



Rheinische Fachhochschule Köln
University of Applied Sciences

ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Skript

VORLESUNGSUNTERLAGEN 4. FS WII
ASS. JUR., DIPL. FINANZWIRTIN GESCHE MOORKAMP
RHEINISCHE FACHHOCHSCHULE KÖLN GGBH
STAND: JANUAR 2013

Inhalt

1. Gliederung und Rechtsquellen des Arbeitsrechts	5
1.1. Einteilung des Arbeitsrechtes	5
1.2. Rangfolge der Rechtsquellen	5
1.2.1 Grundsatz: Rangprinzip	6
1.2.2 Ausnahme: Günstigkeitsprinzip.....	6
1.3. Erläuterung der einzelnen Rechtsquellen	7
1.3.1 Supranationales Recht.....	7
1.3.2 Grundgesetz	7
1.3.3 Bundes- und Landesgesetze	7
1.3.4 Tarifvertrag (TV).....	8
1.3.5 Betriebsvereinbarung (BV).....	9
1.3.6 Arbeitsvertrag (AV)	9
1.3.7 Betriebliche Übung und arbeitsrechtl. Gleichbehandlungsgrundsatz	10
1.3.8 Direktionsrecht bzw. Weisungsrecht des AG	13
1.4 Kurzkontrolle	14
2. Der Arbeitnehmerbegriff	15
2.1 Definition Arbeitnehmer.....	15
2.2 Arbeitnehmerähnliche Person.....	17
2.3 Abgrenzung Arbeiter und Angestellte	18
2.4 Leitende Angestellte	18
2.5 Arbeitgeber	19
2.6 Kurzkontrolle	19
3. Begründung und Mängel des Arbeitsverhältnisses	20
3.1 Die Ausschreibung von Arbeitsplätzen.....	20
3.1.1 Kein Verstoß gegen das AGG.....	20
3.1.2 Eignung des Arbeitsplatzes für schwerbehinderte Personen.....	21
3.1.3 Ausschreibung von Teilzeitarbeitsplätzen	21
3.1.4 Fragerecht im Vorstellungsgespräch	22
3.1.5 Ersatz von Vorstellungskosten.....	22
3.1.6 Beteiligung des Betriebsrates	22
3.2 Der Arbeitsvertrag	23
3.2.1 Formerfordernisse.....	23
3.2.2 Besondere Arbeitsverhältnisse	24
3.3 Mängel des Vertragsschlusses	25
3.3.1 Geschäftsfähigkeit	25

3.3.2	Anfechtung von Arbeitsverträgen	26
3.2.3	Faktisches Arbeitsverhältnis	30
3.3	Kurzkontrolle	31
4.	Inhalt des Arbeitsverhältnisses	32
4.1	Pflichten des AN	32
4.1.1	Hauptpflicht: Arbeitspflicht, § 611 I BGB	32
4.1.2	Nebenflichten	32
4.1.3	Folge von Pflichtverletzungen	34
4.2	Pflichten des AG	35
4.2.1	Hauptpflicht: Lohnzahlungspflicht	35
4.2.2	Nebenflichten des AG	37
4.2.3	Folge von Pflichtverletzungen	40
4.3	Kurzkontrolle	41
4.4	Lohn ohne Arbeit	42
4.4.1	Vorab zum Verständnis:	42
4.4.2	Grundsatz: „Ohne Arbeit kein Lohn“	43
4.4.3	Ausnahme „Lohn ohne Arbeit“	43
4.5	Haftung im Arbeitsrecht	49
4.5.1	Haftung des AN gegenüber dem AG, AGL §§ 280, 823 BGB	49
4.4.2	Haftungsbeschränkung im Arbeitsrecht	49
4.5.3	Haftung des AN gegenüber Dritten, AGL § 823 (1) BGB	50
4.5.4	Haftung für Arbeitsunfälle nach SGB VII und BGB	51
4.6	Kurzkontrolle	52
5.	Beendigungsgründe eines Arbeitsverhältnisses	53
5.1	Die ordentlichen Kündigung	54
5.1.1	Kündigung durch den AN	54
5.2.2	Kündigung durch den AG	54
5.2.3	Kündigungsgründe nach dem Kündigungsschutzgesetz	56
5.2.4	Prüfungsschema für die ordentliche AG-seitige Kündigung	60
5.2	Die außerordentliche (fristlose) Kündigung, § 626 BGB	62
5.3	Kündigungsschutzklage	63
5.3.1	Zulässigkeit	63
5.3.2	Begründetheit	63
5.4	Kurzkontrolle	64
6.	Kollektives Arbeitsrecht	65
6.1	Koalitionsrecht	65

6.2 Tarifvertragsrecht.....	66
6.2.1 Inhalt des Tarifvertrages:	66
6.2.2 Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen:	67
6.2.3 Tarifautonomie	67
6.2.4 Tarifgebundenheit	67
6.2.5 Günstigkeitsprinzip.....	67
6.2.6 Ablauf des TV	67
6.3 Arbeitskampfrecht.....	68
6.3.1 Streik.....	68
6.3.2 Aussperrung.....	69
6.3.3 Rechtsfolgen der Aussperrung.....	70
6.4 Betriebsverfassungsrecht	70
6.4.1 Anwendungsbereich des BetrVG	70
6.4.2 Der Betriebsrat.....	71
6.4.3 Aufgaben des BR:.....	72
6.4.4 Allg. Übersicht über die Aufgaben des BR:.....	72

1. Gliederung und Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Im Arbeitsrecht gibt es kein einheitliches „Arbeitsgesetzbuch“. Neben den arbeitsrechtlichen Normen im BGB (z.B. § 611 BGB Dienstvertrag) gibt es viele einzelne Gesetze, die für das Arbeitsrecht relevant sind, wie z.B. das Teilzeit- und Befristungsgesetz, das Kündigungsschutzgesetz, das Familienpflegezeitgesetz etc.

Die für diese Vorlesung erforderlichen Gesetze bzw. deren Auszüge können der dtv-Ausgabe „Arbeitsgesetze“ entnommen werden.

1.1. Einteilung des Arbeitsrechtes

Das Arbeitsrecht wird in **Individualarbeitsrecht** und **kollektives AR** eingeteilt.

Das Individualarbeitsrecht regelt die Rechtsbeziehungen zwischen dem Arbeitgeber (AG) und dem Arbeitnehmer (AN), insbesondere Entstehung, Inhalt, Störungen, Übergang und Beendigung von Arbeitsverhältnissen.

Das kollektive AR regelt die Rechtsbeziehungen der arbeitsrechtlichen Koalitionen und Belegschaftsvertretungen zu ihren Mitgliedern sowie zu ihren „Gegenspielern“. Dazu gehört insbesondere das Koalitions-, Arbeitskampf-, Tarifvertrags-, Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrecht.

Der Schwerpunkt der arbeitsrechtlichen Regelungen liegt insgesamt im Privatrecht. Obwohl im Arbeitsrecht auch einige öffentlich-rechtliche Vorschriften gelten, wird das AR daher im System des Privatrechts gesehen.

Ein Arbeitsvertrag ist ein privatrechtlich geschlossener Vertrag zwischen zwei Parteien, dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer. Es gelten die allgemeinen Regelungen des BGB, d.h. der Vertrag wird durch zwei gleichlautende Willenserklärungen (Angebot und Annahme) geschlossen. Gesetzlich geregelt ist der Arbeitsvertrag als Sonderform des Dienstvertrages in § 611 BGB. Dies wird auch durch die Formulierungen der §§ 621, 627 BGB erkennbar („Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist“). Nach § 611 BGB ist der Arbeitnehmer verpflichtet, die versprochenen Dienste (Arbeit) zu leisten, der Arbeitgeber muss im Gegenzug die versprochene Gegenleistung (Lohn) zahlen.

1.2. Rangfolge der Rechtsquellen

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis abzuleiten: den Arbeitsvertrag, einen Tarifvertrag, eine Betriebsvereinbarung, das Gesetz, betriebliche Übung oder Gleichbehandlungsgrundsatz etc.

Im Folgenden sind die Rechtsquellen (= Anspruchsgrundlagen) des Arbeitsrechts entsprechend ihrer Rangstufe aufgeführt.

1.2.1 Grundsatz: Rangprinzip

Grundsätzlich geht die ranghöhere der rangniedrigeren Regelung vor. Daraus ergibt sich die nachstehende normale Rangfolge, falls Arbeitsbedingungen in verschiedenen, miteinander konkurrierenden Rechtsquellen unterschiedlich geregelt sind.



1.2.2 Ausnahme: Günstigkeitsprinzip

Das Rangprinzip gilt allerdings nicht, wenn eine rangniedrigere Anspruchsgrundlage günstiger für den Arbeitnehmer ist.

Zu Gunsten des AN kann somit aufgrund des „Günstigkeitsprinzips“ z.B. von einer gesetzlichen Regelung (ranghöher) durch den Arbeitsvertrag (AV = rangniedriger) abgewichen werden.

Zu Lasten des AN kann nur dann von einer ranghöheren Regelung abgewichen werden, wenn diese „dispositiv“, d.h. auch zum Nachteil des AN abänderbar ist. Da Arbeitsrecht vor allem als „Arbeitnehmerschutzrecht“ zu begreifen ist, sind die gesetzlichen Regelungen idR zwingend und nicht dispositiv.

Bsp. für eine tarifdispositive Norm: § 622 (4) BGB. Von den gesetzlichen Kündigungsfristen kann (auch zu Ungunsten des AN) durch Tarifvertrag (TV) abgewichen werden.

Rechtlich geregelt ist das Günstigkeitsprinzip nur in § 4 (3) TVG, nach hM ist es jedoch insgesamt anwendbar.

1.3. Erläuterung der einzelnen Rechtsquellen

1.3.1 Supranationales Recht

Zum supranationalen Recht gehören insbesondere das Europarecht, aber auch allgemeine völkerrechtliche Verträge wie z.B. die Europäische Menschenrechtskonvention.

Großen Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht haben die erlassenen EU-Richtlinien. Diese sind nicht unmittelbar anwendbar, verpflichten jedoch die Mitgliedsstaaten zur Umsetzung in nationales Recht.

So beruht z.B. das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) auf vier EU-Richtlinien.

Hinweis: Auch die Rechtsprechung des EuGH hat in der Praxis entscheidenden Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht, auch wenn es sich bei Rechtsprechung um keine Rechtsquelle handelt (verbindlich immer nur zwischen den beiden streitenden Parteien).

1.3.2 Grundgesetz

Auf arbeitsvertragliche Regelungen und einseitige Maßnahmen des AG finden die Grundrechte nach h.M. nur eine mittelbar Anwendung. (Ausnahme Art. 9 (3) GG: Das Recht auf Koalitionsfreiheit hat unmittelbare Wirkung¹). Die Grundrechte wirken sich jedoch mittelbar aus, indem sie bei der Auslegung privatrechtlicher Generalklauseln (z.B. §§ 138, 242, 315 BGB) zu berücksichtigen sind.

Arbeitsrechtlich relevant sind insbesondere:

- Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 (1) i.V.m. Art. 1 (1) GG
- Der Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 GG
- Die Berufsfreiheit, Art. 12 GG

1.3.3 Bundes- und Landesgesetze

Die meisten arbeitsrechtlichen Gesetze sind Bundesgesetze. Länderunterschiedliche Normen findet man vor allem hinsichtlich der Feiertagsregelungen und im Sonder- und Bildungsurlaubsrecht.

- zwingende Gesetze sind insbes. die **Arbeitnehmerschutzgesetze**, zB KSchG, MuSchG, EFZG (vgl. § 12), §§ 1, 2, 3 I BUrlG (vgl. § 13 I S. 1).
- Rechtsverordnungen (Gesetze im materiellen Sinne, die aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage von der Exekutive erlassen wurden) sind

¹ Daher darf z.B. ein AG die Einstellung eines AN nicht von dessen Gewerkschafts Austritt abhängig machen.

dem Gesetz im formellen Sinne untergeordnet. Sie sind in diesem Skript nicht als eigene Rangstufe aufgeführt, da sie im Arbeitsrecht eine eher untergeordnete Rolle spielen. Bsp. für RechtsVO: ArbeitsstättenVO, die Verordnungen zum ArbSchG und die MutterschutzrichtlinienVO.

Normen, die dem Schutz des AN dienen, sind grundsätzlich nicht dispositiv. Normen können jedoch zwingend im Hinblick auf Arbeitnehmerschutz sein, wohingegen zu Gunsten des AN von ihnen abgewichen werden kann (s.o.: Günstigkeitsprinzip).

Beispiel BUrlG: Der Mindesturlaub von 24 Werktagen ist zwingend und darf nicht unterschritten werden. Eine Vereinbarung über mehr Urlaubstage ist jedoch möglich. Zu Gunsten des AN ist die Norm somit dispositiv.

1.3.4 Tarifvertrag (TV)

Tarifverträge können nur von den Gewerkschaften einerseits und den Arbeitgeberverbänden oder einem einzelnen Arbeitgeber andererseits abgeschlossen werden = den tariffähigen Parteien, vgl. § 2 TVG. Nach § 1 Abs. 3 TVG muss ein formgültiger TV schriftlich geschlossen werden. Grundsätzlich gelten TV nur für die Mitglieder der betreffenden Gewerkschaft und die Mitglieder des betreffenden Arbeitgeberverbandes bzw. den einzelnen Arbeitgeber, die einen Tarifvertrag abgeschlossen haben.

Der Tarifvertrag besteht aus einem schuldrechtlichen und einem normativen Teil.

- Der schuldrechtliche Teil regelt die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien (vgl. § 1 Abs. 1 TVG), deren Verletzung zB schuldrechtliche Ansprüche auf Erfüllung oder auf Schadensersatz oder eine fristlose Kündigung zur Folge haben können. Die beiden wichtigsten schuldrechtlichen Pflichten sind die „Friedenspflicht“ und die „Einwirkungs- bzw. Durchführungspflicht“.

Da der schuldrechtliche Teil im Wesentlichen die Tarifvertragsparteien bindet, ist er hinsichtlich des Individualarbeitsrechts (Schwerpunkt dieser Veranstaltung) weitestgehend unbeachtlich.

- Im normativen Teil enthält der TV nach § 1 (1) TVG Rechtsnormen (= Wirkung wie Gesetze) die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können. Die Wirkung dieses normativen Teils legt § 4 Abs. 1 S. 1 TVG fest: Die Rechtsnormen des TV regeln *unmittelbar und zwingend* die einzelnen Arbeitsverhältnisse zwischen den Mitgliedern der Tarifvertragsparteien, dh. zwischen gewerkschaftlich gebundenen AN und AG, die entweder selbst Tarifpartei sind oder Mitglied eines tarifschließenden Verbandes sind.

Der Bundesarbeitsminister kann gem. § 5 (1) TVG einen TV unter bestimmten Voraussetzungen für allgemeinverbindlich erklären: Allgemeinverbindliche Tarifverträge gelten für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer einer Branche, also auch für AG bzw. AN, die eigentlich nicht Tarifvertragspartei sind, d.h. die nicht gem. § 3 (1) TVG tarifgebunden sind.

Hinweis: In einem Einzelarbeitsvertrag – auch wenn die Vertragspartner nicht tarifgebunden sind – kann auf die Bestimmungen eines Tarifvertrages verwiesen werden. Dann gelten die Bestimmungen des Tarifvertrages für das betreffende Arbeitsverhältnis aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarung.

Wendet der Arbeitgeber den Tarifvertrag ohne Vorbehalt auch auf die nicht Organisierten seines Betriebes an, kann ein Anspruch für diese durch betriebliche Übung entstehen.

Nach Beendigung des TV (zB durch Zeitablauf) gelten die TV-Normen kraft Nachwirkung (§ 4 V TVG) zwar weiter, sind aber nicht zwingend (= dispositives Recht, wenn keine andere Regelung getroffen wurde). Die schuldrechtlichen Vereinbarungen entfallen.

1.3.5 Betriebsvereinbarung (BV)

Betriebsvereinbarungen werden zwischen einem Arbeitgeber und dem Betriebsrat seines Betriebes geschlossen, vgl. § 77 BetrVG. Sie müssen von den beiden Parteien gemeinsam beschlossen und schriftlich niedergelegt werden.

Betriebsvereinbarungen gelten als „Gesetz des Betriebs“ gem. § 77 (4) BetrVG ebenfalls unmittelbar und zwingend. Kommt zwischen AG und BR keine Einigung zustande, wird sie in gesetzlich vorgesehenen Fällen (zB § 87 (2) BetrVG) durch Spruch der Einigungsstelle ersetzt (§ 87 (2) BetrVG).

Die §§ 77 III, 87 I BetrVG enthalten für BV eine Regelungssperre zugunsten der Tarifautonomie. Nach h.M. hat aber § 87 (1) BetrVG Vorrang vor § 77 (3) BetrVG, so dass im Anwendungsbereich des § 87 (1) BetrVG (Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten) nur ein bestehender TV eine BV ausschließt. BV gelten für alle AN des Betriebes mit Ausnahme der leitenden Angestellten. Nach Zeitablauf der BV haben gem. § 77 (6) BetrVG grds. nur die Regelungen einer erzwingbaren BV weiterhin Geltung.

1.3.6 Arbeitsvertrag (AV)

Der Arbeitsvertrag ist eine Sonderform des Dienstvertrages, § 611 BGB, d.h. jeder Arbeitsvertrag ist immer ein Dienstvertrag, wohingegen nicht jeder Dienstvertrag auch ein Arbeitsvertrag ist.

Der Arbeitsvertrag kommt, wie jeder Vertrag, durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande.

• **Unterscheidung zum Werkvertrag:** Beim Werkvertrag wird ein bestimmter Erfolg versprochen, zB die Fertigstellung eines Hauses, wohingegen beim Dienstvertrag nur die „Leistungen der versprochenen Dienste“ – also kein Erfolg – versprochen wird.

- **Der Arbeitsvertrag unterliegt keiner Form**, er kann schriftlich, mündlich oder auch konkludent (durch schlüssiges Verhalten) geschlossen werden.

Falls der Arbeitsvertrag nicht ausgehandelt wird, sondern der AG Einheitsregelungen in vorformulierten Verträgen verwendet, unterliegen diese der Kontrolle durch die AGB, vgl. § 310 Abs. 4 BGB, wonach die §§ 305ff BGB auch auf Arbeitsverträge anwendbar sind.

- Der AG ist bei mündlich geschlossenen AV gem. **§ 2 (1) NachweisG** verpflichtet, die wesentlichen Vertragsgrundlagen (sog. essentialia negotii, Begriff nicht merken) binnen Monatsfrist schriftlich niederzulegen.
(Hinweis: Diese schriftliche Niederlegung ersetzt nicht den tatsächlichen Vertragsschluss)

1.3.7 Betriebliche Übung und arbeitsrechtl. Gleichbehandlungsgrundsatz

Weder die betriebliche Übung noch der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz sind gesetzlich normiert, sondern haben sich insbesondere aus der Rechtsprechung entwickelt.

1.3.7.1 Betriebliche Übung

Def.: ⇒ Regelmäßige Wiederholung
⇒ einer freiwilligen Verhaltensweise (tatsächliche Übung).



⇒ Die betriebliche Übung ist eine (außergesetzliche) Anspruchsgrundlage. Dies wird zwar von Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich begründet, beide Ansichten kommen jedoch zu dem Schluss, dass aufgrund ständiger betrieblicher Übung Ansprüche des Arbeitnehmers auf zuvor freiwillige Leistungen des Arbeitgebers entstehen können.

- Vertragstheorie des BAG: Die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen durch den AG stellt ein (konkludentes) Vertragsangebot dar [= Angebot durch schlüssiges Verhalten des AG, das der AN angenommen hat].
- Vertrauenshaftungstheorie der Lit.: Durch die regelmäßige Wiederholung der zunächst freiwilligen Verhaltensweise vertraut der AN nach einiger Zeit auf die betriebliche Übung. Ein Abbrechen mit der Übung würde gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen.

⇒ Eine betriebliche Übung durch regelmäßige Wiederholung eines bestimmten Verhaltens entsteht **nicht**:

- bei Vorbehalt der Freiwilligkeit
- bei „Doppelter Schriftformklausel“



Typisches Beispiel für einen Anspruch des AN aus betrieblicher Übung ist das Weihnachtsgeld. Wenn keine Verpflichtung des Arbeitgebers auf Zahlung von Weihnachtsgeld besteht (weder aus einzel- noch aus kollektivvertraglicher Vereinbarung) und der AG dennoch ohne Freiwilligkeitsklausel Weihnachtsgeld auszahlt, entsteht (nach dreimaliger Auszahlung) ein Anspruch des AN darauf.

Freiwilligkeitsvorbehalt

Freiwilligkeitsvorbehalte verhindern das Entstehen eines Anspruches aus betrieblicher Übung. Sie müssen jedoch eindeutig formuliert sein, sonst ist der Vorbehalt unwirksam, vgl. § 305 (2) BGB.

Nach neuerer Rechtsprechung können Vergütungsbestandteile, die als Gegenleistung für die Arbeitsleistung gezahlt werden (Bsp. Provisionen und Leistungszulagen), nicht (mehr) unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden.

Bei anderen Sonderleistungen wie z.B. Weihnachts- und Urlaubsgeld sind Freiwilligkeitsvorbehalte jedoch weiterhin möglich.

In der Praxis werden Freiwilligkeitsvorbehalte häufig mit Widerrufsvorbehalten vermischt, so dass es zu Auslegungsschwierigkeiten kommen kann (Bsp.: „freiwillige, jederzeit widerrufbare Leistung“).

Daher kurz zur Erläuterung: Ein Freiwilligkeitsvorbehalt soll das Entstehen des Anspruches verhindern. Ein Widerrufsvorbehalt geht von einem entstandenen Anspruch aus, der aber bei Vorliegen von im Vertrag benannten sachlichen Gründen wieder beseitigt werden kann. Im Zweifel dürfte von einem Widerrufsvorbehalt auszugehen sein.

Doppelte Schriftformklausel

Eine betriebliche Übung kann auch ausgeschlossen werden, wenn der Vertrag mit einer „doppelten Schriftformklausel“ versehen ist. Das bedeutet, dass Ergänzungen des Arbeitsvertrages schriftlich erfolgen müssen und die Schriftformklausel nicht mündlich wieder aufgehoben werden kann.

Hinweis: Individuelle Vertragsabreden haben gem. § 305 b BGB Vorrang vor AGB und können daher nicht wirksam von einer Schriftformklausel umfasst werden. Die formularmäßig verwendete doppelte Schriftformklausel darf daher nicht zu allgemein gefasst werden, da sie ansonsten insgesamt nicht gültig wäre.

Bsp. für eine wirksame doppelte Schriftformklausel: Änderungen des Vertrages durch individuelle Abreden sind formlos gültig. Im Übrigen bedürfen Vertragsänderungen der Schriftform. Die Aufhebung dieser Schriftformklausel ist ebenfalls nur schriftlich möglich.

Eine „betriebliche Übung“ ist gerade keine individuelle Absprache, so dass ihr Entstehen durch eine doppelte Schriftformklausel wirksam ausgeschlossen werden kann.

Beseitigung einer einmal entstandenen betrieblichen Übung

Eine betriebliche Übung kann nur durch eine einverständliche Vertragsänderung beseitigt werden, ggf. (bei Vorliegen der Voraussetzungen) auch durch eine Änderungskündigung. Die früher in der Rechtsprechung anerkannte sogenannte „Umkehrübung“² wurde mit Hinweis auf § 308 Abs. 5 BGB ausdrücklich aufgegeben³.

1.3.7.2 Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist ebenfalls eine echte Anspruchsgrundlage im Arbeitsrecht. Früher wurde er aus Art. 3 GG hergeleitet, mittlerweile muss hierauf nicht mehr Bezug genommen werden, da er sich als feststehender Begriff eingebürgert hat.

Durch die Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) hat der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in der Praxis deutlich an Bedeutung verloren. Wenn eine Ungleichbehandlung bereits im AGG geregelt ist, hat dieses als spezielleres Gesetz Vorrang vor den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz führt dazu, dass ein AN Ansprüche gegen den AG haben kann, wenn dieser den AN ohne objektiven Grund schlechter als die vergleichbaren AN behandelt.

Bsp: AG zahlt an alle AN eine einmalige „Sonderprämie“, nur nicht an AN A (weil A`s neues Auto mehr PS hat als das vom AG). Aus Vertrag hat A keinen Anspruch auf die Prämie, weil es sich um eine freiwillige Leistung handelt. Da es sich um eine erstmalige Zahlung handelt, kann auch kein Anspruch aus betrieblicher Übung hergeleitet werden. Aber der AG verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz⁴. Die Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt, weil keine objektiven Gründe dafür vorliegen. Ergebnis: A hat einen Anspruch auf die Sonderprämie aus Gleichbehandlungsgrundsatz.

Voraussetzungen Gleichbehandlungsgrundsatz:

- ⇒ Maßnahme unterliegt der **einseitigen** Gestaltungsmacht des AG (d.h. ist freiwillig)
- ⇒ ist **generell motiviert** und wird **generell durchgeführt** (Regelhaftigkeit)



² Mit Urteil vom 18.03.2009, (Az. 10 AZR 281/08) entschied der BGH, dass die zuvor anerkannte sogenannte „Umkehrübung“ oder „gegenläufige betriebliche Übung“ nicht mehr den Verlust der zuvor entstandenen betrieblichen Übung bewirken kann. Zuvor konnte ein AG, der z.B. Weihnachtsgeld jahrelang ohne Freiwilligkeitsvorbehalt ausgezahlt hatte, durch dreimalige Auszahlung mit Freiwilligkeitsvorbehalt die betriebliche Übung beenden, wenn die AN nicht widersprochen hatten.

³ BAG NZA 2009, 601.

⁴ Das AGG ist nicht anwendbar, weil diese Ungleichbehandlung nicht in § 1 AGG geregelt ist.

Rechtsfolge:

⇒ **sachwidrige** (willkürliche) **Ungleichbehandlung** einzelner AN ist **nicht erlaubt** bzw. führt zu einem Anspruch des AN auf Gleichbehandlung (= Anspruchsgrundlage: „arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz“).

Eine Ungleichbehandlung ist jedoch möglich, wenn **objektiv trennbare Gruppen** gebildet werden können.

Hinweis 1: Von der Rechtsprechung anerkannt ist die Einführung einer Stichtagsregelung (objektiv trennbare Gruppe(n), innerhalb derer der AG gleichbehandeln muss).

Hinweis 2: wenn bereits eine betriebliche Übung bejaht worden ist, kann die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht in Betracht kommen, da dann die Maßnahme nicht mehr der einseitigen Gestaltungsmacht des AG unterliegt.

1.3.8 Direktionsrecht bzw. Weisungsrecht des AG

Die Art der Arbeit bestimmt sich zunächst aus dem Arbeitsvertrag und wird durch das „Direktionsrecht“ bzw. das „Weisungsrecht“ des AG näher konkretisiert. Dieses Weisungsrecht des Arbeitgebers ist (mittlerweile) in **§ 106 GewO** normiert.

Das Weisungsrecht umfasst:

- Die Art der Tätigkeit und ihre Ausführung,
- das Verhalten des AN im Betrieb,
- den Ort der Arbeitsleistung,
- die zeitliche Lage der Tätigkeit

Eingeschränkt wird das Direktionsrecht vor allem durch § 106 GewO selbst:

Das Weisungsrecht unterliegt als einseitiges Leistungsbestimmungsrecht dem „billigen Ermessen“.

Eine Weisungsbefugnis des AG besteht nicht, wenn bereits Regelungen im Arbeitsvertrag, einer Betriebsvereinbarung, im Tarifvertrag oder im Gesetz bestehen.

Beispiel: Gem. §§ 95 (3), 99 BetrVG ist bei Versetzungen die Zustimmung des Betriebsrates erforderlich.

1.4 Kurzkontrolle

1. Was ist ein Arbeitsvertrag? Wo ist dieser im Gesetz normiert?
2. Was unterscheidet einen Arbeitsvertrag von einem Werkvertrag?
3. Erklären Sie kurz den Unterschied zwischen Rang- und Günstigkeitsprinzip
4. Was ist ranghöher: Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag?
5. Was ist ranghöher: betriebliche Übung oder Direktionsrecht des AG?
6. Zwischen wem gilt grds. ein Tarifvertrag?
7. Ein TV besteht aus zwei Teilen. Welchen?
8. Definieren Sie die Anspruchsgrundlage betriebliche Übung.
9. Wie kann der AG vermeiden, dass eine betriebliche Übung entsteht?
10. Wie kann eine einmal entstandene betriebliche Übung wieder rückgängig gemacht werden?
11. Definieren Sie die Anspruchsgrundlage arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz
12. Wo ist das Direktionsrecht des AG im Gesetz normiert?

2. Der Arbeitnehmerbegriff

Der Begriff des Arbeitnehmers wird im Gesetz zwar häufig verwendet, ist aber im Gesetz nicht definiert. Ob jemand Arbeitnehmer ist, kann anhand unten stehender Definition geprüft werden.

Da Arbeitnehmer wie auch Selbständige einen Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB erfüllen, besteht die Schwierigkeit der Abgrenzung vor allem bei der Frage, ob eine Person selbständig oder unselbständig Dienstleistungen erbringt.

2.1 Definition Arbeitnehmer

Arbeitnehmer ist, wer...

- aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages
- für einen anderen
- [• gegen Entgelt]
- unselbständige
 - ⇒ weisungsgebunden (Ort, Zeit, Dauer, Art und Weise)
 - ⇒ in den Betrieb eingegliedert
- Arbeit leistet.



1.) Privatrechtlicher Vertrag

Es muss ein privatrechtlicher Vertrag vorliegen. Um was für einen Vertragstyp es sich genau handelt, ist in diesem Teil der Prüfung noch unerheblich, der Prüfungspunkt dient insbesondere der Abgrenzung zum öffentlichen Recht. Maßgeblich ist daher lediglich, dass es sich um einen zivilrechtlichen Vertrag handelt.

Keine AN sind insbesondere Beamte, Richter, Soldaten (= öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung bzw Dienst- und Treueverhältnis ggü Staat, vgl. BeamtenG, DRiG, SoldG), die Arbeit von Strafgefangenen und sogenannten „1 €-Jobbern“.

2.) für einen anderen

Fremdnützige Tätigkeit, also keine Tätigkeit für sich selbst.

Bsp. für Leistung für sich selbst: Arbeitsleistung eines Gesellschafters einer GbR zum Zwecke der Förderung des gemeinschaftlichen Zweckes der GbR gem. § 706 (3) BGB aufgrund eines Gesellschaftsvertrages.

3.) gegen Entgelt

Die Dienste müssen entgeltlich (vgl. § 611 BGB: Vergütung = Arbeitslohn) erfolgen. Abgrenzung zum Auftrag iSd § 662 BGB, der eine unentgeltliche Dienstleistung voraussetzt.

Es ist streitig, ob ein Arbeitsvertrag in besonderen Ausnahmefällen trotz Unentgeltlichkeit vorliegen kann, nach h.M. (+) [in Klausur immer entgeltlich und somit unproblematisch].

Hinweis: **Keine Voraussetzung** für die Arbeitnehmereigenschaft ist eine wirtschaftliche Abhängigkeit des AN. Auch der Lottomillionär bleibt AN, solange er seinen Arbeitsvertrag nicht kündigt.

4.) Unselbständigkeit der Dienstleistung

Der Dienstverpflichtete ist nur dann AN, wenn er nicht Selbständiger ist. Entscheidend ist nicht die wirtschaftliche, sondern die **persönliche Abhängigkeit** (Unselbständigkeit) vom Dienstherrn.

Ausgangspunkt für die Abgrenzung ist § 84 (1) S. 2 HGB, der insoweit eine allgemeine gesetzgeberische Wertung enthält.

→ Danach ist Selbständig, wer im wesentlich frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann [=Weisungsgebundenheit].

Die Rechtsprechung hat hieraus zwei wesentliche Kriterien für die persönliche Abhängigkeit eines AN entwickelt:

Unselbständigkeit = Persönliche Abhängigkeit des AN

- a.) Der AN ist **weisungsgebunden** bezüglich Ort, Zeit, Dauer sowie Art und Weise der Tätigkeit
- b.) Der AN ist **in den Betrieb eingegliedert**.



Unter Beachtung **aller Umstände des Einzelfalles** ist anschließend zu entscheiden, ob die betreffende Person unselbständig ist oder nicht. Die Abwägung erfolgt nach den tatsächlichen Verhältnissen und nicht nach Parteiwillen, denn sonst könnten Arbeitnehmerschutzrechte z.B. durch Bezeichnung eines Vertrages als „Freier Mitarbeitervertrag“ unterlaufen werden.

5.) „Arbeit leistet“

= Abgrenzung Dienstvertrag von anderen Vertragsformen, insbesondere Werkvertrag
⇒ Dienste (=Arbeit) als solche müssen geschuldet werden. Nicht geschuldet wird der Erfolg der Arbeit (dann: Werkvertrag § 631 BGB)

2.2 Arbeitnehmerähnliche Person

Arbeitnehmerähnliche Personen erfüllen alle Kriterien eines Arbeitnehmers bis auf die persönliche Abhängigkeit. Sie sind daher zwar persönlich Selbständig [= nicht weisungsgebunden], aber wirtschaftlich abhängig, denn sie schulden ihre gesamte Arbeitskraft oder zumindest den Hauptteil ihrer Arbeitskraft einem Auftraggeber.

Die Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts gelten für arbeitnehmerähnliche Personen grundsätzlich nicht, teilweise ordnen Gesetze jedoch wegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit von arbeitnehmerähnlichen Personen die Anwendung des Arbeitnehmerschutzgesetzes ausdrücklich an (zB BUrlG). (Hinweis: steht i.d.R. in einem der ersten 6 Paragraphen)

Arbeitnehmerähnliche Personen werden (z.B. in § 12a TVG) definiert als

„Personen, die wirtschaftlich abhängig und
vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind“

wenn

- sie die geschuldete Leistung im Wesentlichen persönlich und
- im Wesentlichen ohne eigene Mitarbeiter erbringen und
- sie überwiegend für einen Auftraggeber tätig sind oder
 - ihnen von einem Auftraggeber durchschnittlich mehr als die Hälfte des Entgeltes zusteht, das für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt erhalten.

Unterschied zum AN: arbeitnehmerähnliche Personen sind nicht persönlich abhängig.

Wegen der Schutzbedürftigkeit aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit von einem Unternehmer finden arbeitsrechtliche Bestimmungen ausnahmsweise auch auf arbeitnehmerähnliche Personen Anwendung, wenn und soweit dies gesetzlich ausdrücklich angeordnet ist.

- Vgl.:
- §12a TVG
 - § 2 BUrlG
 - § 11 Entgeltfortzahlungsg (EFZG) [Nur auf Feiertagsbezahlung bezogen, keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, vgl. § 1 (2) EFZG]
 - § 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 ArbGG
- Gegenbeispiel: § 2 Abs. 2 ArbZG

Bsp. für arbeitnehmerähnliche Personen:

In Heimarbeit Beschäftigte und häufig (aber nicht immer!) Mitarbeiter bei Presse, Rundfunk und Fernsehen, da diese Personen ihre Leistung nur bestimmten

Unternehmen anbieten können. Es ist jedoch immer eine Einzelfallprüfung erforderlich.

Auf Vertragsverhältnisse der **in Heimarbeit Beschäftigten** finden neben dem HAG noch weitere Bestimmung Anwendung, zB § 5 Abs. 1 S. 2, § 8 Abs. 1 S. 1 BetrVG, §§ 10, 11 EFZG.

Auf Heimarbeiter wird im Rahmen dieser Vorlesung nicht weiter eingegangen.

2.3 Abgrenzung Arbeiter und Angestellte

Alle AN sind entweder Arbeiter oder Angestellte, wobei das Gesetz teilweise den Arbeitnehmerbegriff mit den gesetzlich ebenfalls nicht definierten Begriffen „Arbeiter“ und „Angestellte“ definiert, vgl. z.B. § 622 (1) BGB.

- Angestellter ist nach der maßgeblichen Verkehrsauffassung, wer kaufmännische, büromäßige oder sonst vorwiegend geistige Arbeit leistet.
- Arbeiter ist, wer überwiegend körperliche Arbeit verrichtet.

Aufgrund der heutigen beruflichen Anforderungen fällt die Entscheidung, ob jemand Arbeiter oder Angestellter ist, manchmal schwer.

Auf der Rechtsfolgenseite ist es mittlerweile unerheblich, da es keine gesetzlichen unterschiedlichen Regelungen mehr gibt (früher hatten Arbeiter z.B. kürzere Kündigungsfristen als Angestellte).

Die Unterscheidung kann noch für einige tarifrechtliche Bestimmungen von Bedeutung sein, darauf wird im Rahmen dieser Vorlesung jedoch nicht eingegangen.

2.4 Leitende Angestellte

Leitender Angestellter ist, wer spezifisch unternehmerische Aufgaben von erheblicher Bedeutung, mit erheblichem eigenem Entscheidungsspielraum wahrnimmt.

Sie nehmen eine Sonderstellung innerhalb der Gruppe der AN ein. Sie üben teilweise AGFunktionen aus, so dass nicht alle Arbeitsrechtsnormen sinnvoll auf sie angewendet werden können. Daher gelten teilweise Sonderregelungen, zB:

§ 18 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ArbZG, § 14 Abs. 2 KSchG, SprecherausschussG, vgl. § 5 Abs. 3, 4 BetrVG.

Nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG gelten Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags zur Vertretung einer juristischen Person oder Personengesamtheit berufen sind, nicht als AN iSd ArbGG.

Bsp.: Aufgrund eines Beschlusses der Gesellschafter der A-GmbH wird mit G ein Anstellungsvertrag geschlossen, G wird zum Alleingeschäftsführer der GmbH berufen.

2.5 Arbeitgeber

Arbeitgeber ist, wer mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt.

Mögliche Arbeitgeber: natürliche Personen oder juristische Personen (z.B. Aktiengesellschaft oder GmbH).

Unterschied AG / Unternehmer:

Der Unternehmer steht an der Spitze von gewerblichen Unternehmen. Keine Unternehmer sind daher zB Rechtsanwälte oder Ärzte mit Angestellten, sie können jedoch gleichwohl AG sein.

Unternehmer sind meistens auch AG, dies ist aber nicht zwingend erforderlich. Bsp.: Kioskbesitzer ohne Angestellte.

2.6 Kurzkontrolle

- 1.) Definieren Sie den Begriff des Arbeitnehmers.
- 2.) Was bedeutet „Unselbständigkeit“ im Zusammenhang mit Arbeitnehmern? Wie wird Unselbständigkeit von der Selbständigkeit abgegrenzt?
- 3.) Was ist der Unterschied zwischen Arbeitnehmern und arbeitnehmerähnlichen Personen?
- 4.) Was zeichnet einen leitenden Angestellten aus?
- 5.) Wann ist jemand Arbeitgeber?

3. Begründung und Mängel des Arbeitsverhältnisses

3.1 Die Ausschreibung von Arbeitsplätzen

Die Ausschreibung kann per Zeitungsinserat, im internet oder auf sonstige Weise erfolgen.

3.1.1 Kein Verstoß gegen das AGG

Sie darf jedoch gemäß § 11 AGG nicht gegen § 7 Abs. 1 AGG verstoßen, d.h. der AG darf nicht wegen eines der in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligen.

Benachteiligungsmerkmale i.S.v. § 1 AGG:

- Rasse
- Ethnische Herkunft
- Geschlecht
- Religion oder Weltanschauung
- Behinderung
- Alter
- Sexuelle Identität

Von diesem Grundsatz gibt es jedoch Ausnahmen:

1. So darf eine Ausschreibung eines der Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG aufweisen, wenn es sich um eine „positive Maßnahme“ i.S.v. § 5 AGG handelt, d.h. wenn dadurch bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten verhindert oder ausgeglichen werden soll.

Bsp.: Ein Unternehmen hat keine Frauen in Führungspositionen und möchte hier Frauen bevorzugt einstellen oder befördern.

2. Eine unterschiedliche Behandlung kann auch aufgrund §§ 8, 9 und 10 AGG zulässig sein. So kann gem. § 8 AGG eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der Art der Tätigkeit zulässig sein (Bsp.: Ein Bekleidungsgeschäft sucht ein männliches Unterwäschemodel). Nach §§ 9 und 10 AGG kann unter den dort genannten Voraussetzungen eine unterschiedliche Behandlung auch aufgrund der Religion oder wegen des Alters zulässig sein.

Ein Verstoß der Ausschreibung gegen § 11 AGG führt zu keinen unmittelbaren Rechtsfolgen, stellt jedoch ein Indiz gem. § 22 AGG dar, was zur Umkehr der Beweislast für einen Schadensersatzanspruch des AN gem. § 15 AGG führt.

Rechtsfolge bei Verstoß gegen das AGG: Entschädigung bzw. Schadensersatzanspruch gem. § 15 AGG:

Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot sieht § 15 (1) und (2) AGG einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung vor. Ein Anspruch auf Einstellung besteht gem. § 15 (6) AGG nicht.

Schadensersatz: Ersatz des Vermögensschadens, idR die Bewerbungskosten.

Entschädigung: für Schaden, der kein Vermögensschaden ist (\approx Schmerzensgeld). Der Anspruch auf Entschädigung ist gem. § 15 (2) bei Nichteinstellung auf drei Monatsgehälter begrenzt.

Die Ansprüche aus § 15 (1) und (2) AGG müssen gem. § 15 (4) AGG grds. innerhalb einer Frist von 2 Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Die Frist beginnt mit dem Zugang der Ablehnung. Das Klageverfahren regelt § 61b ArbGG.

Indizien, die gem. § 22 AGG zur Umkehr der Beweislast führen:

Grundsätzlich ist die Partei beweisbelastet, die sich auf einen Anspruch beruft. Die Beweisführung, dass tatsächlich ein Verstoß gegen das AGG vorliegt, ist für den AN häufig nicht besonders einfach. § 22 AGG ordnet eine Umkehr der Beweislast zu Gunsten des AN an, wenn Indizien vorliegen, die einen Verstoß des AG gegen das AGG vermuten lassen.

Bsp.: Die Stellenausschreibung ist nicht geschlechtsneutral formuliert („Chefsekretärin gesucht“, „Kfz-Mechatroniker gesucht“ etc. ohne zumindest den Zusatz m/w).

Prüfungsreihenfolge

- Liegt ein Verstoß gegen § 11 i.V.m. § 7 i.V.m. § 1 AGG vor?
- Wenn ja, war eine unterschiedliche Behandlung gem. §§ 8, 9 oder 10 AGG zulässig?
- Wenn nein: Anspruch des (nicht eingestellten) AN auf Entschädigung und Schadensersatz gem. § 15 AGG? Eine Ausschreibung, die gegen das AGG verstößt, gilt als Indiz gem. § 22 AGG, so dass den AG die Beweislast dafür trifft, dass kein Verstoß gegen das AGG vorlag.

Hinweis: Ein Anspruch auf Entschädigung und Schadensersatz gilt bei Verstößen gegen das AGG, also auch bei bereits bestehenden Arbeitsverhältnissen.

3.1.2 Eignung des Arbeitsplatzes für schwerbehinderte Personen

Eignet sich der ausgeschriebene Arbeitsplatz auch für die Besetzung mit einem schwerbehinderten Menschen, so muss gem. § 81 SGB IV (nicht in Ihrer dtv-Textausgabe enthalten, daher nicht klausurrelevant) die Agentur für Arbeit informiert werden.

3.1.3 Ausschreibung von Teilzeitarbeitsplätzen

Wenn der Arbeitsplatz auch für Teilzeitkräfte geeignet ist, muss er gemäß § 7 (1) TzBfG auch als Teilzeitarbeitsplatz ausgeschrieben werden. Falls der AG dies unterlässt, sieht das Gesetz keine Rechtsfolgen vor.

3.1.4 Fragerecht im Vorstellungsgespräch

Im Vorstellungsgespräch darf der AG nur solche Fragen stellen, an deren Beantwortung er ein billiges, schützenswertes Interesse hat. Sie dürfen sich nur auf die Eignung des AN auf die konkrete angestrebte Tätigkeit beziehen und dürfen nicht in die Privatsphäre des AN eindringen.

Einzelheiten zu diesem Thema vgl. Kapitel 3.3.2 (Anfechtung).

3.1.5 Ersatz von Vorstellungskosten

Bewerbungskosten wie Bewerbungsmappe, Lichtbild etc. müssen vom AG nicht ersetzt werden.

Lädt der AG einen potentiellen AN jedoch zum Vorstellungsgespräch ein, so hat der AN gem. § 670 BGB einen Anspruch auf Ersatz der notwendigen Auslagen wie z.B. Fahrtkosten oder Hotelübernachtung, wenn eine An- und Abreise am gleichen Tag nicht möglich sind. Nicht von der Ersatzpflicht umfasst sind Verdienstauffälle oder ggf. genommene Urlaubstage.

Hinweis: Der AG kann den Ersatz von Vorstellungskosten im Vorhinein wirksam ausschließen.

3.1.6 Beteiligung des Betriebsrates

Bei Unternehmen mit mehr als 20 wahlberechtigten AN ist gem. § 99 BetrVG vor Einstellung eines AN der Betriebsrat zu beteiligen. Dabei muss der Betriebsrat nicht nur über die geplante Einstellung unterrichtet werden, sondern es müssen auch die Bewerbungsunterlagen aller Bewerber vorgelegt und Auskünfte gegeben werden. Ohne Zustimmung des Betriebsrates darf der/die BewerberIn nicht eingestellt werden (ansonsten droht ein Zwangsgeldverfahren, § 101 BetrVG).

Der Betriebsrat (BR) darf seine Zustimmung jedoch nur dann verweigern, wenn einer der in § 99 (2) BetrVG genannten Gründe vorliegt.

Bsp. § 99 (2) Nr. 5 BetrVG: Der BR hat gem. § 93 BetrVG verlangt, dass eine Ausschreibung (auch) betriebsintern erfolgt. Unterlässt der AG eine interne Ausschreibung, handelt es sich um einen Grund i.S.v. § 99 (2) Nr. 5 BetrVG, aufgrund dessen der BR seine Zustimmung zur Einstellung verweigern kann.

Die Verweigerung muss gem. § 99 (3) BetrVG innerhalb von einer Woche schriftlich begründet werden, ansonsten gilt die Zustimmung als erteilt.

3.2 Der Arbeitsvertrag

Ein Arbeitsvertrag ist ein Dienstvertrag i.S.v. § 611 BGB und wird durch Angebot und Annahme geschlossen. Hauptleistungspflicht des AN die die Leistung der versprochenen Dienste, Hauptleistungspflicht des AG die Zahlung der vereinbarten Vergütung.

§ 612 BGB, wenn keine Vergütung vereinbart wurde

Falls eine Vergütung nicht vereinbart wurde, gilt gem. § 612 BGB die übliche Vergütung als vereinbart. Dabei können vergleichbare Löhne, Tarifverträge etc. herangezogen werden. Dies hat auch Auswirkung auf die Bezahlung von angeordneten Überstunden: Wenn im AV/BV/TV keine Einigung über etwaige Überstundenbezahlung erfolgt ist, bekommt der AN seinen durchschnittlichen Stundenlohn (lt. AV).

§ 614 BGB, Fälligkeit der Vergütung:

Falls nichts anderes vereinbart wurde (AV/BV/TV) ist der Monatslohn grundsätzlich nachschüssig, d.h. bei Monatslohnvereinbarungen am Ende des Monats auszuzahlen. Frühere Auszahlungen, zum Beispiel am Anfang oder zum 15. eines Monats (vor- oder mittelschüssig) sind möglich (Günstigkeitsprinzip).

3.2.1 Formerfordernisse

Der Abschluss eines Arbeitsvertrages (§ 611 BGB) ist grds. nicht formgebunden, d.h. er kann schriftlich, mündlich oder konkludent geschlossen werden.

Eine gesetzliche Formvorschrift befindet sich jedoch **in § 14 (4) TzBfG**: Die Abrede einer Befristung ist nur wirksam, wenn sie schriftlich erfolgt, eine mündliche Befristungsabrede ist gem. § 125 BGB nichtig. Der Arbeitsvertrag an sich bleibt hiervon unberührt.

Der AG hat nach **§ 2 NachwG** die Verpflichtung, spätestens einen Monat nach Beginn des AV die wesentlichen Vertragsgrundlagen schriftlich niederzulegen. Dies berührt jedoch nicht den Vertragsschluss an sich, sondern dient lediglich der ggf. später erforderlichen Beweiserleichterung für den AN.

Schriftformerfordernisse können jedoch durch den AV selbst begründet werden, vgl. „doppelte Schriftformklausel“ in Kapitel 1.3.7 im Zusammenhang mit der betrieblichen Übung.

Auch tarifvertraglich kann die Schriftform vorgeschrieben sein. Dies hat jedoch für die Begründung des Arbeitsverhältnisses idR rein deklaratorische Wirkung, der AV kann somit auch mündlich wirksam geschlossen werden.

Formulararbeitsverträge müssen den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff BGB) genügen. Ein Arbeitsvertrag ist ein „Verbrauchervertrag“ i.S.v. § 310 Abs. 3 BGB.

Im Arbeitsrecht gibt es keine „geltungserhaltende Reduktion“, d.h. eine Klausel, die den AN unangemessen benachteiligt, ist grds. gem. § 125 BGB nichtig.

Bsp.: Der formularmäßig geschlossene AV sieht eine Vertragsstrafe für den AN vor (kein Verstoß gegen § 309 (6) BGB). Wenn die Vertragsstrafe aber eindeutig zu hoch bemessen ist (Vergleich zum geahndeten Verstoß und Gehalt des AN), wird die Vertragsstrafe nicht geltungserhaltend auf einen angemessenen Betrag reduziert, sondern die Klausel ist insgesamt unwirksam und entfällt.

3.2.2 Besondere Arbeitsverhältnisse

3.2.2.1 Befristung

Ein AN ist befristet beschäftigt, wenn der AV auf bestimmte Zeit geschlossen wurde. Hierbei ist das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) maßgeblich.

Die Befristungsabrede unterliegt der Schriftform, § 14 (4) TzBfG, eine rein mündliche Abrede ist unwirksam.

Eine **Zeitbefristung** liegt gem. § 3 (1) TzBfG vor, wenn die Dauer kalendermäßig bestimmt ist.

Eine **Zweckbefristung** liegt gem. § 3 (1) TzBfG vor, wenn sich die Dauer aus Art, Zweck oder Beschaffenheit des AV ergeben, z.B. wenn ein Projekt fertiggestellt wird oder eine Krankheitsvertretung nicht mehr notwendig ist.

Die Befristung ist gem. § 14 (1) TzBfG grds. nur dann zulässig, wenn ein **sachlicher Grund** vorliegt. Dies kann z.B. bei vorübergehenden Bedarfen wie z.B. Spargelernte oder Projektarbeiten gegeben sein.

Ausnahmen von der Erforderlichkeit eines sachlichen Grundes sind in § 14 (2) ff TzBfG geregelt.

Nach § 14 (2) TzBfG ist die erstmalige kalendermäßige Befristung für die Dauer von bis zu zwei Jahren möglich. Innerhalb dieser zwei Jahre ist die dreimalige Verlängerung des AV möglich, d.h. die zwei Jahre können in vier (nicht notwendigerweise gleichlange) Abschnitte unterteilt werden.

Gem. § 14 (2a) TzBfG ist in den ersten vier Jahren nach Gründung eines Unternehmens eine Befristung ohne sachlichen Grund möglich.

§ 14 (3) TzBfG sieht eine erleichterte Befristung von bis zu fünf Jahren für ältere AN unter den dort genannten Voraussetzungen vor.

§ 14 TzBfG gilt nach heute herrschender Rechtsprechung auch für Kleinbetriebe, die nicht dem KSchG unterliegen.

Die **ordentliche Kündigung** ist durch eine Befristungsabrede grds. ausgeschlossen (§ 15 (3) TzBfG), kann aber vereinbart werden.

3.2.2.2 Teilzeitarbeitskräfte

Teilzeitbeschäftigt ist gem. § 2 (1) TzBfG ein AN, dessen regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als die eines vergleichbaren AN. Sie dürfen gem. § 5 TzBfG nicht wegen der Wahrnehmung ihrer Rechte aus dem TzBfG benachteiligt werden.

§ 8 TzBfG enthält einen Anspruch des AN auf Teilzeit. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn dringende betriebliche Gründe des AG dagegen sprechen.

3.2.2.2 Aushilfsarbeitsverhältnisse

Aushilfsarbeitsverhältnisse können befristet und unbefristet geschlossen werden. Dauert es nicht länger als 3 Monate (z.B. während der Semesterferien), kann die Kündigungsfrist einzelvertraglich gem. § 622 (5) BGB verkürzt werden.

Der Urlaubsanspruch besteht erst ab einer Wartezeit von 6 Monaten. Sollte das AushilfsAV vorher enden besteht ein Teilurlaubsanspruch von 1/12 für jeden vollen Monat (§ 5 (1) BurlG).

3.3 Mängel des Vertragsschlusses

Ein Arbeitsvertrag wird durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen geschlossen (§§ 145ff BGB, Angebot und Annahme).

Falls eine dieser Willenserklärungen nichtig ist, z.B. wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit oder aufgrund einer wirksamen Anfechtung, ist der gesamte Arbeitsvertrag nichtig.

3.3.1 Geschäftsfähigkeit

Die allgemeinen Regelungen (§§ 104 – 112 BGB) über die Geschäftsfähigkeit sind in der dtv-Ausgabe ArbG nicht abgedruckt und daher nicht klausurrelevant.

Für minderjährige AN gilt § 113 BGB: Ermächtigt der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen eine Arbeitsstelle anzunehmen, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, die die Eingehung und Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art betreffen.

§ 113 BGB gilt nicht für Ausbildungsverhältnisse.

3.3.2 Anfechtung von Arbeitsverträgen

Die Anfechtung ist in den §§ 119ff BGB geregelt (allgemeiner Teil des Schuldrechts). Hiernach ist es möglich, seine abgegebene Willenserklärung unter bestimmten Voraussetzungen anzufechten mit der Folge, dass bei zweiseitigen Verträgen eine der beiden erforderlichen Willenserklärungen fehlt.

Nach allgemeiner Auffassung ist auch im Arbeitsrecht eine Anfechtung zulässig.

Prüfungsschema der arbeitgeberseitigen Anfechtung:

1.) liegt eine Anfechtungserklärung vor?

2.) besteht ein Anfechtungsgrund?

a.) § 119 BGB ⇨ Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft

b.) § 123 BGB ⇨ arglistige Täuschung des Arbeitnehmers (durch Tun oder Unterlassen)

3.) Anfechtungsfrist

a.) §§ 119, 121 BGB [unverzüglich]

b.) §§ 123, 124 BGB [binnen Jahresfrist]

Zu 1.) Anfechtungserklärung

Die Anfechtung muss erklärt werden, d.h. sie muss dem anderen Vertragsteil zugehen. Das Wort „Anfechtung“ muss dabei nicht benutzt werden, für den Erklärungsempfänger muss jedoch klar sein, dass es sich nicht um eine Kündigung handelt.

Bsp.: Die Formulierung „... mache ich die Einstellung rückgängig ...“ spricht für eine Anfechtung.

Zu 2.) Anfechtungsgrund

Als Anfechtungsgrund kommt im Arbeitsrecht vor allem entweder der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften (§ 119 BGB) oder eine arglistige Täuschung (§ 123 BGB) in Betracht.

3.2.2.1 Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB wegen Irrtums

Nach § 119 (2) BGB kann eine Willenserklärung (WE) angefochten werden, wenn sich der Erklärende über verkehrswesentliche Eigenschaften der Person (idR des AN) geirrt hatte.

Irrtum	Fehlerhafte Vorstellung über einen Sachverhalt
Eigenschaft:	Kennzeichen, das einer Person anhaftet (auch: tatsächliche Verhältnisse)
verkehrswesentlich:	ist die Eigenschaft dann, wenn sie für die Abwicklung des konkreten Rechtsgeschäftes von Bedeutung ist. Dafür muss die Eigenschaft auch von gewisser Dauer sein.

Beispiele:

- Krankheit nur dann verkehrswesentliche Eigenschaft, wenn sie die Arbeitsfähigkeit dauernd und erheblich beeinträchtigt.
- Schwangerschaft: ist zwar eine Eigenschaft, aber von Natur aus nur vorübergehend und somit nicht verkehrswesentlich.
- Leistungsfähigkeit Sekretärin ist Analphabetin. Falls sich der AG lediglich über ihre Schreibgeschwindigkeit geirrt hatte, berechtigt dies lediglich (nach Abmahnung) zur Kündigung. Ggf. kann jedoch ein Anfechtungsgrund nach § 123 BGB vorliegen (arglistige Täuschung).

3.2.2.2 Anfechtung nach § 123 (1) BGB wegen arglistiger Täuschung

§ 123 (1) BGB setzt eine arglistige Täuschung voraus. Eine Täuschung ist die Vorspiegelung falscher bzw. unwahrer Tatsachen, die zu einem Irrtum beim Erklärungsempfänger führt. Die Täuschung kann durch aktives Tun oder durch Unterlassen begangen werden. Sie muss jedoch arglistig gewesen sein. Dies bedeutet, dass der Täuschenden kein Recht dazu hatte, unwahre Tatsachen aktiv oder durch Unterlassen vorzuspiegeln.

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none">• Täuschung durch Tun: ausdrückliche Lüge auf eine Frage, durch die der AG getäuscht wird.
die Täuschung muss jedoch rechtswidrig bzw. arglistig sein. Das ist sie nicht, wenn der AN eine unzulässige Frage falsch beantwortet. | ! |
|--|---|

Das **Fragerecht** des AG bei den vorvertraglichen Verhandlungen ist im Hinblick auf Art. 1 und 2 GG eingeschränkt.

Unzulässig sind insbesondere Fragen, die in die Intim- bzw. Privatsphäre des AN eindringen.

Die Falschbeantwortung einer unzulässigen Frage stellt keine arglistige Täuschung dar, da der AN in diesen Fällen das „**Recht zur Lüge**“ hat. Das BAG hat diese Konstruktion entwickelt, weil ein AN, der die Antwort auf eine unzulässige Frage verweigert, in der Regel nicht eingestellt wird.

Beispiele für unzulässige Fragen:

- Frage nach Gewerkschaftszugehörigkeit
- Frage nach Vorstrafen, die keinerlei Beziehung zum Arbeitsplatz haben oder bereits gem. §§ 45ff BZRG aus dem Zentralregister gelöscht sind
- Frage nach Schwangerschaft ist grds. unzulässig
- grds. Frage nach politischer Einstellung bzw. Parteizugehörigkeit oder Konfession
- Frage nach Gesundheitszustand, soweit die Arbeitsfähigkeit nicht schwerwiegend beeinträchtigt wird und dies für die Erfüllung des Arbeitsvertrages bedeutsam ist
- Fragen, die eine Benachteiligung nach dem AGG vermuten lassen.

Beispiele für zulässige Fragen:

- grds. Frage nach bisherigem schulischen/beruflichen Werdegang und bisherigem Gehalt
- grds. Frage nach Vermögensverhältnissen
- Frage nach arbeitsplatzrelevanten Vortrafen (z.B. Unterschlagung bei einem Bankkassierer)

• Täuschung durch Unterlassen: Verschweigen von bestimmten Umständen.

Die Täuschung durch Verschweigen ist jedoch nur dann arglistig, wenn den AN eine sog. „Offenbarungspflicht“ trifft.



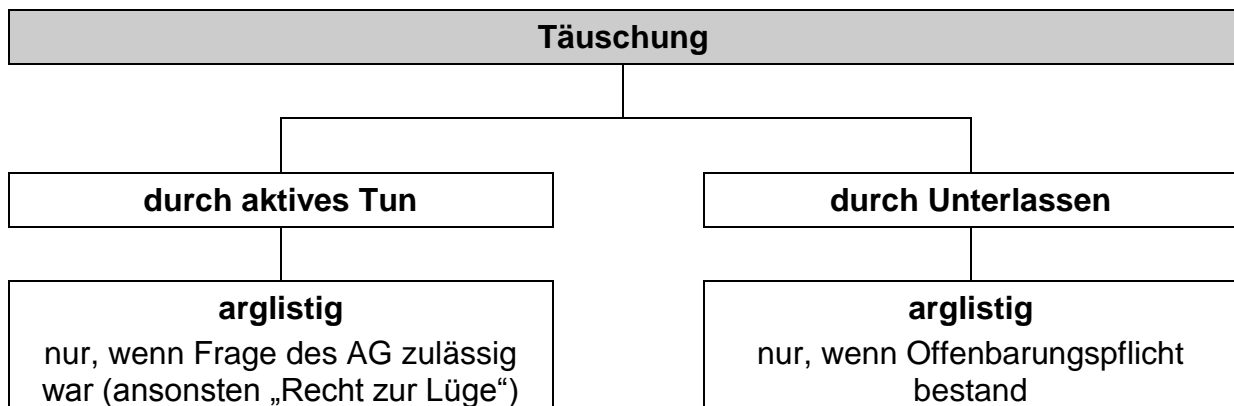
Die Anforderungen an eine rechtswidrige Täuschung durch Unterlassen sind wesentlich strenger als an eine rechtswidrige Täuschung durch Tun.

Offenbarungspflicht: Es müssen nur solche Tatsachen (ungefragt) offenbart werden, die die Erfüllung der Leistungspflicht unmöglich machen oder sonst für den zu besetzenden Arbeitsplatz von entscheidender Bedeutung sind.

Das BAG geht von einer Offenbarungspflicht aus, wenn „Treu und Glauben nach der Verkehrsauffassung das Reden erfordern, der andere Teil nach den Grundsätzen eines realen Geschäftsverkehrs eine Aufklärung erwarten durfte“.

Beispiel:

Der Arbeitnehmer ist gar nicht in der Lage, die Arbeitsleistung zu erbringen, zB wegen dauerhafter Krankheit oder eines Berufsverbotes (Pilot hat Fluglizenz verloren).



3.2.2.3 Rechtsfolge der Anfechtung

Nach § 142 (1) BGB führt eine wirksame Anfechtung rückwirkend zur **Nichtigkeit** der angefochtenen Willenserklärung Anfang an (ex tunc), d.h. es wird so getan, als wäre die Willenserklärung niemals abgegeben worden. Da für einen Vertragsschluss zwingend zwei Willenserklärungen erforderlich sind, besteht kein Vertrag.

Die Parteien werden anschließend so gestellt, als sei niemals ein Vertrag geschlossen worden. Bei Schuldverhältnissen wie z.B. einem Kaufvertrag ist die Rückabwicklung relativ einfach: Rückzahlung des Kaufpreises und Rückgabe der Kaufsache (ggf. Wertersatz).

Bei Dauerschuldverhältnissen wie einem Arbeitsvertrag ist dies jedoch problematischer: Der Arbeitgeber ist gar nicht in der Lage, dem AN die tatsächlich geleistete Arbeitskraft zurück zu geben (vgl. hierzu auch § 613 BGB).

Daher hat [ausschließlich] im Arbeitsrecht die Anfechtung „Jetztwirkung“ (Nichtigkeit ex nunc)

Das angefochtene Arbeitsverhältnis wird bis zum Zeitpunkt der Anfechtungserklärung wie ein wirksames Arbeitsverhältnis – mit allen Rechten und Pflichten – behandelt. Mit der Anfechtungserklärung ist es nichtig. Es handelt sich um ein sog. **fehlerhaftes oder faktisches Arbeitsverhältnis**.

3.2.3 Faktisches Arbeitsverhältnis

Wird ein unwirksamer Arbeitsvertrag tatsächlich vollzogen, so liegt für die Dauer der Vollziehung ein sog. faktische Arbeitsverhältnis vor, das grds. wie ein wirksames AV behandelt wird. Für die Zukunft kann das faktische AV von beiden Vertragsparteien durch einseitige Erklärung mit sofortiger Wirkung beendet werden, ohne dass die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung vorliegen müssen.

Voraussetzung faktisches AV:

- 1.) Vorliegen eines fehlerhaften AV
- 2.) Vollzug des AV
- 3.) Keine überwiegenden öffentlichen Interessen oder überwiegende schutzwürdige Belange des Einzelnen

Rechtsfolge: Das faktische AV wird grundsätzlich wie ein wirksames AV behandelt. Der AN hat Ansprüche auf Lohn, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub, Zeugnis etc. Es besteht jedoch keinerlei Bindung für die Zukunft. Im Falle der Anfechtung durch den AG wird das fehlerhafte faktische Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

Hinweis: Es müssen weder Kündigungsfristen noch andere besondere Kündigungsschutzbestimmungen (zB § 9 MuSchG, § 85 SGB IX) beachtet werden.

Auch eine Anhörung des Betriebsrates ist nicht erforderlich (vgl. Wortlaut § 102 BetrVG: Anhörung nur bei Kündigung).

Weiteres Beispiel:

Ein faktisches Arbeitsverhältnis kann z.B. auch dadurch zustande kommen, dass ein Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Arbeitsvertrag geschlossen hat und der Vertretene nach Kenntnisnahme den AV nicht (nachträglich) genehmigt. Grundsätzlich ist ein derartiger AV schwebend unwirksam (§ 177 (1) BGB) und wird rückwirkend unwirksam, wenn der Vertretene die WE seines Vertreters ohne Vertretungsmacht nicht genehmigt. Da dies – wie auch die Anfechtung – im Arbeitsrecht bezüglich der Rückabwicklung zu Problemen führen kann, gelten auch in diesen Fällen die Grundsätze zum faktischen Arbeitsverhältnis.

3.3 Kurzkontrolle

- 1.) Welche sieben Benachteiligungsgründe gibt es im AGG?
- 2.) Welche Rechtsfolgen können bei Verstoß des AG gegen das AGG eintreten?
- 3.) Darf unter bestimmten Voraussetzungen ein Verstoß gegen das AGG zulässig sein? Wenn ja, wann?
- 4.) Wann wird das AGG und wann der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz angewendet?
- 5.) Kann ein AV wirksam mündlich geschlossen werden?
- 6.) Kann die Befristung eines AV wirksam mündlich vereinbart werden?
- 7.) Wie lange ist eine Befristung ohne sachlichen Grund längstens möglich?
- 8.) Nach welchen Normen kann ein Arbeitsvertrag angefochten werden?
- 9.) Welche Wirkung hat eine wirksame Anfechtung?
- 10.) Definieren Sie „verkehrswesentliche Eigenschaft“
- 11.) Definieren Sie Täuschung. Wie kann getäuscht werden?
- 12.) Beruht jeder Irrtum auf einer Täuschung und/oder ist jede Täuschung ein Irrtum?
- 13.) Was bedeutet „Recht zur Lüge“?
- 14.) Was bedeutet „Offenbarungspflicht“?
- 15.) Nennen Sie jeweils zwei Beispiele für zulässige bzw. für unzulässige Fragen des AG

4. Inhalt des Arbeitsverhältnisses

Der Arbeitsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag mit Haupt- und Nebenpflichten beider Parteien. Verletzt eine Partei eine der Pflichten, können arbeitsrechtliche Sonderregelungen greifen, die u.a. in verschiedenen Spezialgesetzen normiert sind (z.B. EFZG, BUrlG) oder auf Rechtsprechung beruhen (z.B. Haftungsbegrenzung im AR).

4.1 Pflichten des AN

4.1.1 Hauptpflicht: Arbeitspflicht, § 611 I BGB

Inhalt der Arbeitspflicht:

Arbeit ist vom AN höchstpersönlich zu leisten, § 613 BGB

a.) Art der Arbeit Arbeitsvertrag sowie Direktionsrecht des AG

b.) Ort der Arbeit Arbeitsvertrag, idR Betrieb des AG, ggf. Direktionsrecht des AG

c.) Arbeitszeit • erlaubte Arbeitszeit in § 3 ArbZG, weitere Sondervorschriften zB §§ 3, 7 + 8 MuSchG, §§ 8ff JArbSchG, §§ 169 SGB III
Anspruch auf Kurzarbeitergeld, Ladenschlussgesetz

- Überstunden: müssen vereinbart sein, ansonsten Anordnung durch AG nur in Notfällen (wenn nicht unerheblicher Schaden droht).

Die Vergütung von Überstunden erfolgt gemäß § 612 II BGB (übliche Vergütung), häufig ist aber (arbeits- oder tarifvertraglich) eine besondere Vergütung vereinbart.

- Lage der Arbeitszeit: Konkretisierung durch Direktionsrecht des AG im Wege der einseitigen Leistungsbestimmung (§ 315 BGB) oder durch (kollektiv)vertragliche Regelung. Konkretisierung und Einschränkung des Direktionsrechts: vgl. § 106 GewO.

4.1.2 Nebenpflichten

Nebenpflichten ergeben sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 241 (1) und § 242 BGB) in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag.

Früher wurden sie „Treuepflichten“ genannt, heute nennt man sie idR „Allgemeine Pflicht zur Rücksichtnahme“.

Definition: „Pflicht, die Interessen des AG, soweit sie im Zusammenhang mit dem konkreten Arbeitsverhältnis stehen, wahrzunehmen und alles zu unterlassen, was diesem Interesse zuwiderläuft.“

Es gibt keinen abgeschlossenen Katalog, sondern die Abwägung der jeweiligen Interessen erfolgt im Einzelfall nach Treu und Glauben.

• **Mitteilungspflichten**

- (z.B. Verlust Führerschein bei Lkw-Fahrer)
- Mitteilung drohender Schäden (in seinem arbeitsvertraglichen Wirkungskreis)

• **Schadensabwendungspflicht**

In Notfällen muss AN über den Rahmen der vertraglich vereinbarten Hauptpflicht hinaus arbeiten

- zeitlich: Überstunden
- Art der Arbeitsleistung: ggf. auch „niedere“ Tätigkeiten als vereinbart

• **Verschwiegenheitspflicht**

Ableitung aus Arbeitsvertrag iVm § 242 BGB: über alle Dinge, an deren Geheimhaltung der AG ein berechtigtes Interesse hat, nicht nur Betriebsgeheimnisse.

• **Unterlassung von Wettbewerbstätigkeit**

- für die Dauer des Arbeitsverhältnisses: §§ 60, 61 HGB
- nachvertragliches Wettbewerbsverbot, § 106 GewO: Voraussetzung §§ 74, 75 HGB

• **Unterlassung von Schmiergeldannahme**

• **Nebentätigkeitsverbot:**

wegen Art. 2 und 12 GG grundsätzlich nur zulässig, wenn der AG ein berechtigtes Interesse hat.

Dies trifft bei einem Wettbewerbsverbot (s.o.) zu oder wenn gem. § 3 ArbZG die Höchstarbeitszeit überschritten würde oder die Nebentätigkeit während desurlaubes nachgegangen wird, was dem Urlaubszweck zuwiderläuft, § 8 BUrIG.

Ein arbeitsvertragliches generelles Nebentätigkeitsverbot ist unzulässig, es kann jedoch vereinbart werden, die Nebentätigkeiten anzeigepflichtig unter einen Genehmigungsvorbehalt durch den AG (unter o.g. Voraussetzungen) zu stellen.

4.1.3 Folge von Pflichtverletzungen

Bei schuldhafter (§ 276 BGB) Pflichtverletzung von Haupt- und/oder Nebenpflichten aus einem Schuldverhältnis kann sich ein Schadensersatzanspruch aus § 280 (1) BGB ergeben. Dies setzt jedoch zwingend voraus, dass durch die Pflichtverletzung des AN dem AG tatsächlich ein Schaden (in Geld messbar) entstanden ist. Des Weiteren kann sich ein Schadensersatzanspruch aus § 823 BGB (unerlaubte Handlung) ergeben, wenn ein dort genanntes Rechtsgut schuldhaft (§ 276 BGB) verletzt wurde. Ein Schuldverhältnis ist bei § 823 BGB nicht erforderlich.

BEACHTEN: Im Arbeitsrecht gilt jedoch die **arbeitsrechtliche Haftungsbeschränkung** für den AN, vgl. hierzu Kapitel 4.4.

Ferner kann die schuldhafte Pflichtverletzung eine Abmahnung und bei Wiederholung eine Kündigung des AN rechtfertigen. Ggf. können auch die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung vorliegen.

a.) Verschuldete Nichtleistung der Arbeit:

- Klage auf Erfüllung nach § 2 I Nr. 3a ArbGG ist zwar möglich, aber die Durchsetzung durch Vollstreckung des Urteils nicht (§ 888 ZPO, keine Zwangsarbeit)
- vgl. hierzu unten unter II. „Lohn ohne Arbeit“ → Nachleistung der Arbeit kann grds. nicht verlangt werden.
- Lohnanspruch des AN entfällt, § 326 I BGB
- ggf. Schadensersatzanspruch des AG aus §§ 280 BGB

b.) Schlechtleistung der Arbeit

Anspruch des AG auf Schadensersatz aus §§ 280, § 823 BGB, s.o.

Auch hier ist die Haftungsbeschränkung im Arbeitsrecht zu beachten.

c.) Verletzung von Treuepflichten

AG kann auf Erfüllung klagen. Ein erstrittenes Urteil kann vollstreckt werden, auch wenn auf Unterlassung geklagt wird (§ 890 ZPO). Es besteht die Möglichkeit, im Urteil ein Zwangsgeld anzudrohen, welches bei Zuwiderhandlung gegen den Tenor des Urteils festgesetzt (und vollstreckt) werden kann.

ggf. Zurückbehaltungsrecht, zB bezüglich Arbeitszeugnis, § 273 BGB

d.) Schädigung Dritter durch den AN

Anspruch des Dritten gegen den AN aus § 823 (1) BGB in voller Höhe des Schadens. Der AN hat aber ggf. Anspruch auf Regress gegen den AG analog § 670 BGB [in der Beck-Textausgabe nicht abgedruckt], wenn der Schaden anlässlich einer betriebliche Tätigkeit verursacht worden war und die Haftungsbeschränkung eingreift (Quotenhaftung)

e.) Mankohaftung

bei besonderer Mankovereinbarung (z.B. Ausgleich Kassenfehlbestand bei KassiererIn): Haftung des AN auch ohne Verschuldensnachweis. Es muss jedoch ausgeschlossen sein, dass andere Personen als der AN für den Fehlbestand verantwortlich sind, dann kann die Mankoabrede im Zweifel gem. §§ 138, 242 BGB unwirksam sein.

Ohne Mankoabrede: Haftung nach §§ 280, 283 BGB (Verschulden muss vorliegen).

f.) Abmahnung, Betriebsbuße

Bei Verstoß gegen Pflichten aus dem AV kann der AG den AN abmahnen (dient der Vorbereitung einer Kündigung). Falls für bestimmte Pflichtverstöße lt. Betriebsvereinbarung eine Betriebsbuße vorgesehen ist, kann diese verhängt werden.

4.2 Pflichten des AG

4.2.1 Hauptpflicht: Lohnzahlungspflicht

Grundsatz: Geldlohn

Naturallohn (Bsp. Dienstwagen) wird steuerrechtlich und sozialversicherungsrechtlich nach speziellen Vorschriften zum Arbeitsentgelt gerechnet.

Auszuzahlen ist der Nettolohn (Bruttolohn abzüglich LoSt, KiSt, Sozialversicherungsbeiträge, Gehaltsabtretungen und Pfändungen)

Arten:

Zeitlohn (festes Monatsgehalt, Stundenlohn) oder
Akkordlohn (Bezahlung des Arbeitsergebnisses)

Ort und Zeit der Lohnzahlung

⇒ Ort: Grundsätzlich § 269 BGB Betrieb des AG („Lohntüte“), idR aber Überweisung vereinbart.

⇒ Zeit: Grundsatz § 614 BGB = nachschüssig, aber dispositiv, andere Vereinbarung nicht unüblich.

Lohnschutz

- ⇒ Pfändungsgrenzen §§ 850 ZPO, vgl. die im Anhang zur ZPO abgedruckte Tabelle.
- ⇒ Abtretungs- und Aufrechnungsverbot in Höhe des nicht pfändbaren Betrages, §§ 394, 400 BGB

Sonderzuwendungen:

Def Sonderzuwendungen:

„Leistungen des AG, die nicht regelmäßig mit dem Arbeitsentgelt ausgezahlt werden, sondern aus bestimmten Anlässen oder zu bestimmten Terminen gewährt werden.“

Sonderzuwendungen können aufgrund (arbeits-)vertraglicher Vereinbarung oder freiwillig gezahlt werden⁵.

Bsp.: Weihnachtsgeld, 13. Monatsgehalt, Gratifikation zum Betriebsjubiläum etc.

Bei der Zahlung von Sonderzuwendungen muss der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und ggf. das AGG beachtet werden.

Rückforderung von Sonderzuwendungen:

- ⇒ Sonderzuwendung mit reinem Entgeltcharakter (zB 13. Monatsgehalt) sind Belohnung für tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung. Daher sind Kürzungen für Fehlzeiten ohne Entgeltfortzahlung möglich. Die Rückzahlung ist jedoch ausgeschlossen.
- ⇒ Sonderzuwendungen mit Betriebstreuecharakter (zB Weihnachtsgeld) für vergangene oder zukünftige Zeiträume sind an das Bestehen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses an einem bestimmten Stichtag oder darüber hinaus geknüpft. Der Anspruch entfällt auch dann nicht, wenn der AN im gesamten Bezugsjahr keinerlei Arbeitsleistung erbracht hat.

Vereinbarung bezüglich Kürzung für Fehlzeiten oder Rückzahlung (zB bei Kündigung bis zum 31.03. des Folgejahres) sind aber möglich.

Die **Rückzahlungsmöglichkeit** ist jedoch wegen Art. 12 GG eingeschränkt.

Die Rspr. hat hierzu folgende Grenzen entwickelt:

- ⇒ Gratifikationen unter 100 Euro können grds. nicht zurückgefordert werden
- ⇒ Gratifikationen zwischen 100 Euro und einem Monatsgehalt können bis zum 31.03. des Folgejahres zurückgefordert werden
- ⇒ bei höheren Gratifikationen sind auch längere Rückzahlungsvereinbarungen möglich, längstens bis zum 30.06. des Folgejahres.

⁵ Dann muss das AGG bzw. der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet werden.

4.2.2 Nebenpflichten des AG

4.2.2.1 allgemeine Fürsorgepflicht

Gegenstück zur allg. Pflicht zur Rücksichtnahme des AN (Treuepflicht). Die Herleitung erfolgt aus Treu und Glauben (§ 242 BGB iVm Arbeitsvertrag) oder aus speziellen gesetzlichen Regelungen.

Beispiele:

- Schutz von Leben und Gesundheit des AN, auch geregelt zB in § 618 BGB und im ArbSchG. Erfüllt der AG seine ihm obliegenden Verpflichtungen nicht, so steht dem AN ein Leistungsverweigerungsrecht (gem. § 276 BGB) ohne Verlust seines Anspruches auf Arbeitslohn (§ 615 BGB) zu.
- Schutz der Persönlichkeit, zB Sicherung personenbezogener Daten gegen Missbrauch. Relevant ist der Schutz der Persönlichkeit u.a. bei Installation von Überwachungskameras durch den AG, vgl. hierzu auch § 87 (1) Nr. 6 BetrVG
- Einsicht in Personalakte § 83 BetrVG.
- Sorge für vom AN eingebrachte Sachen

4.2.2.2 Beschäftigungsanspruch:

Während der Dauer des AV steht dem AN grds. ein Beschäftigungsanspruch zu (wegen Art. 1 GG [Menschenwürde] und Art. 2 GG [freie Entfaltung der Persönlichkeit]).

Ob und ggf unter welchen Voraussetzungen beim Streit über die Beendigung des AV – abgesehen von den Fällen des § 102 Abs. 5 BetrVG – ein sogenannter WEITERBESCHÄFTIGUNGSANSPRUCH besteht ist umstritten. Nach h.M. besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch bei offensichtlich unwirksamer Kündigung oder nachdem die Unwirksamkeit durch Urteil festgestellt worden ist. Wenn die Beendigung des AV später festgestellt wird, ist die rechtliche Behandlung der Weiterbeschäftigung strittig. Die Rückabwicklung erfolgt nach h.M. über §§ 812 BGB.

4.2.2.3 Pflicht zur Urlaubsgewährung

Jeder AN hat nach §§ 1, 3 BUrIG einen Anspruch auf Mindesturlaub iHv 24 Werktagen pro Jahr, der nach einmaliger Erfüllung der Wartezeit des § 4 BUrIG am Anfang eines jeden Jahres als Anspruch auf Vollurlaub besteht. Im Ein- und Austrittsjahr besteht ein Teilurlaubsanspruch nach § 5 BUrIG. Abweichende Vereinbarungen *zugunsten* des AN sind zulässig und üblich. Zu *ungunsten* des AN kann vom BUrIG nur durch TV nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 BUrIG abgewichen werden. Gesetzliche Mindesturlaubsansprüche sind unabdingbar und unverzichtbar.

Der Urlaubsanspruch ist höchstpersönlicher Natur und daher weder abtretbar, pfändbar noch vererblich.

Er ist auf das Kalenderjahr befristet und erlischt gem. § 7 Abs. 3 BUrlG spätestens mit Ablauf des 31.03. des Folgejahres (häufig aber abweichende Vereinbarung zugunsten AN zB durch TV).

Krankheit und Urlaub schließen einander aus, § 8 BUrlG.

Hat der AG die Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung zu vertreten, schuldet er gem. § 280 BGB Schadensersatz nach §§ 249ff BGB.

Kann der Urlaub wegen Beendigung des AV nicht genommen werden, ist er nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten. Der Abgeltungsanspruch ist zwar ein Surrogat des Urlaubsanspruches, aber ebenso wie der Urlaubsentgeltanspruch pfändbar und abtretbar.

Der Ausschluss von Doppelurlaubsansprüchen (§ 6 BUrlG) bezieht sich nur auf das neue Arbeitsverhältnis, so dass die Urlaubsgewährung im neuen Arbeitsverhältnis auf den Urlaubsabgeltungsanspruch gegen den alten AG keinen Einfluss hat.

4.2.2.5 Freistellung nach dem BundeselternzeitG (BEEG)

Wenn AN mit ihrem Kind in einem Haushalt leben und es selbst betreuen, haben sie einen Anspruch auf Elterngeld, wobei die Eltern gem. § 4 insgesamt einen Anspruch auf 12 Monatsbeträge haben. Die Elternzeit kann von einem Elternteil, beiden gleichzeitig oder abwechselnd genommen werden. Wenn beide Eltern Elternzeit nehmen, kann sich die Elternzeit auf insgesamt 14 Monate erhöhen.

4.2.2.5 Freistellung nach dem Pflegezeitgesetz (PflegezeitG)

Das PflegezeitG sieht für den Fall einer Pflegebedürftigkeit naher Angehöriger (vgl. § 7 PflegezeitG) vor, dass der AN

- bei einer akut auftretenden Pflegebedürftigkeit bis zu 10 Tagen der Arbeit fern bleiben kann, wobei die Arbeitsverhinderung und ihre voraussichtliche Dauer unverzüglich angezeigt werden muss (Vergütung idR gem. § 616 BGB)
- bei längerem Pflegebedarf eine Freistellung von bis zu 6 Monaten in Anspruch nehmen kann (Pflegezeit) oder bis zur Dauer von sechs Monaten eine Teilzeitbeschäftigung beanspruchen kann .

Der Anspruch besteht nicht ggü. AG mit idR 15 oder weniger AN.

4.2.2.5 Reduzierte Arbeitszeit nach dem Familienpflegezeitgesetz

Neben dem PflegezeitG ist zum 01.01.2012 das FamPflegezeitG in Kraft getreten. Es sieht eine Reduzierung der Arbeitszeit bei gleichzeitigem hälftigen Lohnausgleich für den pflegenden AN vor. Es besteht jedoch kein Anspruch des pflegenden AN, sondern Grundlage der Arbeitszeitreduzierung soll eine schriftliche Vereinbarung zwischen AG und AN sein. Nach Abschluss der Familienpflegezeit wird der zuvor aufgestockte Lohn wieder monatlich einbehalten.

4.2.2.4 Gleichbehandlungspflicht

Zum einen darf der AG nicht gegen das AGG verstoßen, vgl. hierzu Kapitel 3.1.1.

Falls keine Ungleichbehandlung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe vorliegt, kann immer noch eine Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes vorliegen, vgl. hierzu Kapitel 1.3.7.

4.2.2.5 ordnungsgemäße Anmeldung und Abführung von Sozvers. und LoSt

Der AG muss gem. § 28e und g SGB IV den Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Krankenkasse einbehalten bzw. zahlen und abführen, ferner ist er gem. § 38 EStG verpflichtet, die Lohnsteuer einzubehalten und an sein Betriebsstättenfinanzamt abzuführen.

Ausgezahlt wird somit der Nettolohn, d.h. Bruttolohn abzüglich der Lohnsteuer und des Arbeitnehmeranteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag, obwohl die vereinbarte Vergütung iSv § 611 BGB iVm dem Arbeitsvertrag der Bruttolohn ist. Der Arbeitgeberanteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag gehört nicht zum Arbeitslohn.

Zur Gesamtsozialversicherung:

Geregelt in den Sozialgesetzbüchern (SGB). In Ihrer dtv-Textausgabe (auszugsweise) enthalten sind:

SGB IV: Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung

SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung

SGB VI: Gesetzliche Rentenversicherung

SGB VII: Gesetzliche Unfallversicherung

Nicht in Ihrer dtv-Textausgabe enthalten sind zB die Regelungen über Arbeitslosenversicherung und Leistungen, Arbeitsvermittlung etc (SGB III).

Der Arbeitgeber behält den Gesamtsozialversicherungsbeitrag des AN (Kranken-, Pflege-, Arbeitslosen-, Unfall- und Rentenversicherungsbeitrag) ein und führt ihn zusammen mit dem Arbeitgeberanteil an die Krankenkasse als Inkassostelle für die

anderen Sozialversicherungsträger ab (§ 28i SGB IV). Die Krankenkasse leitet dann die anteiligen Beträge an die jeweiligen Sozialträger weiter.

Gemäß § 28a SGB IV ist der AG verpflichtet, der Einzugsstelle mitzuteilen, wenn eine [Kranken-/Pflege-/Renten-/Arbeitslosen-]versicherungspflichtige Person beschäftigt wird, die Beschäftigung beendet wird, der Familiennamen geändert wird, Beginn Altersteilzeit etc. (vgl. Katalog § 28a SGB IV).

Eine nicht als AN deklarierte Person kann dennoch Arbeitnehmer iSd Sozialversicherungsrechts sein (Bsp. aus dem Unterricht: die als „freie Mitarbeiter“ bezeichneten Entbeiner). Im Zweifel kann der Sozialversicherungsträger prüfen, ob jemand versicherungspflichtig ist. Die betreffende Person ist dem Sozialversicherungsträger gegenüber auskunftspflichtig.

Zur Lohnsteuer:

Der AG ist ebenfalls verpflichtet, die Lohnsteuer des AN vom Arbeitslohn einzubehalten und an sein Betriebsstättenfinanzamt abzuführen, § 38 EStG. Weil die Vorschriften nicht in Ihrer dtv Textausgabe enthalten sind, habe ich zum Verständnis (nicht lernen!) die maßgeblichen Gesetzesauszüge abgedruckt:

§ 38 (3) EStG: Der Arbeitgeber hat die Lohnsteuer für Rechnung des Arbeitnehmers bei jeder Lohnzahlung vom Arbeitslohn einzubehalten. (...)

§ 38 (4) EStG: Wenn der vom Arbeitgeber geschuldete Barlohn zur Deckung der Lohnsteuer nicht ausreicht, hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber den Fehlbetrag zur Verfügung zu stellen oder der Arbeitgeber einen entsprechenden Teil der anderen Bezüge des Arbeitnehmers zurückzubehalten.

4.2.2.5 Sonstige

- zB • Erteilung Arbeitszeugnis § 630 BGB, § 109 GewO
- Zeit zur Stellensuche, § 629 BGB
- schriftliche Niederlegung der Vertragsgrundlagen, § 2 NachweisG

4.2.3 Folge von Pflichtverletzungen

- **Erfüllungsanspruch** bei Nichtzahlung des Lohns aus § 611 BGB, d.h. der AN behält seinen Anspruch auf Auszahlung des Arbeitslohns.
Wenn tatsächlich ein Verzugsschaden vorliegt: Schadensersatz aus § 280 BGB in Höhe des Schadens, der aufgrund des Verzuges des AG eingetreten ist (z.B. Dispo-Zinsen).

- **Schadensersatzanspruch** bei Verletzung von Nebenpflichten: § 280 BGB, § 823 BGB
- **Arbeitsunfall:** Personenschäden, die ein AN bei der Verrichtung seiner Arbeit erleidet, sind Arbeitsunfälle i.S.v. § 8 SGB VII.
Die gesetzliche Unfallversicherung kommt grds. nur für Personenschäden und unter den Voraussetzungen des § 104 SGB VII ggf. auch für Schmerzensgeld auf.
Wegeunfälle zwischen Wohnung und Arbeitsstätte sind grds. auch Arbeitsunfälle.

4.3 Kurzkontrolle

- 1.) Nennen Sie die Hauptpflicht eines AN
- 2.) Nennen Sie die Hauptpflicht des AG
- 3.) Nennen Sie drei Nebenpflichten eines AN
- 4.) Nennen Sie drei Nebenpflichten eines AG
- 5.) Was können die Folgen einer schuldhaften Verletzung einer Neben- bzw. der Hauptpflicht des AN sein?
- 6.) Nennen Sie den Zeitpunkt des Lohnanspruches lt. Gesetz
- 7.) Wer gewährt den Jahresurlaub?
- 8.) An wen führt der AG den Gesamtsozialversicherungsbeitrag ab?
- 9.) An wen führt der AG die Lohnsteuer ab? Wer ist Schuldner der Lohnsteuer?
- 10.) Gibt es zeitliche Grenzen, in denen der AG zuvor gezahlte Sonderzuwendungen wie z.B. Weihnachtsgeld zurückfordern kann?

4.4 Lohn ohne Arbeit

4.4.1 Vorab zum Verständnis

Im Arbeitsrecht gilt das gleiche Prinzip wie bei allen anderen Schuldverhältnissen: Wer die vertraglich vereinbarte Hauptleistungspflicht erbringt, hat einen Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Gegenleistung. D.h. der AN, der seiner Hauptleistungspflicht „Arbeit“ nachkommt, hat gemäß § 611 BGB in Verbindung mit seinem Arbeitsvertrag einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung (Lohn).

Wenn der AN (als Schuldner der Arbeitsleistung) dieser Leistungspflicht **nicht** nachkommt, stellen sich zwei Fragen:

- 1.) was passiert mit seiner Arbeitspflicht und
- 2.) was passiert mit der Gegenleistung, dem Lohn?

zu 1.) was passiert mit der Arbeitspflicht?

Wenn ein AN – aus was für Gründen auch immer – seiner Arbeitspflicht nicht nachkommt, wird sie unmöglich, **§ 275 Abs. 1 BGB**. Dies ergibt sich aus dem **Fixschuldcharakter** der Arbeitspflicht. Grundsätzlich muss der Arbeitnehmer an einem bestimmten Ort (idR Betrieb) zu einer bestimmten Zeit (zB Arbeitszeit laut AV 8⁰⁰ bis 16³⁰ Uhr) die Arbeit leisten. Wenn er zB im Stau steht, kann er dieser vertraglich geschuldeten Arbeitspflicht nicht nachkommen, die Arbeitsleistung wird unmöglich.

Rechtsfolge der Unmöglichkeit bezüglich der Arbeitspflicht ist gem. § 275 BGB, dass der AG nicht vom AN verlangen kann, die versäumte (= unmöglich gewordene) Arbeitszeit nachzuholen. Der AN wird durch die Unmöglichkeit von der versäumten Arbeitsleistung grundsätzlich frei. Hierbei kommt es nicht auf ein etwaiges Verschulden des AN oder des AG an, es ist ausreichend, dass die Arbeitsleistung objektiv unmöglich geworden ist.

[Von diesem Grundsatz kann zB durch Gleitzeitvereinbarungen in geringem Umfang abgewichen werden, zB Vereinbarung über einen Gleitzeitbereich bis zu 10 Stunden im Minus am Monatsende. De facto handelt es sich dann jedoch nicht um unmöglich gewordene Arbeitszeit, da nur die Kernarbeitszeiten als zeitlich fest vereinbart gelten, so dass lediglich dort Unmöglichkeit eintreten kann. Eine weitere Vereinbarung über die Möglichkeit von Kernzeitverletzungen (zB bis zu drei mal im Monat) führt dann dazu, dass auch für den Kernzeitbereich keine Unmöglichkeit eintritt.]

zu 2.) was passiert mit der Gegenleistung Lohn?

Wenn die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung feststeht, stellt sich die Frage, was mit der Gegenleistung geschieht. Grundsätzlich wird dies durch § 326 BGB (Allgemeiner Teil des Schuldrechtes) geregelt: Im Gegensatz zur (nicht vorhandenen) Nachleistungspflicht nach § 275 BGB kommt es hier darauf an, wer die Unmöglichkeit zu vertreten hat.

Wenn keiner der Parteien (oder nur der AN) die Unmöglichkeit zu vertreten hat, greift § 326 Abs. 1 BGB. Es gilt der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“. D.h. er wird von der Leistungspflicht frei (da sie unmöglich geworden ist), erhält jedoch auch keinen Lohn.

Von diesem Grundsatz gibt es jedoch viele Ausnahmen (s.u., z.B. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall), die als speziellere Gesetze vorgehen.

4.4.2 Grundsatz: „Ohne Arbeit kein Lohn“

Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, § 275 BGB

Der Grundsatz der Naturalrestitution ist im Arbeitsrecht insoweit eingeschränkt, als der AG nicht Nachleistung der Arbeit verlangen kann. Dies widerspräche dem Fixschuldcharakter der Arbeit.

Bei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung – **egal ob vom AG, vom AN oder von keinem der beiden zu vertreten** – entfällt die Verpflichtung des AN zu Leistung der versprochenen Dienste gem. § 275 (1) BGB.

Was passiert mit der Gegenleistung?

Grundsätzlich wird der AG von der Verpflichtung zur Entgeltzahlung frei, § 326 Abs. 1 BGB (jetzt lesen!), denn der Arbeitsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, bei dem jede Partei die ihr obliegende Leistung (Arbeit leisten bzw. Lohn zahlen) erbringen muss, um die Gegenleistung zu erhalten. D.h. es gilt der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“.

Von diesem Grundsatz gibt es jedoch viele Ausnahmen:

4.4.3 Ausnahme „Lohn ohne Arbeit“

Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, § 326 Abs. 2 BGB

Die erste Ausnahme finden Sie bereits in § 326 Abs. 2 BGB. Hiernach behält der AN seinen Anspruch auf Lohn, wenn der AG für die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung verantwortlich ist. Der Begriff der Verantwortlichkeit wird in § 276 BGB definiert: Hiernach hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten⁶.

⁶ Das Gesetz spricht teilweise von „Verantwortlichkeit“ oder „vertreten müssen“ oder „Verschulden“. Gemeint ist grundsätzlich das Verschulden i.S.v. § 276 BGB: Vorsatz oder Fahrlässigkeit (Ausnahme: EFZG und § 616 BGB, s.u.).

Beispiel: der AG betreibt ein Taxiunternehmen und sprengt morgens um sechs aus einer irren Laune heraus alle Taxis in die Luft. Damit ist er dafür verantwortlich (Vorsatz, vgl. § 276 BGB), dass die angestellten Taxifahrer ihrer Arbeitspflicht nicht nachkommen können. In so einem Fall gebietet es nicht nur der gesunde Menschenverstand sondern auch § 326 Abs. 2 BGB, dass der AG dennoch Lohn auszahlen muss.

Wenn jedoch irgendein fremder Dritter die Taxis vorsätzlich oder fahrlässig zerstört hätte, träfe den AG kein Verschulden i.S.d. § 276 BGB, so dass das Tatbestandsmerkmal „Verantwortlichkeit“ des § 326 (2) BGB nicht erfüllt wäre (die AN könnten jedoch einen Anspruch auf Zahlung des Arbeitslohns gem. § 615 S. 3 BGB haben).

Annahmeverzug des AG, § 615 S. 1+2 BGB

Der AN behält gem. § 615 S. 1 und 2 BGB seinen Anspruch auf Lohn, wenn der AG mit der Annahme der vom AN angebotenen Dienste in Verzug gerät.

Die Voraussetzung Annahmeverzug ist in den **§§ 293 ff BGB** geregelt. Danach gerät der Gläubiger einer Leistung (hier der AG als Gläubiger der Arbeitsleistung des AN), wenn er die ihm tatsächlich angebotene Leistung (§ 294 BGB) nicht annimmt.

Auf ein Verschulden (Vorsatz/Fahrlässigkeit) des die Annahme verweigernden AG kommt es nicht an.

Häufigster Fall der §§ 293 BGB ist die durch den AG ausgesprochene Kündigung. Auch wenn sich der AG durch einen Anwalt beraten ließ und zu Recht davon ausgehen konnte, dass die von ihm ausgesprochene Kündigung rechtmäßig ist, kommt er in Verzug, wenn sich später herausstellt, dass die Kündigung unwirksam war. Verzug tritt auch dann ein, wenn dem AG noch nicht einmal leichteste Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, denn auf ein Verschulden des AG kommt es nicht an.

Ist eine Kündigung unwirksam und besteht das Arbeitsverhältnis daher weiter, so bedarf es nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht eines tatsächlichen Angebots (§ 294 BGB), sondern nur eines wörtlichen Angebots durch den AN, um einen Annahmeverzug zu begründen. Denn der AG hat durch den Ausspruch der Kündigung bereits die Annahme der Leistung verweigert. Jegliche Form des Protestes gegen die Kündigung genügt der Anforderung des wörtlichen Angebots, dazu zählt insbesondere die Rechtshängigkeit der Kündigungsschutzklage.

Im Fall der außerordentlichen Kündigung geht das BAG sogar davon aus, dass der AN seine Leistung wegen § 296 BGB überhaupt nicht anbieten muss, um den AG in Annahmeverzug zu setzen. Es begründet dies damit, dass die Zeit der Arbeitsleistung nach dem Kalender bestimmt ist (im AV, zB Wochentags zwischen 8.00 und 16.30 Uhr), der AG die Annahme der Leistung durch die fristlose Kündigung endgültig verweigert hat und der AG die Mitwirkungspflicht hat, dem AN einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und ihm Arbeit zuzuweisen.

Rechtsfolge: Gemäß § 615 S. 1 BGB behält der AN den Anspruch auf die nach § 611 BGB vereinbarte Vergütung.

Aufbau § 615 S. 1 BGB:

- *Arbeitsleistung des AN ist gem. § 275 (1) BGB unmöglich geworden*
- § 615 BGB: Grund der Unmöglichkeit ist das Vorliegen eines Annahmeverzuges des AG
Voraussetzungen des Annahmeverzuges, §§ 293 ff BGB:
 - ⇒ der AN hat seine Arbeitsleistung tatsächlich angeboten (§ 294 BGB) oder ein tatsächliches Angebot ist nach § 296 BGB entbehrlich.
 - ⇒ der AG hat die Annahme der Leistung verweigert.
- Ergebnis: Wenn Verzug des AG vorliegt, behält der AN gem. § 615 BGB seinen Anspruch auf Lohn

Betriebsstörung, § 615 S. 3 BGB

bedeutet Arbeitsausfall aus betrieblichen Gründen: Die vom BAG entwickelte Betriebs- und Wirtschaftsrisikolehre wurde Mitte 2002 durch Einfügung des **§ 615 S. 3 BGB** gesetzlich normiert: Lohn ohne Arbeit aufgrund des vom AG zu tragenden Betriebs- und Wirtschaftsrisikos.

- Betriebsrisiko: → Arbeitsleistung kann aus betrieblichen Gründen nicht erbracht werden,
zB Maschinenausfall, Smog-Alarm, Naturkatastrophen, Rohstoffmangel
- Wirtschaftsrisiko: → zB Auftragsmangel, Absatzschwierigkeiten

Rückausnahme ist im Einzelfall möglich (Existenzgefährdung des Betriebes durch Lohnfortzahlung; Arbeitskämpfrisikolehre des BAG)

Sinn der Betriebs- und Wirtschaftsrisikolehre ist es, den AG auch dann zur Zahlung von Lohn zu verpflichten, wenn der Arbeitsausfall zwar in die Sphäre des AG fällt, ihn jedoch kein Verschulden (§ 276 BGB) daran trifft (also § 326 (2) BGB nicht greift) und er die Annahme der Leistung auch nicht abgelehnt hat.

Bsp.: Die Fabrik wird durch Blitzeinschlag völlig zerstört

- keine Verantwortlichkeit des AG iSv §§ 326 (2) i.V.m. 276 BGB, da es sich um höhere Gewalt handelt. Ebenfalls liegt kein Annahmeverzug nach §§ 293ff BGB, da

der AG die Leistung ja nicht ablehnt, sondern die Leistung aufgrund höherer Gewalt unmöglich geworden ist. Dennoch fällt es eigentlich in die Sphäre des AG, die erforderlichen Produktionsmittel zur Verfügung zu stellen, so dass das Risiko höherer Gewalt, Absatzschwierigkeiten etc. auf den AG abgewälzt werden soll, der sich im Gegensatz zum AN auch gegen derartige Schäden versichern kann.

Vorübergehende Verhinderung des AN, § 616 BGB

Voraussetzungen § 616 BGB:

- Der AN ist an der Erbringung seiner Arbeitsleistung verhindert
- für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit
 - ⇒ Maßgeblich ist die Verhinderungszeit im Verhältnis zur gesamten voraussichtlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses. I.d.R. werden aber nur wenige Tage von § 616 BGB gedeckt.
- durch einen in seiner Person liegenden Grund
 - ⇒ Verhinderungsgrund, der unmittelbar in der Person des AN stehen muss. Objektive Hinderungsgründe wie Stau, Unfall auf der Autobahn fallen nicht unter § 616 BGB. (Bsp. siehe unten)
- ohne sein Verschulden

Definition des „Verschuldens“ im Sinne von § 616 BGB

*Verschulden i.S.v. § 616 BGB setzt ein „**Verschulden gegen sich selbst**“ voraus. Hierunter ist ein gröblicher Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu fordernde Verhalten zu verstehen⁷.*

!

Beispiele § 616 BGB:

- ⇒ Angelegenheiten, die zu einer bestimmten Tageszeit erledigt werden müssen (Behördengang; Gerichtstermin; Arztbesuch, soweit der Gang außerhalb der Arbeitszeit unzumutbar)
 - ⇒ Familiäre Ereignisse (Eheschließung, auch der Kinder, Begräbnisse im engsten Familienkreis)
 - ⇒ persönliche Unglücksfälle, wie zB Brand oder Einbruch im eigenen Haus
 - ⇒ Bei Ausübung ehrenamtlicher Tätigkeit ist im Einzelfall zu entscheiden (zB ehrenamtliches Richteramt ja, Aufgaben im privaten Verein regelmäßig nein)

⁷ Das „Verschulden“ im Sinne von § 3 EFZG wird genauso definiert, was daran liegt, dass das EFZG zur Konkretisierung von § 616 BGB eingeführt worden war. In beiden Fällen gilt also ausnahmsweise nicht der sonst übliche Verschuldensbegriff von § 276 BGB (Vorsatz und Fahrlässigkeit).

- ⇒ Erkrankung des Dienstverpflichteten selbst ist grundsätzlich ein persönlicher Verhinderungsgrund iSd § 616 BGB und war früher der Hauptanwendungsfall des § 616 BGB. Nach Einführung des Entgeltfortzahlungsgesetzes gilt hierfür jedoch dieses als spezielleres Gesetz.
- ➔ Das Wegerisiko trägt der AN. Verhinderungsgründe wie Stau, Zugverspätungen etc. werden daher nicht von § 616 BGB umfasst.

Die Vorschrift des § 616 BGB ist dispositives Recht, wie sich im Umkehrschluss aus § 619 BGB folgern lässt. D.h. der Entgeltfortzahlungsanspruch ist durch Einzelarbeitsvertrag, Tarifvertrag und (unter Berücksichtigung der Sperre des § 77 III BetrV) auch durch Betriebsvereinbarung abdingbar. Dabei können von § 616 abweichende Regelungen zugunsten, aber auch zuungunsten der AN getroffen werden. Daher bestehen häufig BV oder TV, nach denen ein AN Anspruch auf festgelegte freie Tage hat, zB wenn ein naher (im Haushalt lebender) Familienangehöriger stirbt oder der AN/ANin heiratet.

Unverschuldete Krankheit

- Nach § 3 I EntgeltFG kann ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung wegen Krankheit für die Dauer von bis zu 6 Wochen bestehen. Bezüglich der näheren Voraussetzungen lesen Sie bitte § 3 EFZG.

Hinweis: Zwar darf den AN kein Verschulden an der Krankheit treffen, es gilt hier aber der gleiche Verschuldensbegriff wie bei § 616 BGB (gröblicher Verstoß gegen die eigenen Interessen, vgl. vorherige Seite) und nicht der ansonsten gültige Verschuldensbegriff des § 276 BGB (Vorsatz und Fahrlässigkeit). D.h. ein AN, der in seiner Freizeit beim argentinischen Tango bei einer besonders wilden Drehung fahrlässig ausgleitet, handelt ohne Verschulden iSd EFZG.

Voraussetzungen § 3 (1) EFZG:

- Bestehen eines Arbeitsverhältnisses
- Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit als alleinige Ursache
- keine Anspruchshindernisse wie insbesondere Verschulden
⇒ Verschuldensbegriff wie in § 616 BGB!
- und gem. § 3 (3) EFZG: Wartefrist von 4 Wochen erfüllt.



- Höhe Entgeltfortzahlungsanspruch:

§ 4 I EFZG = Lohnausfallprinzip

§ 4 I a EFZG enthält eine eigene Definition des Arbeitsentgeltes für die Zwecke der Entgeltfortzahlung bei Krankheit. Hiernach fließen in die Berechnung arbeitsleistungsabhängige Aufwendungen und Überstundenvergütungen nicht ein. Entsprechende Einschränkungen sind in vielen Tarifverträgen enthalten.

Hinweis: Nach Ablauf der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wird durch die Krankenkassen Krankengeld ausgezahlt, §§ 44 ff SGB V. Die Höhe bestimmt sich nach § 47 SGB V.

Erholungsurlaub

- § 7 I 1. Hs. BUrlG: Der AG kann die Urlaubszeit des AN grundsätzlich einseitig bestimmen, muss jedoch bei der zeitlichen Festlegung die Urlaubswünsche des AN berücksichtigen.

Der AG kann dem AN den Urlaub zum gewünschten Zeitpunkt jedoch verweigern, wenn ihm ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 7 BUrlG zusteht (zB sozial schutzwürdigere AN mit schulpflichtigen Kindern, die ebenfalls während der Sommerferien Urlaubswünsche haben).

- Übertragbarkeit und Zeitpunkt der Gewährung desurlaubes: § 7 III BUrlG.
Von dieser Vorschrift kann durch Vertrag (AV, TV, BV) abgewichen werden, siehe § 13 BUrlG.
Vgl. auch Kapitel 4.2.2.

Sonstiges:

- a.) § 11 MuSchG: Entgeltfortzahlung bei Beschäftigungsverboten
- b.) § 37 BetrVG: Betriebsratstätigkeit
- c.) § 2 EntgeltFG: Feiertagsregelungen am 3. Oktober und nach den Landesfeiertagsgesetzen
- d.) Bildungsurlaub nach den Ländergesetzen
- e.) § 14 AGG: LeistungsverweigerungsR bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz

4.5 Haftung im Arbeitsrecht

4.5.1 Haftung des AN gegenüber dem AG, AGL §§ 280, 823 BGB

Voraussetzung § 280 (1) BGB:

- 1.) Schuldverhältnis (im Arbeitsrecht: Arbeitsvertrag)
- 2.) Pflichtverletzung (i.d.R. Nebenpflichtverletzung)
- 3.) Verschulden, § 276 BGB (Vorsatz oder Fahrlässigkeit), Beweislast vgl. § 619a BGB
- 4.) Schaden, der durch die Pflichtverletzung verursacht wurde (Kausalität)

→ Rechtsfolge: Schadensersatz nach §§ 249 ff BGB (Beachte aber Haftungsbeschränkung im AR)



Voraussetzung § 823 (1) BGB:

- 1.) Verletzung eines der in § 823 (1) genannten Rechtsgüter
- 2.) durch eine Handlung des AN, die ihm zuzurechnen ist
- 3.) Schaden, der durch die Verletzungshandlung verursacht wurde (Kausalität)
- 4.) Verschulden, § 276 BGB
(die in § 823 (1) BGB genannte Widerrechtlichkeit liegt grds. vor.)

→ Rechtsfolge: Schadensersatz nach §§ 249 ff BGB (Beachte aber Haftungsbeschränkung im AR)



4.4.2 Haftungsbeschränkung im Arbeitsrecht

Im Schuldrecht gilt grundsätzlich als Verschuldensmaßstab § 276 BGB, d.h. ein Schädiger haftet bei Vorsatz und Fahrlässigkeit. Es kommt nicht darauf an, ob es sich lediglich um leichte Fahrlässigkeit handelt. Daher kann es durchaus passieren, dass jemand, der einem anderen aufgrund lediglich leichter Fahrlässigkeit (zB versehentlich ist die teure Mingvase umgestoßen worden) einen sehr hohen Schaden zufügt, für diesen Schaden voll aufkommen muss.

Im Arbeitsrecht erscheint dieser sonst übliche Verschuldensmaßstab jedoch ziemlich hart, da ein AN allein durch seine Arbeit ein sehr hohes Schadensrisiko tragen kann, zB der Chemielaborant, der aufgrund einer kleinen Nachlässigkeit einen Schaden von mehreren Millionen Euro verursachen könnte.

Daher ist der Verschuldensmaßstab **im Arbeitsrecht** gemindert, wobei folgender Maßstab gilt:

- **Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit:**
 - ⇒ Haftung in vollem Umfang.
(Bei grober Fahrlässigkeit kann ggf. eine Abwägung der Interessen erfolgen, wenn der Schaden außer Verhältnis zu den Einnahmen des AN steht.)
- **Bei normaler (mittlerer) Fahrlässigkeit**
 - ⇒ haftet der AN anteilig, wobei die Gesamtumstände von Schadensanlass und Schadensfolgen nach Billigkeitsgrundsätzen und Zumutbarkeitsgesichtspunkten gegeneinander abzuwägen sind.
- **Bei leichter Fahrlässigkeit**
 - ⇒ ist eine Haftung ausgeschlossen.



Der Verschuldensgrad hängt auch davon ab,

- wie gefahrgeneigt die Arbeit ist
- Voraussehbarkeit des Schadens
- Monotonie der Arbeitsleistung
- Stellung des AN im Betrieb (Maß der Eigenverantwortlichkeit)
- Verhalten des AN in der Vergangenheit

4.5.3 Haftung des AN gegenüber Dritten, AGL § 823 (1) BGB

Wenn der AN bei Verrichtung seiner Dienste bei einem Dritten einen Schaden verursacht, haftet er gegenüber dem Dritten voll nach § 823 (1) BGB.

Bsp.: Umzugswagenfahrer beschädigt beim Einparken fahrlässig den parkenden Pkw eines Anwohners.

Der AN ist aber auch in seiner Haftung Dritten gegenüber schutzbedürftig.

Daher hat er in diesen Fällen (analog § 670 BGB, in Ihrer Textausgabe nicht enthalten und daher nicht klausurrelevant) einen Freistellungsanspruch („Regress“) gegen den AG in Höhe der Haftungsbeschränkung die gelten würde, wenn der Schaden nicht bei einem Dritten, sondern beim AG entstanden wäre.

4.5.4 Haftung für Arbeitsunfälle nach SGB VII und BGB

Wenn ein AN bei einem Arbeitskollegen einen Schaden verursacht ist zu unterscheiden, ob ein Personen- oder ein Sachschaden vorliegt.

Bei **Personenschäden** greift die gesetzliche Unfallversicherung ein (SGB VII). Die gesetzliche Unfallversicherung wird durch Beiträge der Arbeitgeber finanziert und versichert Schäden, die aufgrund von Arbeitsunfällen (§ 8 (1) SGB VII), Wegeunfällen (§ 8 (2) SGB VII) und Berufskrankheiten (§ 9 SGB VII) eingetreten sind.

Der Unternehmer wird nach § 104 SGB VII bei solchen Arbeitsunfällen von seiner Schadensersatzpflicht gegenüber dem Arbeitnehmer befreit, statt dessen zahlt die Versicherung. Die Befreiung gilt jedoch nicht, wenn der Unternehmer den Unfall vorsätzlich herbeigeführt hat oder es sich um einen Wegeunfall i.S.v. § 8 (2) SGB VII handelt. Falls der AG den Arbeitsunfall vorsätzlich herbeigeführt hat, tritt zwar die gesetzliche Unfallversicherung gegenüber dem geschädigten Arbeitnehmer ein, der AG muss jedoch gem. § 110 SGB VII der Versicherung die ihr entstandenen Aufwendungen bis zur Höhe des zivilrechtlichen SE-Anspruchs ersetzen.

Rechtsfolge ist, dass der (ggf. durch einen Kollegen) geschädigte AN gem. § 26 SGB VII Heilbehandlungskosten, Leistungen bei Pflegebedürftigkeit etc. nicht durch den AG, sondern durch die gesetzliche Unfallversicherung ersetzt bekommt. Das ist insofern vorteilhaft, weil die Unfallversicherung im Zweifel wesentlich solventer ist als ein einzelner AG. Insbesondere Personenschäden können sehr kostspielige Langzeitschäden nach sich ziehen, so dass der geschädigte AN zB vor späterer Insolvenz des AG geschützt ist.

4.6 Kurzkontrolle

- 11.) Der AN kommt seiner Hauptleistungspflicht nicht nach. Ist er verpflichtet, die versäumten Stunden nachzuarbeiten?
- 12.) Behält er grundsätzlich seinen Anspruch auf Lohn?
- 13.) Überlegen Sie sich ein Beispiel, wann er seinen Lohnanspruch behalten würde (und nennen Sie die Norm dazu).
- 14.) Was sind die Voraussetzungen und Rechtsfolge von § 326 (1) BGB?
- 15.) Was sind die Voraussetzungen und Rechtsfolge von § 326 (2) BGB?
- 16.) Welchen Verschuldensgrad setzt § 326 (2) BGB voraus (auch § nennen!)
- 17.) Was sind die Voraussetzungen und Rechtsfolge von § 615 BGB?
- 18.) Welchen Verschuldensgrad setzt § 616 BGB voraus?
- 19.) Welchen Verschuldensgrad setzt das EFZG voraus?
- 20.) Nennen Sie die Voraussetzungen und Rechtsfolge von § 280 BGB
- 21.) Nennen Sie die Voraussetzungen und Rechtsfolge von § 823 (1) BGB
- 22.) Können die Voraussetzungen von §§ 280 und 823 (1) BGB bei einem Sachverhalt gleichzeitig vorliegen, d.h. können beide AGL kumuliert vorliegen?
- 23.) Was bedeutet „Haftungsbeschränkung im Arbeitsrecht“ und wann liegt sie vor?

5. Beendigungsgründe eines Arbeitsverhältnisses

- Aufhebungsvertrag, §§ 241, 305 BGB, beachte Schriftformerfordernis, § 623 BGB
- Anfechtung des Arbeitsverhältnisses → Wirkung ex nunc
- Einseitige Lossagung vom faktischen Arbeitsverhältnis
- Tod des AN (Argument: § 613 BGB)
- Ordentliche Kündigung
- Außerordentliche Kündigung
- Änderungskündigung
- Auflösung des AV durch Arbeitsgericht wegen Unzumutbarkeit bei Verweigerung der Fortsetzung durch den AN nach gewonnener Kündigungsschutzklage nach Maßgabe der §§ 9, 10 13 I S.3 iVm §§ 9 II, 10 KschG
- Befristungsablauf, § 620 BGB
- Erreichung des Rentenalters mit einer Vereinbarung gem. § 41 SGB VI.

Keine Beendigungsgründe sind:

- grds. Tod des AG
- Veräußerung eines Betriebes, § 613a IV S.1 BGB
- Insolvenz des AG bzw. Stilllegung des Betriebes. Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des AG kann der Insolvenzverwalter jedoch die Arbeitsverhältnisse ggf. betriebsbedingt kündigen. Hierbei kann gem. § 113 InsO eine kurze Kündigungsfrist maßgeblich sein.
- Elternzeit nach dem BEEG
- Der Betriebsübergang gem. § 613a BGB

5.1 Die ordentlichen Kündigung

Eine Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. D.h. sie wird in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Erklärungsempfänger zugegangen ist. Ferner muss sie immer **schriftlich** erfolgen, **§ 623 BGB**.

5.1.1 Kündigung durch den AN

Die Kündigung durch den AN ist grds. ohne Grund wirksam. Für den AN gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit.

Ferner muss die Kündigungsfrist gem. § 622 (1) BGB [vier Wochen zum 15. oder Ende des Kalendermonats] eingehalten werden und natürlich die Schriftform gem. § 623 BGB beachtet werden.

5.2.2 Kündigung durch den AG

Bei einer Kündigung durch den AG ist der Grundsatz der Kündigungsfreiheit durch **besondere Kündigungsschutzvorschriften** eingeschränkt, zB § 9 MuSchG, § 85 SGB IX und das KSchG.

Die Schutzvorschriften des KSchG greifen jedoch nur dann, wenn das KSchG überhaupt anwendbar ist.

Anwendbarkeit des KSchG:

→ in **persönlicher Hinsicht**: § 1 KSchG: AN muss länger als sechs Monate im Betrieb beschäftigt sein.

→ in **sachlicher Hinsicht**: § 23 KSchG: Nach Abs. 1 S. 3 müssen grds. mehr als zehn AN (ohne die Auszubildenden) beschäftigt sein.

Da bis zum 31.12.2003 das KSchG noch für Betriebe mit nur über fünf AN galt, wurde für sogenannte „Altarbeitnehmer“ eine Übergangsregelung geschaffen: Wenn in dem Betrieb zum 31.12.2003 mehr als fünf AN beschäftigt waren, gilt für diese AN (nicht für später hinzukommende AN!) das KSchG, auch wenn der Betrieb zum Zeitpunkt der Kündigung weniger als zehn AN beschäftigt, wobei allerdings weiterhin mehr als fünf der „Altarbeitnehmer“ beschäftigt sein müssen.

Wenn das KSchG nicht anwendbar ist, gelten die allgemeinen Regelungen des BGB, d.h. Grundsatz der Kündigungsfreiheit.

a.) Vorliegen eines Kündigungsgrundes

Wenn festgestellt wurde, dass das KSchG anwendbar ist, ist zu prüfen, ob ein Kündigungsgrund

- verhaltens-,
 - personen- oder
 - betriebsbedingt
- vorliegt.

Wenn keiner der drei Kündigungsgründe vorliegt, ist die Kündigung gem. § 1 (1) KSchG sozialwidrig und somit rechtsunwirksam.

Hinweis: Die **Änderungskündigung** gem. § 2 KSchG ist kein eigener Kündigungsgrund i.S.v. § 1 KSchG, sondern 1.) eine Beendigungskündigung (bei der die Voraussetzungen einer Kündigung unter Anwendung des KSchG vorliegen müssen) mit dem 2.) gleichzeitigen Angebot eines (anderen) Arbeitsvertrages.

Der Kündigungsgrund ist immer zukunftsbezogen, wobei natürlich Vorkommnisse der Vergangenheit als Indizien für die Zukunftsprognose herangezogen werden können.

Eine genauere Erläuterung der Kündigungsgründe i.S.d. KSchG erfolgt im folgenden Kapitel.

b.) Interessenabwägung

Wenn ein solcher Kündigungsgrund vorliegt, muss zusätzlich eine **Interessenabwägung** ergeben, dass eine Kündigung verhältnismäßig, d.h. gerechtfertigt ist (2-Stufiger Prüfungsaufbau). Es kann also sein, dass zwar ein Kündigungsgrund vorliegt, die Interessenabwägung aber ergibt, dass die Kündigung nicht gerechtfertigt ist

Bsp.: AN kommt in einem Jahr 2x 10 min. zu spät zur Arbeit.

→ verhaltensbedingter Kündigungsgrund liegt zwar grds. vor, die Interessenabwägung ergibt jedoch, dass bei Abwägung der beiderseitigen Interessen hierfür eine Kündigung nicht gerechtfertigt wäre.

Bei der Interessenabwägung ist zu beachten, dass zunächst immer das relativ **mildeste Mittel** zu wählen ist (ultima-ratio-Prinzip), so muss zB bei der verhaltensbedingten Kündigung zunächst eine Abmahnung als das mildere Mittel erfolgen.

Auch die Änderungskündigung hat ggf. als milderes Mittel Vorrang vor der Beendigungskündigung.

Anhörung des Betriebsrates, § 102 BetrVG

Falls vorhanden muss der AG gem. § 102 (1) BetrVG den BR anhören. Der Betriebsrat kann gem. Abs. 2 innerhalb von einer Woche der ordentlichen Kündigung widersprechen. Äußert er sich innerhalb dieser Frist nicht, gilt seine Zustimmung als erteilt. Bei außerordentlichen Kündigungen muss er seine Bedenken unverzüglich, spätestens innerhalb von drei Tagen mitteilen.

Die Gründe, wegen derer der BR einer Kündigung seine Zustimmung verweigern kann, sind in Abs. 3 aufgelistet.

Der Widerspruch des BR hat jedoch keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Kündigung. Allerdings muss der AG gem. Abs. 4 dem AN die Stellungnahme des BR zuleiten.

Kündigungsfrist

Die **Kündigungsfrist** der arbeitgeberseitigen Kündigung bemisst sich grds. wie beim AN nach § 622 (1) BGB, d.h. vier Wochen (nicht: ein Monat) zum 15. oder zum Ende des Kalendermonats. Wenn das Arbeitsverhältnis in dem Betrieb jedoch zwei Jahre oder länger bestanden hat, gelten die längeren Kündigungsfristen des § 622 (2) BGB, d.h. je nach Betriebszugehörigkeit X Monat(e) zum Ende des Kalendermonats.

5.2.3 Kündigungsgründe nach dem Kündigungsschutzgesetz

Eine Kündigung des AN durch den AG ist nach § 1 Abs. 1 KSchG rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist⁸. Der Begriff „sozial ungerechtfertigt“ wird in § 1 Abs. 2 KSchG definiert. Hiernach ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht verhaltens-, personen- oder betriebsbedingt veranlasst ist.

1. Verhaltensbedingte Kündigung

a.) Kündigungsgrund

Der Kündigungsgrund muss im Verhalten des AN liegen, d.h. er muss in der Lage sein, dieses Verhalten wieder einzustellen.

Bsp.: Alkoholmissbrauch ohne Abhängigkeit // Arbeitsverweigerung // Mobbing // private Telefonate auf Kosten des AG // Schlechtleistung trotz Leistungsmöglichkeit // Verspätungen // Verletzung der Anzeige- und Mitteilungspflicht im Krankheitsfall etc.

⁸ Voraussetzung ist natürlich, dass das KSchG auf diesen AN anwendbar ist, vgl. oben bzw. §§ 1 und 23 KSchG.

Beachte: Pflichtverstoß allein genügt nicht (kein Sanktionscharakter), es müssen nach dem Prognoseprinzip zukünftige Vertragspflichtverletzungen wahrscheinlich oder die Pflichtverletzung so schwerwiegend sein, dass sie sich auch künftig belastend auswirkt und deshalb die Vertrauensbasis nachhaltig gestört ist.

b.) Interessenabwägung

Der verhaltensbedingte Kündigungsgrund muss unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips einer Interessenabwägung standhalten.

- 1.) Bei Störung im Leistungsbereich muss wegen Verhältnismäßigkeit zunächst eine einschlägige Abmahnung als das mildere Mittel erfolgen.

Abmahnung:

Die Abmahnung hat eine **Beanstandungs-** und **Warnfunktion.**

- Der AN wird darauf hingewiesen, dass der AG mit einem bestimmten Verhalten nicht einverstanden ist und
- warnt ihn, dass es zur Kündigung kommen kann, wenn er dieses Verhalten nicht ändert.

Wegen der Beanstandungs- und Warnfunktion muss Gegenstand der Abmahnung so genau wie möglich umschrieben werden = inhaltliches Bestimmtheitserfordernis.

Ferner muss deutlich darauf hingewiesen werden, dass eine Beibehaltung des gerügten Verhaltens zu einer Kündigung führen kann. Nach der Rspr. ist es auch ausreichend, wenn mit „arbeitsrechtlichen Konsequenzen“ gedroht wird.

Wenn der AN nach einer Abmahnung sein Verhalten nicht ändert, kann davon ausgegangen werden, dass es zukünftig zu weiteren Wiederholungen dieser Verhaltensweise kommen kann.

- 2.) Falls weiterhin die allgemeine Interessenabwägung zwischen dem Interesse des AG, dieses Verhalten nicht dulden zu müssen und dem Interesse des AN, seinen Arbeitsplatz zu behalten zu Gunsten des AG ausfällt, kann eine Kündigung grundsätzlich rechtmäßig sein.

2. Personenbedingte Kündigung

Der AN ist nicht (mehr) in der Lage, seiner Arbeitspflicht nachzukommen. Hierbei ist der Kündigungsgrund in der Person des AN begründet, d.h. der AN kann den Kündigungsgrund nicht „abstellen“.

Beispiele hierfür:

- mangelnde körperliche oder geistige Eignung
- Arbeitsverhinderung wegen Haft // fehlende Arbeitserlaubnis bei Ausländern // Verlust der erforderlichen Berufsausübungserlaubnis, zB Fluglizenz, Führerschein
- dauernde krankheits- oder altersbedingte Arbeitsunfähigkeit, sofern keine andere Einsatzmöglichkeit des AN besteht.

Beispiel dauernde krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit: Prüfung in drei Stufen:

a.) Kündigungsgrund

- 1.) negative Prognose hinsichtlich des künftigen Gesundheitszustandes des AN.

b.) Interessenabwägung

- 2.) die entstandenen und prognostizierten Fehlzeiten müssen zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen (nicht, wenn unter 6 Wochen jährlich, vgl. Wertung des EFZG).
- 3.) führt die erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung des AG?
⇒ keine soziale Rechtfertigung, wenn nach Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzipes die Kündigung einer Interessenabwägung nicht standhält.
zB wenn eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit - auch zu schlechteren Bedingungen – besteht oder wenn es zumutbar wäre, dass der AG zB zunächst eine Kur zur Ausheilung der Krankheit anregt.

3. Betriebsbedingte Kündigung

a.) Kündigungsgrund

Die Kündigung muss aus **betriebsbedingten Gründen** iSv § 1 II KSchG veranlasst sein, d.h. die Beschäftigungsmöglichkeit für den AN fällt weg (z.B. Schließung oder Verkleinerung Betriebsteil).

b.) Interessenabwägung

1. Es darf **keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit** für den AN bestehen (unternehmensbezogene Weiterbeschäftigungspflicht).

Wenn der Betriebsrat aus den in § 1 II S. 2, 3 KSchG genannten Gründen berechtigt widersprochen hat, liegt eine sog. absolute Sozialwidrigkeit der Kündigung vor, dh Kündigung ist schon aus diesem Grunde unwirksam.

Wenn kein BR besteht oder der BR der Kündigung nicht widersprochen hat, ist eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit nach hM im Rahmen der Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzip zu berücksichtigen = relative Unwirksamkeit.

2. **Sozialauswahl** muss fehlerfrei sein, § 1 III S. 1 KSchG

In die soziale Auswahl sind

- nur AN des Beschäftigungsbetriebes mit einzubeziehen (= Grundsatz der betriebsbezogenen Sozialauswahl)
- die mit dem zu kündigen AN vergleichbar sind, wofür in erster Linie arbeitsplatzbezogene Merkmale maßgeblich sind.

Kriterien der Sozialauswahl:

- Betriebszugehörigkeit
- Unterhaltsverpflichtungen
- Alter des AN

desweiteren

- Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt
- Pflegebedürftigkeit von nahen Angehörigen
- schlechter Gesundheitszustand

[Gewisser Beurteilungsspielraum des AG]

PRAXIS: Punktetabellen, die zuvor zB tarifvertraglich oder als BV vereinbart wurden. Sie dienen aber nur der Vorauswahl, an die sich immer eine einzelfallbezogene Gesamtbewertung anschließen muss.

Wenn die Auswahlkriterien im TV oder in BV nach § 95 BetriebsVG enthalten sind, ist gem. **§ 1 IV KSchG** eine Überprüfung der Sozialauswahl nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zulässig.

5.2.4 Prüfungsschema für die ordentliche AG-seitige Kündigung

1. Ordnungsgemäße Kündigungserklärung

- 1.) Aus der Erklärung muss eindeutig erkennbar sein, dass das AV (einseitig) beendet werden soll, („Kündigung“). Ferner sollte mitgeteilt werden, ob es sich um eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung handelt.
- 2.) Wirksamkeit nach §§ 104 ff, 164 BGB
- 3.) Gem. § 623 BGB Schriftform, aber grds. begründungsfrei

2. Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates, § 102 BetrVG

natürlich nur, wenn überhaupt ein BR besteht.

- (• § 31 II SprAuG bei leitenden Angestellten)
- (• § 75 BPersVG bzw. Landes PersVG bei AN des öff. Dienstes)

3. Besonderer Kündigungsschutz

- zB § 9 MuSchG
- § 18 BErzGG
- § 15 KSchG
- §§ 85, 90 bzw. §§ 90, 91 SGB IX für ao Kündigung)

4. Einhaltung der Kündigungsfrist, § 622 BGB oder ggf. AV, TV

Zugang der Kündigungserklärung ist für den Beginn der Frist maßgeblich, die Fristberechnung erfolgt gem. §§ 186 ff BGB.

5. Kündigungsschutzgesetz

- 1.) **Anwendbarkeit des KSchG** gem. §§ 1, 23 KSchG?
- 2.) Wenn nein ist die Kündigung begründungsfrei
- 3.) Wenn ja:
- 4.) **Soziale Rechtfertigung** der Kündigung gem. § 1 (1) KSchG?
→ nur wenn einer der drei Kündigungsgründe des § 1 (2) KSchG vorliegt:
 - a. verhaltensbedingt
 - b. personenbedingt
 - c. betriebsbedingt

5.) **Interessenabwägung**

(1) ultima-ratio-Prinzip: gibt es ein relativ milderes Mittel?

(2) Allgemeine Interessenabwägung

- Bei betriebsbedingter Kündigung außerdem § 1 III KSchG: Sozialauswahl und Sonderfall nach § 1 IV KSchG
- eine Interessenabwägung muss nicht erfolgen, wenn gem. § 1 II S. 2, 3 KSchG eine absolute Sozialwidrigkeit vorliegt. Hierfür muss jedoch einer der dort genannten Gründe vorliegen und der BR muss der Kündigung aus diesem Grund wirksam widersprochen haben.

6. Evt. Evtl. Massenentlassungsschutz nach §§ 17 ff KSchG

(nicht klausurrelevant)

5.2 Die außerordentliche (fristlose) Kündigung, § 626 BGB

1.) Wichtiger Grund iSv § 626 BGB

⇒ besonders schwerwiegende Vertragsverletzungen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung objektiv vorlagen. Verschulden ist nicht zwingend erforderlich.

- Störungen im Leistungsbereich = insbes. (schuldhafte) Verletzung der Arbeitspflicht oder Vergütungspflicht, zB eigenmächtiger Urlaubsantritt; Nebentätigkeit während ärztlich attestierter Arbeitsunfähigkeit; beharrliche Arbeitsverweigerung etc.
- Störungen im Vertrauensbereich, insbes. Vermögensstraftaten zum Nachteil des AG, Annahme von Schmiergeldern, grobe Beleidigungen etc.

Wie immer im Kündigungsrecht liegt der Kündigungsgrund auch hier in der Zukunft. Wenn eine Handlung in der Vergangenheit (zB Ohrfeige) Anlass zur Kündigung sein soll, liegt der Grund in der Zukunft, weil nämlich das Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört ist.

Bei Verdachtskündigungen werden strenge Voraussetzungen an den Tatverdacht gestellt, weil sie auch unschuldige AN treffen können.

2.) Interessenabwägung:

Kann die a.o. Kündigung unter Berücksichtigung aller Einzelfallumstände als gerechtfertigt angesehen werden? Das ist nur dann der Fall, wenn die a.o. Kündigung die unausweichlich letzte Maßnahme (ultima ratio) für den Kündigungsberechtigten war, also alle in Betracht kommenden milderen Mittel (zB Abmahnung, Versetzung, a.o. Änderungskündigung, ordentliche Kündigung) unzumutbar waren.

3.) Ferner:

Eine „Kündigungsfrist“ existiert nicht, es handelt sich bei der a.o. Kündigung gerade um eine fristlose Kündigung. Sie muss jedoch gem. § 626 (2) BGB innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis des Kündigungsgrundes ausgesprochen werden.

Im Übrigen müssen auch weitere Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. oben S. III 1-3), d.h. Schriftform gem. § 623 BGB, Anhörung BR gem. § 102 (1) und (2) BetrVG, jedoch nur ausnahmsweise besonderer Kündigungsschutz.

5.3 Kündigungsschutzklage

Das ArbG wird einer Klage zustimmen, wenn sie zulässig und begründet ist. Hier beispielhaft der Aufbau einer Klage nach einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung:

5.3.1 Zulässigkeit

- 1.) Rechtswegszuständigkeit des ArbG gemäß § 2 I Nr. 3b ArbGG immer, wenn Streit zwischen AN und AG über Bestehen oder Nichtbestehen eines AV vorliegt.
- 2.) Parteifähigkeit § 10 ArbGG iVm § 50 ZPO
- 3.) Kein Anwaltszwang, § 11 ArbGG
- 4.) Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung. Dabei ist das sog. Feststellungsinteresse erforderlich. Dieses folgt idR schon daraus, dass gem. § 7 KSchG Klage zur Verhinderung der Heilung von Sozialwidrigkeit erforderlich ist.

5.3.2 Begründetheit

- 1.) Einhaltung der Klagefrist nach § 4 S. 1 KSchG (ggf. § 5 KSchG prüfen), weil ansonsten gemäß § 7 Heilung erfolgt wäre → der AN kann sich nicht mehr darauf berufen, dass die Voraussetzungen des KSchG nicht vorliegen
- 2.) wenn die Kündigungsschutzklage fristgerecht erhoben wurde und keine anderen Unwirksamkeitsgründe vorliegen (zB § 9 MuSchG, § 102 BetrVG), folgt die materielle Prüfung nach Prüfungsschema.

5.4 Kurzkontrolle

- 1.) Wodurch wird ein Arbeitsverhältnis beendet? Nennen Sie bitte drei Beispiele.
- 2.) Wird das AV durch Insolvenz des AG automatisch beendet?
- 3.) Wo ist die Kündigungsfrist durch den AN geregelt?
- 4.) Wo ist die Kündigungsfrist durch den AG geregelt?
- 5.) Bedarf die Kündigung einer bestimmten Form?
- 6.) Wann ist das KSchG anwendbar?
- 7.) Was für Kündigungsgründe kennt das KSchG?
- 8.) Gehen Sie davon aus, dass das KSchG anwendbar ist. Kann eine rechtmäßige Kündigung ausgesprochen werden, wenn unzweifelhaft ein Kündigungsgrund vorliegt? Oder muss zusätzlich etwas anderes erfolgen? Ggf. was?
- 9.) Was ist eine Änderungskündigung? Wo ist sie geregelt?
- 10.) Welche Folge hat es, wenn das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist?
- 11.) Welche Folge hat es, wenn der AG seinen Betriebsrat vor einer Kündigung nicht anhört?
- 12.) Welche Folge hat es, wenn der BR der Kündigung durch den AG zulässigerweise widerspricht?
- 13.) Welche Folge hat es, wenn der BR auf die Anhörung durch den AG nicht reagiert?
- 14.) Nennen Sie jeweils ein Beispiel für einen verhaltens-, personen- und betriebsbedingten Kündigungsgrund.
- 15.) Was ist das relativ mildeste Mittel (Interessenabwägung) vor der verhaltensbedingten Kündigung aus Ihrem obigen Beispiel?
- 16.) Was ist das relativ mildeste Mittel (Interessenabwägung) vor der personenbedingten Kündigung aus Ihrem obigen Beispiel?
- 17.) Was ist das relativ mildeste Mittel (Interessenabwägung) vor der betriebsbedingten Kündigung aus Ihrem obigen Beispiel?
- 18.) Wann ist eine außerordentliche Kündigung zulässig?
- 19.) Gibt es eine Kündigungsfrist bei einer außerordentlichen Kündigung?

6. Kollektives Arbeitsrecht

Eine stringente Aufteilung des Arbeitsrechts in individuelles und kollektives Arbeitsrecht ist nicht möglich. Daher war schon im bisher behandelten individuellen Arbeitsrecht häufig von Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen die Rede.

Grundlage des Arbeitsverhältnisses im individuellen Arbeitsrecht ist regelmäßig der (individuelle) Arbeitsvertrag. Der Schwerpunkt liegt im Bürgerlichen Recht (Schuldrecht). Auch im kollektiven Arbeitsrecht ist der Einzelarbeitsvertrag Grundlage des Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Im kollektiven Arbeitsrecht werden die Bedingungen des Arbeitsvertrages jedoch in Teilbereichen nicht zwischen jedem einzelnen Arbeitnehmer und jedem einzelnen Arbeitgeber vereinbart. Die Rahmenbedingungen der Arbeitsverhältnisse werden von Berufsvereinigungen bzw. -verbänden ausgehandelt. Das kollektive Arbeitsrecht weist häufig Bezüge zum öffentlichen Recht auf.

Historische Grundlage: Um die teilweise sehr schlechten Arbeitsbedingungen in der Zeit der Industrialisierung zu verbessern, gründeten Arbeitnehmer Gewerkschaften. Als Gegengewicht zu den Gewerkschaften und als Verhandlungspartner für diese haben Arbeitgeber eigene Verbände gegründet (vgl. im Übrigen die ausführliche Besprechung in der 1. Vorlesung).

Zum kollektiven Arbeitsrecht gehört das Koalitionsrecht, das Tarifvertragsrecht, das Arbeitskampfrecht, das Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht sowie das Mitbestimmungsrecht.

Nachfolgend ein kurzer Überblick über das Koalitions-, Tarif-, Arbeitskampf- und Betriebsverfassungsrecht.

6.1 Koalitionsrecht

Unter **Koalition** versteht man einen freiwilligen Zusammenschluss von AN oder AG, der auf eine gewisse Dauer angelegt, auf privatrechtlicher Grundlage beruht, eine körperschaftliche Verfassung hat, überbetrieblich organisiert ist und eine demokratische Willensbildung vorsieht.

Ziel der Koalition muss gem. Art 9 Abs. 3 GG die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sein.

Nicht jede Koalition i.S.d. Art. 9 Abs. 3 GG ist zugleich auch eine tariffähige Vereinigung iSd § 2 TVG. Arbeitnehmervereinigungen (Gewerkschaften) sind nur dann iSv § 2 TVG tariffähig, wenn zu den o.g. Koalitionsmerkmalen zusätzlich die Tarifwilligkeit und auch eine gewisse Durchsetzungskraft vorliegt.

Gewerkschaften sind sozialpolitische Organisationen der Arbeitnehmer. Im Gegensatz zu den Arbeitgeberverbänden sind Gewerkschaften nichtrechtsfähige Vereine.

Arbeitgeberverbände sind sozialpolitische Organisationen der Arbeitgeber. Sie sind vor allem als Industrieverbände in Form von rechtsfähigen Vereinen organisiert.

6.2 Tarifvertragsrecht

Wie bei jedem Vertrag kommt auch ein TV nur zustande, wenn zwei gleichlautende Willenserklärungen (Angebot und Annahme) abgegeben wurden. Zur Abgabe einer wirksamen Willenserklärung, die auf den Abschluss eines TV gerichtet ist, ist es erforderlich, dass die Vertragsparteien tariffähig iSv § 2 TVG sind.

6.2.1 Inhalt des Tarifvertrages:

Nach § 1 Abs. 1 TVG regelt der TV zunächst die

- 1.) Rechte und Pflichten der Vertragsparteien (schuldrechtlicher Teil) und des weiteren
- 2.) Rechtsnormen, die
 - den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie
 - betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können.
(Normativer Teil)

- Die Verletzung von schuldrechtlichen Pflichten führt zu schuldrechtlichen Ansprüchen (zB Anspruch auf Erfüllung oder auf Schadensersatz etc.). Die beiden wichtigsten schuldrechtlichen Ansprüche sind die „Friedenspflicht“ und die „Einwirkungspflicht“ (bzw. „Durchführungspflicht“).

Friedenspflicht: Sie trifft beide Parteien zur Wahrung des Arbeitsfriedens. Während der Laufzeit eines TV dürfen keinen erneuten Verhandlungen über den selben Gegenstand mit Hilfe eines Arbeitskampfes erzwungen werden (relative Friedenspflicht).

Es kann auch eine Vereinbarung darüber getroffen werden, dass während der Laufzeit eines TV keine Arbeitskampfmaßnahme durchgeführt werden darf (absolute Friedenspflicht).

Durchführungspflicht: Die Tarifvertragsparteien haben dafür zu Sorgen, dass sich ihre Mitglieder tarifvertragsgemäß verhalten.

- Die Wirkung des normativen Teils regelt § 4 TVG. Danach regeln die „Rechtsnormen“ des Tarifvertrages unmittelbar und zwingend die einzelnen Arbeitsverhältnisse zwischen den Mitgliedern der Tarifvertragsparteien.

Es wird Unterschieden in Manteltarifverträge (bzw. RahmenTV) und besondere TV.

Der MantelTV regelt allgemeine Fragen (zB Eingruppierungen, Arbeitszeit, Urlaub, Kündigungsfristen, Bezüge im Krankheitsfall etc.) und hat idR eine längere Laufzeit (häufig 3 Jahre).

Besondere TV (zB der GehaltsTV) regeln die Gehälter in den jeweiligen Gruppen in ihrer genauen Höhe, Mindesteinkommen, Sonderzuwendungen, vermögenswirksame Leistungen etc. Besondere TV haben idR eine Laufzeit von 1-2 Jahren.

6.2.2 Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen:

- 1.) Schriftform, § 1 (2) TVG
- 2.) Tarifzuständigkeit, d.h. die tariffähigen Parteien müssen auch räumlich und sachlich zuständig sein. (Bsp.: die IG Metall ist lt. ihrer Satzung für die metallverarbeitende Industrie zuständig).

6.2.3 Tarifaufonomie

Die in Art. 9 (3) GG garantierte Tarifaufonomie wird durch höherrangiges Recht begrenzt, sofern es nicht dispositiv ist (vgl. Übersicht zur U1, Rangfolge der Rechtsquellen). Höherrangiges Recht sind zB zwingende Vorschriften des BGB.

6.2.4 Tarifgebundenheit

Tarifverträge wirken nur gegenüber „Tarifgebundenen“. Wer tarifgebunden ist, ist in § 3 Abs. 1 TVG geregelt. Danach sind die Mitglieder der Tarifvertragsparteien bzw. einzelne Arbeitgeber die (ohne zu einem Arbeitgeberverband zu gehören) mit einer Gewerkschaft einen TV geschlossen haben, tarifgebunden.

Ein Arbeitnehmer ist also grundsätzlich nur dann tarifgebunden, wenn er gewerkschaftlich organisiert ist. Zu beachten ist aber § 5 TVG: Unter den Voraussetzungen des § 5 TVG kann der BM für Arbeit einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären, so dass er auch für nicht tarifgebundene AN und AG verbindlich wird.

6.2.5 Günstigkeitsprinzip

Nach dem Günstigkeitsprinzip sind vom TV abweichende Vereinbarungen in den Einzelarbeitsverträgen (nur) dann wirksam, wenn sie für den AN günstiger sind als der TV selbst, vgl. § 4 Abs. 3 TVG (und meine hervorragenden Erläuterungen in der ersten Vorlesung).

6.2.6 Ablauf des TV

Nach Ende eines TV durch Zeitablauf wirken gem. § 4 Abs. 5 TVG die tariflichen Normen noch weiter. Sie sind jedoch nicht mehr zwingend, sondern dispositiv. D.h. solange keine besondere einzelvertragliche Regelung vereinbart wurde, gelten die Regelungen des alten TV weiter. Von ihnen kann aber unter Durchbrechung des Günstigkeitsprinzips abgewichen werden.

6.3 Arbeitskampfrecht

Die in Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich garantierte Koalitionsfreiheit bzw. Tarifautonomie führt dazu, dass Koalitionen Tarifverträge schließen können. Es gibt jedoch keinen durchsetzbaren Anspruch auf die Führung von Tarifverhandlungen oder den Abschluss eines Tarifvertrages. Daher müssen die Tarifvertragsparteien Mittel haben, um notfalls den Abschluss eines TV erzwingen zu können. Dies ist insbesondere auf AN-Seite erforderlich, da Tarifverträge idR die Arbeitsbedingungen verbessern sollen. Ohne ein Druckmittel würde dieses Ziel allein vom Willen der AG abhängen.

Auch wenn aus Art. 9 (3) GG folgt, dass der Arbeitskampf als solcher verfassungsrechtlich garantiert ist, gibt es keine gesetzliche Regelung darüber, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitskampf geführt werden darf. Daher findet sich nirgendwo eine Legaldefinition des Begriffes „Arbeitskampf“. Es gelten die vom BAG entwickelten Grundsätze zum Arbeitskampfrecht.

Das Druckmittel der AN ist der Streik, das der Arbeitgeber die Aussperrung.

6.3.1 Streik

Unter Streik versteht man die gemeinsame, bewusste und planmäßige Verweigerung der vertraglich geschuldeten Arbeit einer größeren Zahl von AN zur Durchsetzung bestimmter Forderungen bzw. zur Erreichung eines bestimmten Kampfzieles.

Rechtmäßigkeit des Streiks:

- 1.) Tarifvertrag ist abgelaufen (ansonsten Friedenspflicht, s.o.)
- 2.) Streik muss der Durchsetzung wirtschaftlicher Ziele dienen (nicht: zB politische Ziele)
- 3.) Streik muss gewerkschaftlich organisiert sein. Sogenanntes „wildes streiken“ einzelner AN ist rechtswidrig.
- 4.) Verhältnismäßigkeit. Auch hier gilt das ultima-ratio-Prinzip, d.h. der Streik muss das letztmögliche Mittel zur Erreichung des angestrebten Zieles sein.

Rechtsfolgen eines rechtmäßigen Streiks:

Während der Dauer des Streiks ruhen die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, obwohl das AV rechtlich fortbesteht. Die Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik ist daher keine Arbeitsvertragsverletzung, aus dem der AG

Ansprüche herleiten könnte. Umgekehrt ist der Arbeitgeber von seiner Lohnzahlungspflicht befreit [nach welcher Vorschrift?]⁹.

Ein arbeitswilliger AN, der von seinem AG allein aufgrund eines Streikes der anderen AN nicht beschäftigt werden kann, verliert ebenfalls seinen Lohnanspruch. Der Arbeitskampf anderer AN fällt grds. in die Sphäre der anderen (nicht streikenden) AN (Lehre vom Betriebsrisiko, die mittlerweile in § 615 BGB gesetzlich normiert wurde).

Rechtsfolgen eines rechtswidrigen Streiks:

Wenn Gewerkschaften einen rechtswidrigen Streik führen (zB trotz Friedenspflicht), kann dies zu schuldrechtlichen und deliktischen Ersatzansprüchen der Arbeitgeber gegen die Gewerkschaft und die AN führen (zB aus §§ 280, 823, 826, 831, 1004 BGB). Darüber hinaus können teilnehmende AN gekündigt werden.

6.3.2 Aussperrung

Die Aussperrung ist eine planmäßige Ausschließung mehrere AN durch einen oder mehrere AG von der Arbeit unter Verweigerung der Lohnzahlung.

In der Regel erfolgt die Aussperrung in Form einer Abwehraussperrung als Reaktion auf einen rechtmäßigen oder rechtswidrigen Streik der Arbeitnehmer. Die Angriffsaussperrung (mit dem Ziel, die Arbeitsbedingungen zu verschlechtern) kommt in der Praxis so gut wie nicht vor.

Rechtmäßigkeit der (Abwehr)aussperrung (Grundsätze nach BAG):

- 1.) (ggf.) Vorliegen eines Streiks
- 2.) Aussperrung wird durch einen Arbeitgeberverband organisiert
- 3.) Es müssen alle AN ausgesperrt werden, d.h. keine Bevorzugung von zB nicht gewerkschaftlich organisierten AN.
- 4.) Verhältnismäßigkeit

6.3.3 Rechtsfolgen der Aussperrung

Wie beim Streik werden die Rechte und Pflichten aus dem AV suspendiert.

[Der AG hat auch die Möglichkeit der auflösenden Aussperrung (aber str.), die die Wirkung einer Kündigung hat. Allerdings muss der AG den AN idR nach Beendigung des Arbeitskampfes nach billigem Ermessen wieder einstellen.]

Bei einer rechtswidrigen Aussperrung hat der AN u.a. gem. § 615 BGB Anspruch auf Lohn.

6.4 Betriebsverfassungsrecht

Der Betriebsinhaber leitet den Betrieb, d.h. ihm steht grds. auch das Recht zu, Entscheidungen zu treffen, die zT auch die beschäftigten AN betreffen. Hauptziel des Betriebsverfassungsrechts (teilweise auch als „Mitbestimmungsrecht“ bezeichnet) ist es daher, diese umfassende Entscheidungskompetenz des AG im Interesse der AN einzuschränken. Das Betriebsverfassungsrecht (gesetzliche Grundlage ist das BetrVG) regelt somit die innerbetriebliche Zusammenarbeit zwischen AG und AN, wobei sich AG und AN nicht als „gegnerische Parteien“ gegenüberstehen sollen. Vielmehr sollen AG und Betriebsrat unter Beachtung der geltenden TV vertrauensvoll zusammenarbeiten, siehe § 2 Abs. 1 BetrVG.

Die Mitbestimmung von AN ist unter anderem auch im MitbestimmungsgG geregelt, das für Großunternehmen gilt, des weiteren gibt es speziell für Bergbau-, Eisen- und Stahlunternehmen das Montan-MitbestG. Bei Unternehmen mit mindestens 10 leitenden Angestellten sieht das SprAuG die Einsetzung von sog. Sprecherausschüssen vor.

6.4.1 Anwendungsbereich des BetrVG

1.) betrieblicher Anwendungsbereich

⇒ Betriebsräte können gem. § 1 BetrVG nur in Betrieben mit idR mindestens fünf ständigen wahlberechtigten AN (Def. in § 7 BetrVG), von denen drei wählbar sein müssen, gewählt werden.

⇒ **Was ein Betrieb ist**, ist gesetzlich nicht geregelt. Nach h.M. handelt es sich dabei um eine organisatorische Einheit, mit der der AG allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck verfolgt.

Die Begriffe Unternehmen und Betrieb sind nicht identisch. Daher kann ein Unternehmen mehrere Betriebe haben (zB die A-GmbH aus Köln hat eine organisatorisch selbständige Filiale in München), mehrere Unternehmen können allerdings auch zusammen einen einheitlichen Betrieb bilden. Beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 BetrVG wird dies vermutet.

⇒ Das BetrVG gilt nicht für den öffentlichen Dienst (dann Personalvertretung nach den PersVG des Bundes und der Länder). Auch Religionsgemeinschaften

und karitative Einrichtungen fallen grds. nicht unter das BetrVG, vgl. § 118 BetrVG.

2.) Persönlicher Anwendungsbereich

- ⇒ Das BetrVG ist gem. § 5 Abs. 1 BetrVG auf Arbeitnehmer und auf Heimarbeiter anwendbar. Zu beachten ist jedoch der Negativkatalog des § 5 Abs. 2 BetrVG, der den Begriff des AN einschränkt.
- ⇒ Auf leitende Angestellte findet das BetrVG grds. keine Anwendung, auch wenn sie AN im Sinne des Arbeitsrechts sind. Für sie gilt das SprecherausschussG (SprAuG). Ausnahmen: §§ 105, 107, 108 BetrVG.

6.4.2 Der Betriebsrat

§ 1 BetrVG regelt lediglich, unter welchen Voraussetzungen ein BR gewählt werden darf. Es besteht jedoch keine Verpflichtung für die AN, einen BR zu errichten.

Wenn ein BR gewählt werden soll, so richtet sich dies nach §§ 7 ff BetrVG:

- ⇒ wahlberechtigt sind alle AN ab 18 Jahren (§ 7 BetrVG)
- ⇒ wählbar sind alle AN mit mindestens sechsmonatiger Betriebszugehörigkeit (§ 8 Abs. 1 BetrVG)
- ⇒ Die Zahl der BR-Mitglieder richtet sich nach der Anzahl der AN, Katalog in § 9 BetrVG
- ⇒ Die Wahlen finden alle vier Jahre statt (§ 13 Abs. 1 BetrVG)
- ⇒ Das Wahlverfahren ist in den §§ 14 ff BetrVG geregelt. Die Behinderung der Wahl ist übrigens eine Straftat, die mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft werden kann, § 119 BetrVG. Bei Verstoß gegen die Wahlvorschriften kann die Wahl gem. § 19 beim Arbeitsgericht angefochten werden; die Kosten der Wahl trägt gem. § 20 (3) der AG.
- ⇒ Der auf 4 Jahr gewählte BR (Amtszeit § 21 Abs. 1 BetrVG) hat einen Vorsitzenden und Stellvertreter, vgl. zu den organisatorischen Einzelheiten §§ 21 – 41 BetrVG.
- ⇒ Der BR ist kein Organ der Gewerkschaften, sondern Interessenvertreter (Repräsentant) der AN des Betriebes. Er handelt jedoch nicht als Vertreter der AN (entsprechend § 164 BGB), sondern im eigenen Namen. Daher ist er auch nicht an Weisungen der AN oder der Gewerkschaften gebunden, soll aber mit ihnen zusammenarbeiten (vgl. § 2 BetrVG). Zwischen AG und BR herrscht ständige, absolute Friedenspflicht (§ 74 Abs. 2 BetrVG), aus § 74 Abs. 1 BetrVG folgt die Kooperationsmaxime („Kooperation statt Konfrontation“).
- ⇒ Die einzelnen BR-Mitglieder führen ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt (§ 37 Abs. 1 BetrVG), haben gem. Abs. 2 ein Recht auf Freistellung mit Lohnfortzahlung zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben und genießen besonderen Kündigungsschutz nach § 15 KSchG.

6.4.3 Aufgaben des BR:

Dem BR stehen **Mitwirkungsrechte** (zB Informationsrechte § 80 II, Anhörungsrechte § 102 bei Kündigungen, Vorschlagsrechte, zB §§ 90, 92 II, 92a, 96 I etc) zu. Diese Mitwirkungsrechte müssen zwar vom AG beachtet werden, lassen aber die Entscheidungskompetenz des AG unberührt. Bsp: nach § 102 BetrVG ist der BR vor dem Ausspruch einer Kündigung innerhalb bestimmter Fristen anzuhören. Unterbleibt die Anhörung, ist die Kündigung unwirksam. Wenn der BR jedoch ordnungsgemäß angehört wurde, kommt es auf seine Zustimmung – jedenfalls bezüglich der Wirksamkeit der Kündigung – nicht mehr an.

Desweiteren gibt es echte Beteiligungsrechte (sog. **Mitbestimmungsrechte**), die dem BR eine (unterschiedliche) Mitentscheidungskompetenz einräumen. Mitbestimmungsrechte gibt es in Form von Zustimmungsverweigerungsrechten (wichtigster Fall: § 99 Abs. 2, 3 BetrVG = personelle Einzelmaßnahmen wie Einstellung, Umgruppierung und § 103 = a.o. Kündigung eines BR-Mitgliedes) und Mitbestimmungsrechten im engeren Sinn, wo dem BR sogar ein Vetorecht zusteht. Bsp. hierfür: § 87 (soziale Angelegenheiten), § 94 (Personalfragebogen), § 95 (Auswahlrichtlinien) und § 111 (Sozialplan).

In diesen Fällen kann die Zustimmung des BR zwar nicht vom Arbeitsgericht, aber durch Spruch der Einigungsstelle (§ 76) ersetzt werden.

6.4.4 Allg. Übersicht über die Aufgaben des BR:

- ⇒ die allgemeinen Aufgaben des BR sind in § 75 und im Katalog des § 80 Abs. 1 Nr. 1-7 BetrVG geregelt.
- ⇒ Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten (§§ 87 ff BetrVG) sind im Katalog des § 87 Abs. 1 Nr. 1-12 BetrVG ausführlich geregelt.
- ⇒ Mitbestimmungsrechte in personellen Angelegenheiten sind in den §§ 92 – 105 BetrVG geregelt. Insbesondere bei Einstellungen, Ein- und Umgruppierungen und Versetzungen (§ 99 BetrVG) ist die Zustimmung des BR erforderlich.
- ⇒ Beteiligungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten vgl. §§ 106-113 BetrVG
Wenn AG und BR zu keiner Einigung gelangen, ist eine Einigungsstelle zu bilden, die gem. § 76 BetrVG zu entscheiden hat.
- ⇒ Gem. §§ 42 – 46 BetrVG hat der BR regelmäßig eine Betriebsversammlung einzuberufen. Sie besteht aus AN des Betriebes (§ 42) , wobei der AG (§ 43 II) und Beauftragte von Berufsverbänden (§ 46 I) teilnahmeberechtigt sind.
Die Betriebsversammlung dient der Information der AN. Mindestens einmal im Jahr muss der BR über Personal- und Sozialwesen sowie über die wirtschaftliche Lage und Entwicklung des Betriebes Bericht erstatten. Die Betriebsversammlung kann dem BR Anregungen (keine Anweisungen) geben.

Bei Unternehmen, die aus mehreren Betrieben mit mehreren Betriebsräten bestehen, ist gem. § 47 BetrVG ein Gesamtbetriebsrat einzurichten.