes!

Verkündet  
am 16. März 1982

Sürig,  
Amtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

Vorlage - **Beschluß**

In Sachen

pp.



- 2 -

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Dezember 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dieterich, die Richter Dr. Gehring und Schaub sowie die ehrenamtlichen Richter Jahnz und Dr. Bermel beschlossen:

Das Verfahren wird ausgesetzt und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darüber eingeholt, ob § 124 b GewO in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Januar 1978 (BGBl. I S. 97) mit Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar ist.

### G r ü n d e :

#### A.

Die zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen drei Verfahren stimmen darin überein, daß die Arbeitgeber wegen Vertragsbruchs der Arbeitnehmer eine Entschädigung gemäß § 124 b GewO beanspruchen.

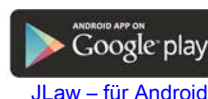
1. Der Beklagte zu 1) ist Inhaber eines Straßen- und Tiefbauunternehmens, in dem der Kläger zu 1) zusammen mit weniger als 20 Arbeitnehmern vom 30. Juli 1979 bis zum 4. August 1979 als Radladerfahrer tätig war. Mit Schreiben vom 4. August 1979 teilte der Kläger zu 1) dem Beklagten zu 1) mit, daß er das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einverständnis mit sofortiger Wirkung lösen wolle. Er erschien nicht mehr zur Arbeit. Ob der Beklagte zu 1) der Vertragsbeendigung zugestimmt hat, ist streitig.

Bei der Schlußabrechnung behielt der Beklagte zu 1) als Entschädigung gemäß § 124 b GewO 201,45 DM netto ein. Das will der Kläger zu 1) nicht hinnehmen. Er bestreitet, seine Arbeit gegen den Willen des Beklagten zu 1) niedergelegt zu haben und verlangt die Zahlung von 201,45 DM netto nebst 4 % Zinsen seit dem 29. Oktober 1979.

- 3 -



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



Der Beklagte zu 1) hat Klageabweisung beantragt und für den Fall, daß ihm die pauschalierte Entschädigung gemäß § 124 b GewO nicht zur Verfügung stehen sollte, seinen Schaden wegen Vertragsbruchs konkret berechnet. Er habe Anzeigenkosten in Höhe von 54,60 DM und für eine Ersatzkraft Mehrkosten in Höhe von 1.200,-- DM aufwenden müssen.

Das Arbeitsgericht Hamburg hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht Hamburg hat die Berufung zurückgewiesen und die inzwischen erhobene Widerklage zurückgewiesen. Die Vorinstanzen haben keinen Beweis zu der Frage erhoben, ob der Beklagte der vorzeitigen Vertragsbeendigung zugestimmt hat. Darauf kommt es nach Ansicht der Vorinstanzen nicht an. Auch wenn ein Vertragsbruch vorliegen sollte, stünden dem Beklagten zu 1) die im Wege der Aufrechnung geltend gemachten Gegenansprüche nicht zu. § 124 b GewO verstoße wegen seines willkürlich abgegrenzten Geltungsbereiches gegen Art. 3 GG und sei als vorkonstitutionelles Recht nicht anwendbar. Der hilfsweise geltend gemachte Schadenersatzanspruch sei gemäß § 16 BRTV-Bau verfallen. Dagegen wendet sich der Beklagte zu 1) mit seiner Revision.

2. Der Kläger zu 2) ist Inhaber eines metallverarbeitenden Betriebes mit weniger als 20 Arbeitnehmern. Der Beklagte zu 2) war dort vom 16. Januar 1978 bis zum 16. Mai 1980 als Schlosser tätig. Nach § 4 des Arbeitsvertrages galt für das Arbeitsverhältnis eine 14-tägige Kündigungsfrist (§ 10 Nr. 6 a des MTV für die Arbeitnehmer der metallverarbeitenden Handwerke im Land Nordrhein-Westfalen vom 20. Oktober 1978). Am 16. Mai 1980 erschien der Beklagte zu 2) ohne vorhergehende Kündigung nicht mehr im Betrieb. Mit Schreiben vom 19. Mai 1980 teilte er dem Kläger zu 2) mit, daß er in einem anderen Betrieb eine Stelle als Obermonteur angetreten habe und auf Verständnis hoffe.

Der Kläger zu 2) sieht darin einen Vertragsbruch. Er verlangt von dem Beklagten zu 2) eine Entschädigung gemäß § 124 b GewO in Höhe von 420,-- DM. Als ortsüblichen Tageslohn errechnet er einen Tagessatz von 70,-- DM, wobei er von der Bezugsgröße des Art. 1 § 18 SGB IV ausgeht.



Das Arbeitsgericht Herne hat der Klage stattgegeben. Hin- gegen hat das Landesarbeitsgericht Hamm dem Kläger zu 2) nur einen Teilbetrag in Höhe von 240,90 DM zugesprochen, weil die Bezugsgröße des § 18 SGB IV nicht mit dem ortsüblichen Tages- lohn des § 124 b GewO gleichgesetzt werden könne. Den ange- nommenen Entschädigungsbetrag hat das Landesarbeitsgericht er- mittelt, indem es von dem Ortslohn ausging, der zur Zeit der Geltung der §§ 149 ff. RVO im Jahre 1975 festgesetzt worden war (36,-- DM). Diesen Betrag hat es um eine geschätzte Lohnsteige- rungsrate von 6 % auf 48,18 DM erhöht. Dagegen haben beide Par- teien Revision eingelegt.

3. Der Kläger zu 3) betreibt den Gasthof "R in S , in dem weniger als 20 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Die Beklagte zu 3) war dort als Serviererin beschäftigt. Am 25. August 1979 blieb sie der Arbeit fern und erschien auch in der Folgezeit nicht mehr. Nach der Schlußabrechnung stand ihr noch ein Restlohnanspruch in Höhe von 214,83 DM zu, den der Kläger zu 3) einbehielt.

Wegen des Vertragsbruchs der Beklagten zu 3) verlangt der Kläger zu 3) eine Entschädigung gemäß § 124 b GewO, die er teil- weise mit dem Restlohnanspruch verrechnen will. Er ist von der Be- zugsgröße des Art. 1 § 18 SGB IV ausgegangen und hat nach unter- schiedlichen Berechnungen seine Entschädigung zuletzt mit 269,78 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 25. Januar 1980 beziffert.

Das Arbeitsgericht Neunkirchen hat die Klage abgewiesen, weil § 124 b GewO seit der Aufhebung der §§ 149 ff. RVO nicht mehr an- wendbar sei. Das Landesarbeitsgericht Saarland hat der Klage in vollem Umfange stattgegeben. Dagegen wendet sich die Beklagte zu 3) mit ihrer Revision.

## B.

§ 124 b GewO enthält seit der Aufhebung der §§ 149 bis 152 RVO eine Lücke, die sich ohne Entscheidung des Gesetzgebers nicht schließen läßt. Das verstößt gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und zwingt zur Vorlage an das Bundesverfassungsgericht.



I.1. Ursprünglich war die Vorschrift klar. In denjenigen Betrieben, für die § 124 b GewO Geltung beansprucht, hatten die Arbeitgeber und die Gesellen oder Gehilfen bei einem Vertragsbruch der Gegenseite einen pauschalierten Entschädigungsanspruch, den sie an Stelle der sonstigen Sanktionen des Zivilrechts wählen konnten. Für jeden Tag des Vertragsbruchs, höchstens aber für eine Woche, stand ihnen ein fester Betrag zu. Dieser Betrag wurde nicht in der Gewerbeordnung selbst, sondern im Wege der Verweisung geregelt. Maßgebend sollte der Ortslohn der §§ 149 ff. RVO sein, eine Berechnungsgrundlage des Sozialversicherungsrechts, die sich nach dem ortsüblichen Tagesentgelt der gewöhnlichen Tagesarbeiter richtete und nach Bezirken und Altersstufen gestaffelt in zeitlichen Abständen jeweils neu festgesetzt wurde.

Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift war für die Arbeitnehmer gering, weil diese durch den gesetzlichen Arbeitsplatzschutz und durch § 615 BGB bei Vertragsbrüchen des Arbeitgebers geschützt sind und im übrigen beim Nachweis ihres Schadens kaum Schwierigkeiten haben. Hingegen bot die Vorschrift den Arbeitgebern kleiner Betriebe mit weniger als 20 Arbeitnehmern die praktisch bedeutsame Möglichkeit, ohne den Nachweis eines Schadens und nennenswerte Berechnungsschwierigkeiten auf Vertragsbrüche mit einer spürbaren Sanktion antworten zu können. Das entsprach auch den Absichten des historischen Gesetzgebers, wie die Entstehungsgeschichte zeigt (vgl. Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, VIII. Legislaturperiode, I. Session 1890/91, 4. Bd., S. 2187 ff.; Neumann in Landmann/Rohmer, GewO, § 124 b RdNr. 1 und 2).

Die gesetzliche Vertragsstrafe des § 124 b GewO war durch drei Merkmale gekennzeichnet: Auf der Grundlage der jeweils maßgebenden Ortslohntabelle konnte sie mühelos festgestellt werden, ohne daß Beurteilungsfragen Anlaß für Rechtsstreitigkeiten gegeben hätten. Durch die regelmäßige Festsetzung der Ortslöhne auf der Grundlage der Verordnung des Bundesarbeitsministers über Ortslöhne und Jahresarbeitsverdienste in der



Sozialversicherung vom 9. August 1950 (BGBl. I S. 369) war für eine orts- und zeitnahe Bestimmung der Bezugsgröße gesorgt; die allgemeine Lohnentwicklung sowie regionale und altersbedingte Unterschiede wurden angemessen berücksichtigt. Schließlich wurde die Höhe der Vertragsstrafe dadurch stark begrenzt, daß sie nur die Ortslöhne der gewöhnlichen Tagearbeiter berücksichtigte, auf Tagessätze beschränkt war und einen Wochenlohn nicht überschreiten durfte.

2. Diese Regelung ist dadurch lückenhaft geworden, daß die §§ 149 bis 152 RVO weggefallen sind und infolgedessen Ortslöhne nicht mehr festgesetzt werden.

a) Das Sozialgesetzbuch, Viertes Buch (IV.) - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - vom 23. Dezember 1976 (SGB IV, BGBl. I S. 3845) hat in Art. 1 § 18 SGB IV im Interesse der Übersichtlichkeit und Verwaltungsvereinfachung eine einheitliche Bezugsgröße festgelegt, die u.a. auch die alten Ortslöhne ersetzen soll (vgl. Amtliche Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 8. Oktober 1975, BT-Drucksache 7/4122 S. 33 und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 23. Juni 1976, BT-Drucksache 7/5457 S. 4). Die §§ 149 bis 152 RVO wurden zusammen mit vielen anderen Vorschriften der Reichsversicherungsordnung durch Art. II § 1 Nr. 1 a SGB IV gestrichen. Die durchschnittlichen Tageslöhne der ungelernten Arbeiter eines bestimmten Bezirks müssen seither nicht mehr festgestellt werden. Stattdessen kommt es jetzt für den Geltungsbereich des Sozialgesetzbuches auf das Durchschnittsentgelt aller Versicherten der Rentenversicherung der Arbeiter und der Angestellten im vorvergangenen Kalenderjahr an. Das führt zu höheren Beträgen und damit auch zu Leistungsverbesserungen für bestimmte Personengruppen in der Kranken- und Unfallversicherung, die vom Gesetzgeber erkannt und beabsichtigt waren (Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 23. Juni 1976, BT-Drucksache 7/5457 S. 4).



Die Verweisung in § 124 b GewO auf die §§ 149 bis 152 RVO geht seither ins Leere. Allerdings bestimmt Art. II § 19 SGB IV ganz allgemein:

"Soweit in anderen Vorschriften auf Bestimmungen verwiesen wird oder Bezeichnungen verwendet werden, die durch dieses Gesetz geändert oder aufgehoben werden, treten an ihre Stelle die entsprechenden Bestimmungen und Bezeichnungen dieses Gesetzes."

Insoweit handelt es sich jedoch nur um eine redaktionelle Vorschrift, die die Anpassung des alten Sozialrechts an die neuen Bestimmungen des Sozialgesetzbuches ermöglichen soll (vgl. Amtliche Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 8. Oktober 1975, BT-Drucksache 7/4122 S. 42). Eine inhaltliche Änderung des geltenden Rechts war in dieser allgemeinen Form nicht beabsichtigt. Insbesondere fehlt jeder Anhalt dafür, daß mit dem Erlass des Sozialgesetzbuches Vorschriften der Gewerbeordnung abgeändert werden sollten.

b) Auch die Gewerbeordnung wurde im Jahre 1976 geändert, und zwar durch das Gesetz zur Änderung des Titels IV und anderer Vorschriften der Gewerbeordnung vom 5. Juli 1976 (BGBl. I. S. 1773). § 124 b GewO blieb unverändert. Jedoch wurde der Bundesminister für Wirtschaft ermächtigt, den Wortlaut der Gewerbeordnung in der geltenden Fassung mit neuem Datum und neuer Paragraphenfolge bekannt zu machen, die Paragraphen mit Überschriften zu versehen, Unstimmigkeiten des Wortlauts zu beseitigen sowie gegenstandslos gewordene Vorschriften zu streichen (Art. 6). Daraufhin wurde die bereinigte Neufassung der Gewerbeordnung vom Bundesminister für Wirtschaft unter dem 1. Januar 1978 bekannt gemacht (BGBl. I S. 97). Die Fassung des § 124 b GewO wurde in der bisher geltenden Form wiederholt und lediglich die inzwischen gestrichenen §§ 149 bis 152 RVO in Klammern gesetzt und mit folgender Fußnote erläutert: "Im eigenen Anwendungsbereich nicht mehr geltendes Recht".

Diese Neufassung der Gewerbeordnung bringt zwar zutreffend zum Ausdruck, daß die Entschädigungsregelung des § 124 b GewO



weder durch das Sozialgesetzbuch noch durch ein anderes Gesetz aufgehoben oder abgeändert worden war, die angefügte Fußnote erscheint jedoch irreführend und verschleiert die Unklarheiten, die durch die Aufhebung der §§ 149 bis 152 RVO eingetreten sind. Der Hinweis, daß diese Vorschriften der Reichsversicherungsordnung "im eigenen Anwendungsbereich" nicht mehr geltendes Recht seien, erweckt den Eindruck, als könnten sie dennoch im Zusammenhang mit der Gewerbeordnung ihre ursprüngliche Geltung bewahren. Das ist jedoch nicht der Fall. Da Ortslöhne nach den Vorschriften der §§ 149 bis 152 RVO nicht mehr festgesetzt werden, ist die Erwähnung der aufgehobenen Vorschriften sinnlos. Seither fehlt eine Regelung, wie die Entschädigung nach § 124 b GewO berechnet werden soll.

II.1. Grundsätzlich sind Lücken des Gesetzes im Wege der ergänzenden Auslegung durch die Gerichte zu schließen. Dieser Weg ist jedoch im vorliegenden Fall nicht gangbar. Es bieten sich zwar eine Reihe von Berechnungsformen an, die zu einer angemessenen Vertragsstrafe führen könnten und praktikabel wären, aber keine von ihnen entspricht den Zielen der ursprünglichen Regelung. Auch unterscheiden sie sich nicht so deutlich, daß mit einiger Sicherheit gesagt werden könnte, wie sich der Gesetzgeber entscheiden würde, wenn er § 124 b GewO an die geänderte Rechtslage anpassen wollte. Diese Unklarheit spiegelt sich auch in den angefochtenen Entscheidungen, die zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen gelangt sind. Der Senat folgt weitgehend der Auffassung, die das Arbeitsgericht **Neunkirchen** in einem der drei Ausgangsverfahren vertreten hat.

a) Das Landesarbeitsgericht Saarland hat angenommen, daß die Bezugsgröße des Art. 1 § 18 SGB IV nicht nur im Sozialversicherungsrecht, sondern auch für die Entschädigungsregelung des § 124 b GewO an die Stelle der früheren Ortslöhne getreten sei (ebenso LAG Berlin DB 1980, 2452; Neumann in Landmann/Rohmer, GewO, § 124 b RdNr. 6; Stahlhacke in Fuhr/Stahlhacke, GewO, § 124 b Anm. III; Ullrich, DB 1980, 1216). Eine solche ergänzende Auslegung wirkt zunächst bestechend, weil sie die Verweisungstechnik der alten Regelung bewahrt. Sie wird auch der Absicht des Gesetzgebers gerecht, eine leicht feststellbare und von Beurteilungsfragen weitgehend befreite



Bezugsgröße heranzuziehen. Der Inhalt der Regelung wird jedoch so stark geändert, daß nicht ohne weiteres angenommen werden kann, der Gesetzgeber hätte sich bei **einer** Anpassung des § 124 b GewO gerade für diese Bezugsgröße entschieden (ebenso Zepter, AR-Blattei "Gewerbliche Arbeit II" unter C II 1 d).

Schon der Gesetzeswortlaut bringt klar zum Ausdruck, daß ein für den Erfüllungsort kennzeichnender Berechnungsmaßstab angestrebt war. Es sollte auf den ortsüblichen Tageslohn ankommen. Die Bezugsgröße des § 18 SGB IV gilt jedoch einheitlich für alle Versicherten im Geltungsbereich des Sozialgesetzbuches und kann deshalb regionale Besonderheiten nicht wiedergeben. Sie ist außerdem erheblich höher als die an den Tageslöhnen der ungelernten Arbeiter ausgerichtete Entschädigung, weil die Löhne und Gehälter aller Arbeiter und Angestellten im vorvergangenen Kalenderjahr berücksichtigt werden. Für die Anhebung der Entschädigung auf nahezu das Doppelte hat sich jedoch bisher kein Bedürfnis ergeben. Deshalb kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber eine so wesentliche Veränderung vorgenommen hätte, nur um die entstandene Verweislücke zu schließen.

Das Landesarbeitsgericht Saarland (Berufungsurteil im Verfahren 1 Sa 136/80) und Neumann (aaO, § 124 b RdNr. 6) meinen, die Berücksichtigung der Angestelltengehälter erscheine angemessen, weil § 124 b GewO auch für Angestellte gelte (§ 13 GewO). Dieses Argument mag einen künftigen Gesetzgeber leiten können, aber für die ergänzende Auslegung ist allein entscheidend, daß § 124 b GewO trotz seiner Geltung für Angestellte und qualifizierte Facharbeiter ausdrücklich nur auf die niedrigen Tageslöhne ungelernter Arbeiter abgestellt hat. Eine höhere Entschädigung war nicht gewollt. Das ist zu respektieren.

b) Das Landesarbeitsgericht Hamm versucht, diesen Einwänden dadurch zu entgehen, daß es an die Ortslöhne anknüpft, die unter der Geltung der §§ 149 ff. RVO zuletzt festgesetzt wurden. Da diese aus dem Jahre 1975 stammen und deshalb die Lohnentwicklung nicht mehr zutreffend wiedergeben, hat das Landesarbeitsgericht einen nach § 287 ZPO geschätzten Lohnsteigerungs-



faktor hinzugerechnet (ähnlich: ArbG Karlsruhe DB 1980, 2089 und Zepter, AR-Blattei "Gewerbliche Arbeit II" unter C II 1 d).

Dieser Lösungsweg hatte den Vorteil, eng an den Bewertungsmaßstab der alten Regelung anzuschließen. Aber dafür wird deren wichtigstes Ziel verfehlt. Die Entschädigung ist für die betroffenen Vertragsparteien nicht mehr schematisch und im voraus feststellbar. Die endgültige Höhe der maßgebenden Ortslöhne läßt sich erst nach einer gerichtlichen Schätzung feststellen und ist deshalb mit erheblichen Unsicherheiten belastet. Den Gerichten bleibt ein Beurteilungsspielraum, den der Gesetzgeber durch § 124 b GewO im Interesse der Vorhersehbarkeit und Praktikabilität gerade ausschließen wollte. Ob dieser Nachteil bei einer Anpassung des § 124 b GewO an die veränderte Rechtslage in Kauf genommen werden kann, erscheint zweifelhaft.

c) Um die Unsicherheit gerichtlicher Schätzungen zu vermeiden, könnte man daran denken, zwar **an den alten Ortslöhnen der Jahre 1974 und 1975** festzuhalten, auf eine Anpassung an die Lohnentwicklung jedoch zu verzichten. Aber dieser Lösungsweg verbindet mehrere schwerwiegende Nachteile. Vor allem ginge das vom Gesetzgeber gewollte Wertverhältnis zwischen Entschädigung und Lohnhöhe verloren. Dadurch ergäben sich sachwidrige Unterscheidungen. Je nach dem Zeitpunkt des Vertragsbruches hätte die Sanktion des § 124 b GewO größeres oder geringeres Gewicht. Da die Löhne stets gestiegen sind und auch in Zukunft mehr oder weniger stark steigen werden, läßt sich schon jetzt absehen, daß die Ortslöhne des Jahres 1975 eines Tages keine spürbare Sanktion mehr bieten können. Damit erweist sich der Lösungsweg als eine verschleierte Aufhebung des Gesetzes, die dem erklärten Willen des Gesetzgebers widerspricht.

d) Eine gesetzliche Reform der Entschädigungsregelung würde offenbar in eine ganz andere Richtung zielen. Der Entwurf eines zweiten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes (Stand 16. 6. 1971) sah eine Vertragsstrafenregelung vor, die auf den konkreten Verdienst des vertragsbrüchigen oder durch Vertragsbruch betroffenen Arbeitnehmers abstellte. Für jeden Tag des Vertragsbruches sollte das entsprechende



Arbeitsentgelt, höchstens jedoch ein Wochenverdienst, als Entschädigung fällig werden (zitiert nach Beuthien, BB 1973, 92, 94 Fußn. 14). Auch diese Lösung wäre praktikabel und anpassungsfähig zugleich. Sie ist jedoch nicht Gesetz geworden. Ihr Ansatz und ihr Geltungsbereich sollten von der Regelung des § 124 b GewO so weit abweichen, daß sie nicht in das geltende Recht "hineininterpretiert" werden dürfen.

2. Da die Lücke des Gesetzes auf verschiedene Weisen geschlossen werden könnte, eine Auswahl jedoch mit den Mitteln der Auslegung nicht hinreichend klar getroffen werden kann, muß der Gesetzgeber die fehlende Entscheidung nachholen. Ohne diese ist § 124 b GewO nicht anwendbar.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, das Bundesarbeitsgericht habe auf anderen Rechtsgebieten, z.B. im Arbeitskampfrecht und bei der betrieblichen Altersversorgung, weitreichendes Richterrecht geschaffen, ohne sich auf eine gesetzgeberische Entscheidung stützen zu können. Diese Rechtsprechung stand vor einer vollkommen anderen Aufgabe: Die Untätigkeit des Gesetzgebers war so zu verstehen, daß die Wahrung des Rechts den Gerichten überlassen sein sollte. Ohne die gebotenen rechtsfortbildenden Entscheidungen wären ungerechte Ergebnisse erzielt worden, die im Rahmen der Wertentscheidungen der Gesamtrechtsordnung nicht hingenommen werden konnten. Demgegenüber geht es im Zusammenhang mit § 124 b GewO nur um Fragen der Praktikabilität. Vertragsbruch bleibt nicht sanktionslos. Die Rechtsordnung reagiert im Normalfall mit Schadenersatzansprüchen und läßt auch die Vereinbarung von Vertragsstrafen zu. Nur im Interesse der Vereinfachung sollte für einen begrenzten Kreis von Arbeitsverhältnissen, vor allem in gewerblichen Kleinbetrieben, eine gesetzliche Vertragsstrafe eingreifen. Der Entscheidungsspielraum der Gerichte wurde entsprechend eingeschränkt. Bei dieser Sachlage können die Gerichte nicht anstelle des untätigen Gesetzgebers eine Ersatzlösung wählen, für die nicht mehr spräche, als daß sie ebenso praktikabel wäre wie andere (vgl. zum ähnlichen Problem der Wertgrenze des § 75 b HGB: BAG 27, 284 [289 f.] = AP Nr. 14 zu § 75 b HGB [zu 2 c der Gründe]).



III.1. Die Unklarheit des § 124 b GewO verstößt gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Wenn ein Gesetz auf andere Normen verweist, so muß es, um den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit zu genügen, klar erkennen lassen, welche Normen gelten sollen (BVerfGE 5, 25 [31]; Leibholz/Rinck, GG, 6. Aufl., Art. 20 Nr. 24 a.E., mit weiteren Nachweisen). Bei dieser Rechtslage kann sich das Gericht nicht damit begnügen, die Unanwendbarkeit des § 124 b GewO festzustellen und die darauf gestützten Ansprüche zurückzuweisen. Das Arbeitsgericht Neunkirchen, das in einem der drei Ausgangsprozesse so verfahren ist, hat die Bedeutung des Rechtsstaatsgebotes verkannt.

Allerdings ist denkbar, daß Gesetze unanwendbar werden, ohne daß Art. 20 GG berührt ist. Das ist u.U. dann anzunehmen, wenn ein Gesetz durch die Entwicklung der Verhältnisse oder der Gesamtrechtsordnung seine Funktion verliert. In einem solchen Falle kann sich ergeben, daß zwar eine formelle Aufhebung des Gesetzes unterblieben ist, dessen Weitergeltung jedoch nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Aber im vorliegenden Fall hat sich an dem Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung im Laufe der Zeit nichts geändert. Eine einfache und praktikable Sanktion bei Vertragsbrüchen ist keineswegs sinnlos geworden. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber § 124 b GewO beibehalten wollte und lediglich dessen Lückenhaftigkeit und Unklarheit übersehen hat. Deshalb dürfen die Gerichte die Vorschrift nicht einfach für unanwendbar erklären. Vielmehr ist gemäß Art. 100 Abs. 1 GG das Verfahren auszusetzen und zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes eine Entscheidung des dafür allein zuständigen Bundesverfassungsgerichts einzuholen.

2. Eine konkrete Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht entfielen nur dann, wenn § 124 b GewO als vorkonstitutionelles Recht anzusehen wäre. In diesem Falle könnte die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes durch die für den Rechtsstreit zuständigen Gerichte festgestellt werden. Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht Hamburg haben in einem der drei Ausgangsprozesse angenommen, daß auch bei § 124 b GewO so zu verfahren sei. Dieser Ansicht kann der Senat nicht folgen.



Allerdings stammt die Vorschrift aus dem Jahre 1891. Sie verwies ursprünglich auf § 8 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883 und seit deren Inkrafttreten auf die Reichsversicherungsordnung (Art. 104 des Gesetzes zur Einführung der Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911 [RGBl. S. 839]). Zur Geltungszeit des Grundgesetzes hat sich an der Fassung des § 124 b GewO nichts geändert. Der Bundesminister für Wirtschaft hat zwar unter dem 1. Januar 1978 eine bereinigte Neufassung bekanntgemacht (BGBl. I S. 97 f.) und dabei dem § 124 b GewO die bereits erwähnte Anmerkung hinzugefügt, insoweit handelt es sich jedoch nicht um eine Tätigkeit des Gesetzgebers.

Dennoch ist § 124 b GewO als nachkonstitutionelles Recht zu behandeln. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt es nicht allein darauf an, ob die Fassung der umstrittenen Norm während der Geltung des Grundgesetzes geändert wurde. Vielmehr genügt es, wenn der an das Grundgesetz gebundene Gesetzgeber die entsprechende Regelung in seinen Willen aufgenommen hat. Das kann sich aus dem engen sachlichen Zusammenhang zwischen unveränderten und geänderten Normen ergeben. Vor allem die Verweisung einer neuen (nachkonstitutionellen) Norm auf eine vorkonstitutionelle Regelung läßt den Bestätigungswillen des Gesetzgebers klar erkennen (BVerfGE 11, 126 [131 f.] und BVerfGE 13, 290 [294]). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt.

Das Gesetz zur Änderung des Kündigungsrechts und anderer arbeitsrechtlicher Vorschriften - Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz - vom 14. August 1969 (BGBl. I S. 1106) hat unter anderem auch Vorschriften der Gewerbeordnung aufgehoben und geändert. Zu den geänderten Vorschriften gehört § 139 aa GewO, wo geregelt ist, welche Vorschriften aus anderen Abschnitten der Gewerbeordnung in den Betrieben gelten, die in Abschnitt IV der Gewerbeordnung behandelt werden. Dazu heißt es in Art. 5 Abs. 1 Nr. 7:

"In § 139 aa werden die Worte '§§ 121 bis 125' durch die Worte '§§ 121, 124 b und 125' ersetzt."



Aus dieser Regelung geht eindeutig hervor, daß der Gesetzgeber die Weitergeltung des § 124 b GewO nicht nur stillschweigend hinnahm oder voraussetzte, sondern daß er sie in seinen Willen aufgenommen hat. Es kam ihm darauf an, die Entschädigungsregelung für einen bestimmten Kreis von Arbeitnehmern bestehen zu lassen. Dementsprechend hat auch der Minister für Wirtschaft bei der Bekanntmachung einer bereinigten Fassung der Gewerbeordnung am 1. Januar 1978 (BGBl. I S. 97 f.) § 124 b GewO nicht kursiv drucken lassen, obwohl das nach einer Vorbemerkung der Bekanntmachung bei vorkonstitutionellem Recht geschehen sollte.

3. Die Durchführung des Normenkontrollverfahrens ist auch für die Entscheidung der vorliegenden Revisionen unerlässlich.

a) In den beiden Fällen aus Nordrhein-Westfalen und Saarland steht nach den Feststellungen der Landesarbeitsgerichte fest, daß die beiden Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag gebrochen hatten. In beiden Fällen hat der Arbeitgeber ausschließlich eine Entschädigung nach § 124 b GewO geltend gemacht, so daß der Ausgang der Verfahren mit der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift steht und fällt.

b) In dem Fall aus Hamburg haben die Vorinstanzen nicht aufgeklärt, ob der Beklagte zu 1) der vorzeitigen Vertragsbeendigung zugestimmt hat. Davon hängt ab, ob von einem Vertragsbruch im Sinne des § 124 b GewO ausgegangen werden kann. Dennoch ist die Sache nicht vor der Durchführung des Normenkontrollverfahrens an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Ein erneutes Durchlaufen des Instanzenzuges ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu vermeiden (BVerfGE 24, 119 [133 f.]).

Der Beklagte zu 1) hat sich allerdings nicht ausschließlich auf § 124 b GewO berufen, sondern hilfsweise seinen Schaden konkret berechnet. Das Landesarbeitsgericht hat diesen hilfsweise geltend gemachten Anspruch ebenfalls abgewiesen, weil die tarifliche Ausschußfrist des § 16 BRTV-Bau nicht gewahrt sei. Das kann nicht richtig sein. Durch die Geltendmachung der Entschädigung des § 124 b GewO wird jeder weitere Schadenersatzanspruch ausgeschlossen (§ 124 b Satz 3 GewO). Deshalb war der



Beklagte zu 1) gar nicht in der Lage, den Kläger zu 1) auf Ersatz der entstandenen Mehrkosten in Anspruch zu nehmen, solange er die Entschädigung nach § 124 b GewO beanspruchen wollte und die Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift nicht durch das dafür allein zuständige Bundesverfassungsgericht festgestellt ist. Deshalb muß auch insoweit zunächst das konkrete Normenkontrollverfahren durchgeführt werden.

4. Die vorliegenden Fälle geben dem Senat keine Veranlassung, die von den Hamburger Arbeitsgerichten aufgeworfene Frage zu erörtern, ob der personelle Geltungsbereich des § 124 b GewO so willkürlich abgegrenzt ist, daß ein Verstoß gegen Art. 3 GG vorliegt. Dem Arbeitsgericht Hamburg ist zuzugeben, daß der Geltungsbereich der Vorschrift außerordentlich unübersichtlich wirkt und in manchen Einzelheiten kaum verständlich erscheint (vgl. auch Beuthien, BB 1973, 92 [94] und Neumann AuR 1969, 16 [163]). Diese Zweifel ergeben sich jedoch nicht aus der Vorschrift selbst und ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich, sondern erst durch eine Vielzahl schwer überschaubarer Verweisungen. Daß für Arbeiter in gewerblichen Kleinbetrieben eine besonders einfache Sanktion bei Vertragsbrüchen gelten soll und sinnvoll sein kann, war nie zweifelhaft. Jedenfalls erscheint eine Sonderregelung insoweit nicht willkürlich. Alle drei Ausgangsverfahren betreffen Fälle, in denen Arbeiter in gewerblichen Kleinbetrieben vertragsbrüchig wurden. Ob und inwieweit auch andere Gruppen von Arbeitnehmern von § 124 b GewO erfaßt werden, ist für ihre Beurteilung unerheblich.

Dr. Dieterich

Dr. Gehring

Schaub

Jahnz

Dr. Bermel

