

BA KOMPAKT

LEHRBUCH

Klaus Sakowski

# Arbeitsrecht

*2. Auflage*



Springer Gabler

---

# **BA KOMPAKT**

## **Reihe herausgegeben von**

Martin Kornmeier, Duale Hochschule Baden-Württemberg, Mannheim, Deutschland

Die Bücher der Reihe *BA KOMPAKT* sind zugeschnitten auf das Bachelor-Studium im Studienbereich Wirtschaft an den Dualen Hochschulen und Berufsakademien. Sie erfüllen vollständig die im Curriculum zur Erlangung des Bachelor festgelegten Anforderungen (Lerninhalt, Lernmethoden, Konzeption und Ablauf der Veranstaltungen).

**Die Reihe BA KOMPAKT zeichnet sich aus durch:**

- Fokussierung auf die elementaren Lernziele
- Starker Praxisbezug durch konkrete Beispiele
- Einbindung von Fallstudien für Einzel- und Gruppenarbeit
- Unmittelbare Anwendbarkeit des vermittelten Wissens durch Tipps und Hintergrundinformationen
- Übersichtliche, anschauliche Darstellung durch zahlreiche Kästen, Abbildungen und Tabellen
- Kontrollfragen zur Prüfung des Lernerfolgs

Weitere Bände in dieser Reihe <http://www.springer.com/series/7570>

---

Klaus Sakowski

# Arbeitsrecht

2. Auflage

Klaus Sakowski  
DHBW Heidenheim  
Heidenheim, Deutschland

ISSN 1864-0354                      ISSN 2626-7799 (electronic)  
BA KOMPAKT  
ISBN 978-3-662-56234-5              ISBN 978-3-662-56235-2 (eBook)  
<https://doi.org/10.1007/978-3-662-56235-2>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Die erste Auflage ist unter dem Titel „Arbeitsrecht. Eine Einführung für Wirtschaftswissenschaftler“ erschienen.

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2014, 2020

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Planung/Lektorat: Margit Schlomski

Springer Gabler ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer-Verlag GmbH, DE und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Germany

---

## Vorwort

Von allen Rechtsgebieten, mit denen Studierende im Verlauf ihres Studiums zu tun haben, ist das Arbeitsrecht in ihrer späteren beruflichen Laufbahn als Fach- und Führungskraft wohl am bedeutsamsten, jedenfalls wenn man es am Maßstab der Unumgänglichkeit bemisst. Alle, die im Berufsleben stehen, haben früher oder später, vom Beginn bis zum Ende eines Arbeitsverhältnisses oder als Selbstständige, mit Arbeitsrecht zu tun. Erstere sind häufig in ihrer Funktion als Arbeitnehmer, letztere als Arbeitgeber damit befasst. Deshalb ist ein richtiges oder zumindest tendenziell in die richtige Richtung gehendes Rechtsverständnis des Arbeitsrechts gleichermaßen unumgänglich. Grundkenntnisse helfen bei vielen wichtigen Entscheidungen von teilweise existenzieller Bedeutung, z. B. bei Fragen rund um die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses. In bedauerlichem Kontrast hierzu steht die Bedeutung des Arbeitsrechts im wirtschaftswissenschaftlichen Hochschulkontext. In zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht spielt das Fach in den Curricula regelmäßig nur eine untergeordnete Rolle. Zudem sind alle rechtlichen Fächer mit dem häufigen Vorurteil belastet, „trocken“ zu sein, was den Zugang vieler Studierender zu arbeitsrechtlichen Themen und Inhalten eher noch erschwert. So sind die Bezüge und Motivationslagen von Studierenden zum Arbeitsrecht häufig schwach oder halbherzig ausgeprägt.

Das vorliegende Buch kommt dem Studierenden in verschiedener Weise entgegen. Es bietet ihm eine überschaubare, von der Zeit und vom Umfang her an die begrenzten Modulpläne angepasste und damit angemessene Zusammenfassung wichtiger Inhalte des Arbeitsrechts. Es vermittelt ein Grundverständnis des Arbeitsrechts sowie ein Verständnis der Abgrenzung des Arbeitsrechts von anderen Rechtsbereichen. Auf die Verwendung von Fachbegriffen wurde so weit als möglich verzichtet. Der Blickwinkel ist der eines Verfassers, der seit vielen Jahren sowohl in der Lehre als auch in der juristischen Praxis tätig ist. Durch diese Verzahnung von Theorie und Praxis vermag das vorliegende Buch im Unterschied zu rein akademischen Lehrbüchern die „Lebendigkeit“ des Rechtsstoffs und dessen hohe Praxisrelevanz in besonderer Weise hervorzuheben. Der überschaubare Umfang bedingt zudem eine angemessene Auswahl des Stoffes und nimmt auch insoweit dem Studierenden eine wichtige, für ihn häufig im Studium noch nicht einschätzbare Aufgabe ab.

Eingegangen wird in dem Buch u. a. auf die aus Sicht des Verfassers praktisch bedeutsamsten Probleme im Zusammenhang mit der Begründung, dem Inhalt und der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Weiter sollen die Studierenden einige in der Praxis vorkommende Fragestellungen zu betrieblichen und überbetrieblichen arbeitsrechtlichen Problemen, die über die individualvertragliche Ebene hinausgehen (sog. kollektives Arbeitsrecht), kennenlernen. Im Text selbst sowie im Anhang finden sich zahlreiche Praxisbeispiele, Übungsfälle und Musterklausuren samt Lösungsvorschlägen. Anhand dieser sollen die Studierenden auch eine an den juristischen Gutachtenstil angelehnte Methodik zur Fallbearbeitung kennen lernen.

Die angemessene Begrenzung im Umfang macht auch den vergleichsweise günstigen Bezugspreis des Buches möglich. Das Buch erscheint in der Reihe „BA kompakt“ (BA für „Bachelor of Arts“). Dessen erklärtes Ziel ist es, eine sinnvolle Mitte zwischen allen genannten Anforderungen nach inhaltlicher Tiefe, überschaubarem Umfang und günstigem Bezugspreis zu finden. Alle inzwischen erschienenen Bücher dieser Buchreihe wurden in diesem Bestreben geschrieben, auch das vorliegende. Für Kritik und Anregungen ist der Verfasser dankbar (E-Mail: [klaus.sakowski@dhbw-heidenheim.de](mailto:klaus.sakowski@dhbw-heidenheim.de)). In derselben Buchreihe ist auch ein vom Verfasser geschriebenes Lehrbuch „Grundlagen des Bürgerlichen Rechts“ erschienen (ISBN 978-3-642-40423-8), welches auch als E-Book verfügbar ist (ISBN 978-3-642-40424-5). Viele Inhalte dieses Buches bauen auf Grundkenntnisse des Zivilrechts und insbesondere des Bürgerlichen Rechts auf. Deshalb wird die ergänzende Anschaffung auch dieses als Grundlagenlektüre und zum Nachschlagen bzw. Gegenlesen empfohlen.

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung bzw. besseren Lesbarkeit im Folgenden ausschließlich die männliche Form verwendet wird. Ämter, Tätigkeiten, akademische Grade sowie Funktions-, Status- und Berufsbezeichnungen sind geschlechtsneutral zu verstehen.

Heidenheim  
im Juni 2020

Prof. Dr. Klaus Sakowski

---

## Einleitende Hinweise zu diesem Buch

Inhaltlich orientiert sich das vorliegende Buch an den Modulbeschreibungen einschlägiger Module zum Arbeitsrecht im Rahmen betriebswirtschaftlicher Bachelor-Studiengänge an der Dualen Hochschule Baden-Württemberg (DHBW). Sein Inhalt ist eine Darstellung arbeitsrechtlicher Grundkenntnisse, sodass das Buch auch eine geeignete Lernhilfe für Studierende anderer juristisch oder betriebswirtschaftlich orientierter Lehr- und Studiengänge im hochschulischen oder außerhochschulischen Bereich darstellt.

Aus Gründen des begrenzten Seitenumfangs und der Didaktik wurde darauf verzichtet, Lösungsvorschläge zu allen im Buch genannten Fällen im Buch selbst abzu-  
drucken. Im Anhang finden sich lediglich Lösungsvorschläge zu den ersten drei Fällen jedes Kapitels. Die übrigen Lösungsvorschläge sind im Internet unter der Adresse

[www.springer.com/978-3-662-56234-5](http://www.springer.com/978-3-662-56234-5)

abgedruckt oder können vom Verfasser selbst bezogen werden (E-Mail [klaus.sakowski@dhw-heidenheim.de](mailto:klaus.sakowski@dhw-heidenheim.de)). Hintergrund für diese Vorgehensweise ist vor allem die Überlegung, dass der Studierende im Regelfall zunächst selbst nachdenken und sich einen Lösungsvorschlag überlegen soll. Die Versuchung ist nach aller Erfahrung ansonsten recht groß, sich sogleich am Ende des Buches nach dem Lösungsvorschlag des Verfassers zu informieren und sich das eigene Nachdenken zu sparen. Der „Medienbruch“ (Buch/Internet) kann dieser Gefahr zumindest ein kleines Stück vorbeugen, ist in diesem Sinne also beabsichtigt. Zudem wird einem Lehrbeauftragten, der das Buch seinen Studierenden als Begleitlektüre empfohlen hat oder gar in der Lehrveranstaltung benutzt, das Lehren erleichtert, indem die Fälle ergebnisoffen diskutiert werden können und die Studierenden nicht nur die aufbereiteten Lösungsvorschläge im hinteren Teil des Buches mitteilen oder aufsagen.

Dem Studierenden wird dringend angeraten, Vorschriften nicht auswendig zu lernen und diese auch nicht nur nach deren Paragraphenzahl zu lernen, um sie auswendig in einer Klausur aufsagen zu können. Vielmehr wird vor allem angeraten, eine Vorschrift, die im Buch genannt wird, wenigstens einmal im Gesetzestext nachzuschlagen und inhaltlich zu lesen, um deren Sinn zu erfassen. Angesichts des Umstands, dass Gesetzestexte im Regelfall ein zugelassenes Hilfsmittel bei der Klausur sind, kann eine relevante



Vorschrift entsprechend leicht gefunden werden. Letztlich kommt es neben dem Auffinden einer Vorschrift vor allem darauf an, deren Merkmale richtig und praxisnah zu interpretieren, und nicht darauf, den Wortlaut zu kennen oder gar aufzusagen.

Neben Lösungsvorschlägen zu den jeweils ersten drei Übungsfällen der einzelnen Kapitel sowie den Antwortvorschlägen zu den Kontrollfragen finden sich im Anhang auch einige Musterklausuren, die thematisch gesehen ein gewisses Spektrum der Lehrinhalte abdecken. Der Verfasser hat diese Aufgaben in der Vergangenheit als Klausuraufgaben in verschiedenen Studienkursen gestellt. Zwar werden die Lösungsvorschläge direkt im Anschluss abgedruckt. Gleichwohl können die Studierenden auch diesbezüglich nur gebeten bzw. es kann ihnen dringend angeraten werden, sich zunächst selbst Gedanken über eine vertretbare Lösung zu machen und diese dann mit dem Lösungsvorschlag des Verfassers zu vergleichen. Eine abweichende Lösung muss nicht falsch sein. Gerade im Arbeitsrecht läuft es häufig auf eine Abwägung gegenseitiger Interessen und damit auf eine Bewertung hinaus. Bewertungen sind naturgemäß (auch) von den Wertvorstellungen und Bewertungsmaßstäben des jeweiligen Gutachters bzw. Verfassers abhängig, dementsprechend sind häufig - gerade auch im akademischen Umfeld - abweichende Meinungen und Lösungsvorschläge zumindest vertretbar und daher ebenfalls „richtig“. Der Verfasser stellt in seinem Lösungsvorschlägen jeweils nur seine eigene Meinung oder, falls überzeugend, die „herrschende Meinung“ in der Rechtsprechung dar. Ob es sich bei einer abweichenden Meinung des Studierenden noch um eine vertretbare handelt, ist eine Frage des Einzelfalls und kann pauschal nicht beantwortet werden.

Der Inhalt des Buches ist vergleichsweise „textlastig“, was ebenfalls der erklärten Absicht des Verfassers entspricht. Die Orientiertheit an der Sprache und am geschriebenen Text ist ein wesentlicher Bestandteil juristischer Praxis und Alltagsarbeit. Dementsprechend wurde auf Grafiken bzw. Tabellen so weit als möglich und nötig verzichtet. Gleichwohl sind gestalterische Elemente zur Erleichterung der Übersicht und des Erlernens der Inhalte enthalten. Diese bestehen in Abbildungen, in Form drucktechnischer Hervorhebungen wichtiger Begriffe und Stichworte sowie in Form verschiedenartiger „grauer Kästen“. In diesen sind Übungsfälle, Praxisbeispiele oder begleitende Erläuterungen (Exkurse) enthalten. Am Beginn jedes Kapitels steht eine Auswahl wichtiger Lernziele, die mit der Lektüre des jeweiligen Kapitels verbunden sind. Kontrollfragen am Ende jedes Kapitels erleichtern das zusammenfassende Nachdenken über das Gelesene und Erlernte. Die Lösungen zu den Kontrollfragen befinden sich im Anhang des Buches. Die Übungsfälle, die im laufenden Text zu jedem Kapitel abgedruckt sind, stammen überwiegend aus der Rechtsprechung der Obergerichte (meist Bundesarbeitsgericht), zum Teil auch aus der früheren anwaltlichen Praxis des Verfassers. In jedem Falle sind also die Fälle „aus dem Leben gegriffen“ und unterstreichen in diesem Sinne die hohe Praxisrelevanz des Stoffes. Auf die Berücksichtigung von Beiträgen der rechtswissenschaftlichen Literatur aus Fachzeitschriften wurde zugunsten der Kompaktheit des Buches weitgehend verzichtet. In fast allen Fällen werden Urteile zitiert, und zwar - wiederum aus Platzgründen - nur nach Geschäftszeichen, nicht nach

Urteilsdatum. Gleichwohl sind diese auch ohne Angabe eines Urteilsdatums auffindbar. Das betreffende Urteil kann entweder über die Urteilsdatenbanken (z. B. [www.bundes-arbeitsgericht.de](http://www.bundes-arbeitsgericht.de)) oder eine Suchmaschinensuche im Internet aufgefunden werden.

Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind im Folgenden solche des BGB. Bei den übrigen Paragraphen wird das jeweilige Gesetz dazugeschrieben, die ausgeschriebene Bezeichnung dafür findet sich im Abkürzungsverzeichnis.

---

# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
1.1	Schutzbereich	1
1.2	Geschichtlicher Überblick	3
1.3	Rechtsquellen	3
1.3.1	Gesetze	3
1.3.2	Rechtsprechung	5
1.3.3	Sonstige Rechtsquellen	5
1.4	Arbeitsgerichtsordnung	6
1.5	Begriff des Arbeitnehmers	8
1.5.1	Definition	8
1.5.2	Abgrenzung zu Selbstständigen	10
1.6	Besondere Beschäftigtengruppen	12
1.6.1	Leitende Angestellte	12
1.6.2	Leiharbeiternehmer	12
1.6.3	Auszubildende	14
1.6.4	Praktikanten	14
1.6.5	Minderjährige	16
1.6.6	Behinderte Menschen	16
1.6.7	Beschäftigte in Tendenzbetrieben	16
1.6.8	Heimarbeiter	17
1.7	Begriff des Arbeitgebers und des Betriebes	17
1.8	Schutz vor Diskriminierung im Arbeitsrecht	18
1.8.1	Allgemeines	18
1.8.2	Benachteiligungsverbot	18
1.8.3	Rechtsfolgen	21
1.8.4	Beweislast	22
<b>2</b>	<b>Begründung des Arbeitsverhältnisses</b>	<b>23</b>
2.1	Rechtsanspruch auf Arbeitsplatz?	23
2.2	Stellenausschreibung	24

2.2.1	Definition . . . . .	24
2.2.2	Diskriminierungsverbot . . . . .	24
2.2.3	Rechtsfolgen und Beweislast . . . . .	27
2.3	Bewerbungsgespräch . . . . .	28
2.4	Entscheidung über die Stellenbesetzung . . . . .	33
2.5	Vertragschluss und Kostenersatz . . . . .	33
2.6	Nichtantritt der Stelle . . . . .	34
<b>3</b>	<b>Inhalt des Arbeitsverhältnisses . . . . .</b>	<b>37</b>
3.1	Einleitung . . . . .	37
3.2	Beginn und Dauer . . . . .	38
3.2.1	Allgemeines, Grundsatz . . . . .	38
3.2.2	Befristung . . . . .	38
3.2.3	Probearbeit . . . . .	41
3.3	Rechte und Pflichten des Arbeitgebers . . . . .	43
3.3.1	Allgemeines . . . . .	43
3.3.2	Hauptpflichten . . . . .	44
3.3.3	Nebenpflichten . . . . .	45
3.3.4	Rechte . . . . .	48
3.4	Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers . . . . .	53
3.4.1	Hauptpflichten . . . . .	53
3.4.2	Nebenpflichten . . . . .	54
3.4.3	Pflichtverletzung, Haftung . . . . .	55
3.4.4	Rechte . . . . .	56
3.5	Abmahnung . . . . .	57
3.6	Formulararbeitsverträge . . . . .	58
3.7	Umfang . . . . .	60
3.7.1	Allgemeines . . . . .	60
3.7.2	Gesetzliche Höchstarbeitszeit . . . . .	61
3.7.3	Dienstreisen und Bereitschaftsdienste . . . . .	61
3.7.4	Mehrarbeit/Überarbeit . . . . .	63
3.7.5	Vertrauensarbeit . . . . .	63
3.7.6	Lebensphasenorientierte Arbeitszeitgestaltung . . . . .	64
3.7.7	Nebentätigkeiten . . . . .	65
3.7.8	Teilzeitarbeit . . . . .	66
3.7.9	„Mini-Job“ . . . . .	69
3.7.10	Kurzarbeit . . . . .	70
3.8	Vergütung . . . . .	71
3.8.1	Allgemeines . . . . .	71
3.8.2	Höhe . . . . .	72
3.8.3	Gesetzlicher Mindestlohn . . . . .	72
3.8.4	Vergütung für Mehrarbeit . . . . .	74

3.8.5	Variable Bestandteile . . . . .	75
3.8.6	Speziell: Zielvereinbarungen . . . . .	76
3.8.7	Gratifikationen . . . . .	77
3.9	Urlaub . . . . .	78
3.9.1	Allgemeines . . . . .	78
3.9.2	Dauer . . . . .	79
3.9.3	Gewährung . . . . .	80
3.9.4	Entgeltfortzahlung . . . . .	81
3.9.5	Übertragung, Abgeltung . . . . .	81
3.9.6	Erkrankung während des Urlaubs . . . . .	82
3.9.7	Arbeitsfreistellung . . . . .	82
3.10	Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit . . . . .	83
3.10.1	Anzeige, Glaubhaftmachung . . . . .	83
3.10.2	Arbeiten trotz Krankheit? . . . . .	85
3.10.3	Wiedereingliederung . . . . .	85
3.11	Weiterbildung . . . . .	86
3.12	Einsatz von Medien im Arbeitsleben . . . . .	87
3.12.1	Grundsätze . . . . .	87
3.12.2	Internet, E-Mail und Telefon . . . . .	88
3.12.3	Soziale Netzwerke . . . . .	89
3.12.4	Telearbeit . . . . .	90
3.13	Beschäftigtendatenschutz . . . . .	92
3.13.1	Allgemeines . . . . .	92
3.13.2	Überwachung . . . . .	93
3.13.3	Verwertbarkeit von Daten . . . . .	95
3.13.4	Personalakte und Auskunftsanspruch . . . . .	95
3.13.5	Betrieblicher Datenschutzbeauftragter . . . . .	96
3.14	Arbeitssicherheit, Gesundheitsschutz, Fürsorge . . . . .	97
3.14.1	Arbeitssicherheit . . . . .	97
3.14.2	Betrieblicher Gesundheitsschutz . . . . .	98
3.14.3	Mutterschutz . . . . .	99
3.14.4	Elternzeit und Elterngeld . . . . .	100
<b>4</b>	<b>Beendigung des Arbeitsverhältnisses . . . . .</b>	<b>103</b>
4.1	Einleitung . . . . .	103
4.2	Altersgrenzen . . . . .	104
4.2.1	Gesetzliches Rentenalter . . . . .	104
4.2.2	Altersteilzeit . . . . .	104
4.3	Zulässigkeit der Kündigung . . . . .	105
4.3.1	Kündigungserklärung . . . . .	105
4.3.2	Kündigungsfristen . . . . .	108
4.3.3	Anhörung von Gremien und Organisationen . . . . .	109

4.3.4	Einhaltung der Klagefrist . . . . .	110
4.3.5	Schema Zulässigkeit der Kündigung . . . . .	110
4.4	Begründetheit der ordentlichen Kündigung . . . . .	111
4.4.1	Kleinbetriebe . . . . .	111
4.4.2	Geltungsbereich des KSchG . . . . .	113
4.5	Begründetheit bei außerordentlicher Kündigung . . . . .	121
4.5.1	Wichtiger Grund . . . . .	122
4.5.2	Sonstige Voraussetzungen . . . . .	125
4.6	Aufhebung . . . . .	125
4.6.1	Allgemeines . . . . .	125
4.6.2	„Abwicklungsverträge“ . . . . .	127
4.7	Besondere Konstellationen . . . . .	128
4.7.1	Betriebsübergang . . . . .	128
4.7.2	Massenentlassungen . . . . .	129
4.7.3	Insolvenz . . . . .	130
4.8	Rechtsfolgen . . . . .	130
4.8.1	Allgemeines . . . . .	130
4.8.2	Freistellung von der Arbeitsleistung . . . . .	131
4.8.3	Arbeitszeugnis . . . . .	131
4.8.4	Rückzahlung von Aus- und Fortbildungskosten . . . . .	133
4.8.5	Rückgabe von Arbeitsmitteln . . . . .	135
4.8.6	Wettbewerbsverbot . . . . .	135
4.8.7	Wahrung von Betriebsgeheimnissen . . . . .	138
<b>5</b>	<b>Kollektives Arbeitsrecht . . . . .</b>	<b>141</b>
5.1	Einleitung . . . . .	141
5.2	Koalitionsfreiheit . . . . .	142
5.3	Tarifverträge . . . . .	143
5.3.1	Allgemeines . . . . .	143
5.3.2	Grundsatz der Tarifeinheit? . . . . .	144
5.3.3	Tarifparteien . . . . .	145
5.3.4	Form und Arten von Tarifverträgen . . . . .	146
5.3.5	Bindungswirkung . . . . .	146
5.4	Arbeitskampfrecht . . . . .	148
5.4.1	Rechtsgrundlagen . . . . .	148
5.4.2	Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen . . . . .	149
5.4.3	Rechtsfolgen . . . . .	152
5.5	Unternehmensmitbestimmung . . . . .	154
5.5.1	Allgemeines . . . . .	154
5.5.2	Wahl des Betriebsrats . . . . .	155
5.5.3	Arbeitsgrundsätze . . . . .	156
5.5.4	Aufgabengebiet . . . . .	158

5.5.5	Speziell: Betriebsvereinbarungen .....	160
5.5.6	Auswirkungen des AGG .....	161
5.5.7	Sonstiges .....	162
<b>6</b>	<b>Anhang .....</b>	<b>163</b>
6.1	Lösungsvorschläge zu den Übungsfällen .....	163
6.1.1	Kapitel 1 .....	163
6.1.2	Kapitel 2 .....	164
6.1.3	Kapitel 3 .....	166
6.1.4	Kapitel 4 .....	167
6.1.5	Kapitel 5 .....	168
6.2	Antwortvorschläge zu den Kontrollfragen .....	170
6.2.1	Kapitel 1 .....	170
6.2.2	Kapitel 2 .....	171
6.2.3	Kapitel 3 .....	172
6.2.4	Kapitel 4 .....	174
6.2.5	Kapitel 5 .....	175
6.3	Muster-Klausuraufgaben mit Lösungsvorschlägen .....	176
6.3.1	Allgemeine Hinweise .....	176
6.3.2	Der verhängnisvolle Vermerk .....	177
6.3.3	Ausgebrannt im Matratzenland .....	177
6.3.4	Streit um Arbeitszeit .....	179
6.3.5	Das verweigerte Personalgespräch .....	180
6.3.6	Fettnapf beim Flurgespräch .....	181
6.3.7	Nachtleben und die Folgen .....	182
6.3.8	Ausgetauscht, weil zu teuer .....	184
6.3.9	Angst vor Arbeitsplatzabbau .....	186
6.3.10	Der etwas andere Warnstreik im Supermarkt .....	188
6.3.11	Betriebsrat als Raucherlobby .....	190
	<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>193</b>

---

## Über den Autor

**Dr. Klaus Sakowski** ist Professor an der Dualen Hochschule Baden-Württemberg (DHBW), Studienakademie Heidenheim, im Studiengang BWL – Marketing Management, Schwerpunkt Medien und Kommunikation. Zudem ist er als Zentraler Beauftragter für Hochschulrecht im Präsidium der DHBW tätig. Mit arbeitsrechtlichen Fragestellungen war der Autor in seiner früheren langjährigen Tätigkeit als Rechtsanwalt befasst.



---

## Abkürzungsverzeichnis

aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AG	Arbeitgeber
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichstellungsgesetz
AltTZG	Altersteilzeitgesetz
AN	Arbeitnehmer
AO	Abgabenordnung
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbStättV	Arbeitsstättenverordnung
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Azubi	Auszubildende(r)
B.-Württ.	Baden-Württemberg
BAG	Bundesarbeitsgericht
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BEEG	Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit
BEM	Betriebliches Eingliederungsmanagement
Beschl.	Beschluss
BeschSchG	Beschäftigtenschutzgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales

BNichtrSchG	Gesetz zur Einführung eines Rauchverbotes in Einrichtungen des Bundes und öffentlichen Verkehrsmitteln (Bundesnichtraucherschutzgesetz)
BR	Betriebsrat
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
DHBW	Duale Hochschule Baden-Württemberg
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
EFZG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz)
EntgFG	Entgeltfortzahlungsgesetz (alternative Abkürzung)
EntgTranspG	Entgelttransparenzgesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GBR	Gesamtbetriebsrat
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPS	Global Positioning System (Satellitengestützte Navigation)
grds.	grundsätzlich
h	Stunden
HAG	Heimarbeitsgesetz
HAW	Hochschule für Angewandte Wissenschaften
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
InsO	Insolvenzordnung
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
KAGO	Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung
KBR	Konzernbetriebsrat
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
max.	maximal
MiLoG	Mindestlohngesetz

---

min.	Minute
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NachWG	Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (Nachweisgesetz)
OLG	Oberlandesgericht
PflegeZG	Gesetz über die Pflegezeit (Pflegezeitgesetz)
Reha	Rehabilitation
Rz.	Randziffer
S.	Satz (oder Seite)
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte(r)
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
TMG	Telemediengesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
u. a.	unter anderem
Urt.	Urteil
WO	Wahlordnung
z. B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
z. T.	zum Teil
zzgl.	zuzüglich

---

# Abbildungsverzeichnis

Abb. 1.1	Schutzbereich des Arbeitsrechts . . . . .	2
Abb. 1.2	Arbeitsgerichtsbarkeit Instanzenzug . . . . .	7
Abb. 1.3	Arbeitnehmerbegriff . . . . .	9
Abb. 4.1	Zulässigkeit der Kündigung . . . . .	112
Abb. 4.2	Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) . . . . .	114
Abb. 4.3	Begründetheit der ordentlichen Kündigung . . . . .	122
Abb. 4.4	Begründetheit der außerordentlichen Kündigung . . . . .	126

## Lernziele

### Dieses Kapitel vermittelt

- einen Überblick über die Bedeutung des Arbeitsrechts im modernen Wirtschaftsleben,
- grundlegende Zahlen und Fakten zum Arbeitsrecht in Deutschland,
- eine Erläuterung des Schutzbereichs von Arbeitsrecht anhand einer Definition des Begriffs des Arbeitnehmers und seiner Abgrenzung zum Selbstständigen,
- einen Überblick über wichtige arbeitsrechtliche Grundsätze.

## 1.1 Schutzbereich

Das Arbeitsrecht umfasst das **Recht der abhängigen Arbeit**. Abhängige Arbeit wird von Arbeitnehmern ausgeführt. Das heißt, die Ausübung selbstständiger Tätigkeit bewegt sich weitgehend außerhalb des arbeitsrechtlichen Schutzbereichs. In Einzelfällen kann die Einordnung als Arbeitnehmer oder Selbstständiger problematisch sein (siehe dazu Abschn. 1.5.2).

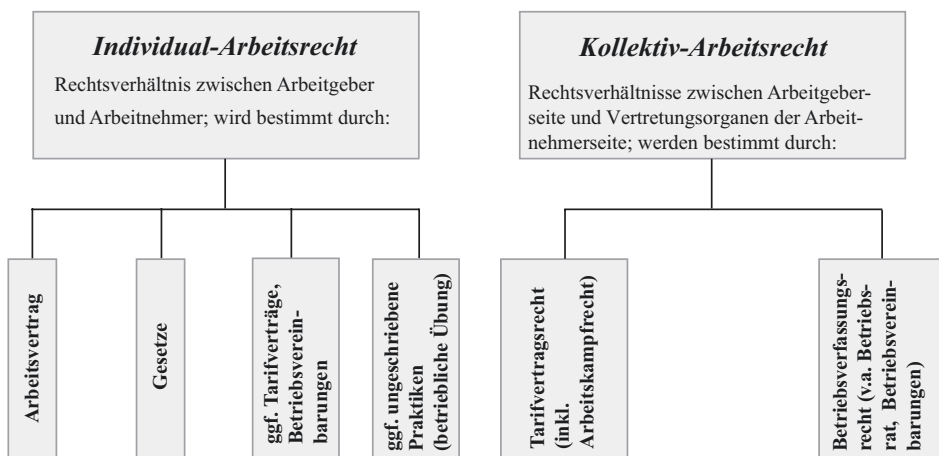
Das Arbeitsrecht dient als Korrektiv zur grundsätzlichen Vertragsfreiheit des Privatrechts. Das heißt, theoretisch stehen einem Arbeitnehmer zwar auch im Verhältnis zum Arbeitgeber grundsätzliche Freiheitsrechte zu. „Gefragte“ Arbeitnehmer setzen diese Freiheit bei Vertragsverhandlungen und in der praktischen Durchführung des Arbeitsverhältnisses auch ein. In den meisten Fällen existiert aber keine „Waffengleichheit“. Vielmehr befindet sich der Arbeitgeber in einer strukturellen Übermachtstellung. So schützt das Arbeitsrecht zum einen den Arbeitnehmer vor Fehlentwicklungen in dieser ungleichgewichtigen Konstellation. Darüber hinaus werden aber auch die politischen und

ökonomischen Verhältnisse insgesamt geschützt und erhalten. Das dient der Allgemeinheit.

Einerseits betrifft das Arbeitsrecht die unmittelbare Vertragsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dieser Teilbereich wird **Individualarbeitsrecht** genannt. Andererseits gewährt und schützt das Arbeitsrecht auch das Recht der „kollektiven Selbsthilfe“. Damit ist die betriebliche und überbetriebliche (tarifvertragliche) Ebene gemeint. Rechte der Arbeitnehmer werden hier grundsätzlich von Vertretern (Betriebsrat, Gewerkschaft) geltend gemacht. Dieser Teilbereich wird **kollektives Arbeitsrecht** genannt. Die vorliegenden Skripte gehen auf beide Teilbereiche übersichtsartig ein (vgl. Abb. 1.1).

Das Grundgesetz schreibt (absichtlich) keine bestimmte Arbeits- und Wirtschaftsverfassung vor. Selbst unsere heutige kapitalistische Wirtschaftsordnung ist aus verfassungsrechtlicher Sicht kein Muss. Art. 15 GG würde sogar die Sozialisierung sämtlicher Produktionsmittel und damit der gesamten Wirtschaft erlauben. Gleichwohl gibt es zum Konzept der Marktwirtschaft im Moment keine überzeugende Alternative. Das Grundrecht aus Art. 9 GG könnte aber z. B. mit Zweidrittelmehrheit des Gesetzgebers in seinem Bestand geändert werden (Art. 9 GG ist nicht „verfassungsfest“, vgl. Art. 79 Abs. 3 GG). Dieses Grundrecht gewährt z. B. einem Arbeitnehmer Schutz, dem wegen des Beitritts zu einer Gewerkschaft gekündigt wird. Eine solche Kündigung wäre unwirksam. Aus europarechtlicher Sicht ergeben sich allerdings gewisse Einschränkungen zugunsten eines möglichst freiheitlichen und nicht durch den Staat beeinflussten Waren- und Dienstleistungsverkehrs innerhalb der EU.

## Regelungsbereiche des Arbeitsrechts



**Abb. 1.1** Schutzbereich des Arbeitsrechts

## 1.2 Geschichtlicher Überblick

Das Arbeitsrecht in seiner heutiger Form hat sich nicht von selbst entwickelt. Seine Anfänge reichen in die Zeit des aufkommenden Industriezeitalters im 19. Jahrhundert zurück. Über Jahrzehnte hinweg musste sein heutiger Schutzzumfang – meist von Arbeitnehmerseite – erkämpft werden.

Das Industriezeitalter veränderte die Arbeitswelt nachhaltig. Es brachte unter anderem erstmals das Instrument des Massenarbeitsvertrages. Der Grundsatz der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit war im Alltag aufgrund der faktischen Übermacht der Arbeitgeber weitgehend wirkungslos. Es gab auch keine organisierten Interessenvertretungen der Arbeitnehmer (Gewerkschaften usw.) und keine soziale Absicherung. Weitläufige soziale Missstände waren die Folge. Erste Ansätze einer sozialen Absicherung gab es um 1880 im Zuge der Bismarck'schen Arbeits – und Sozialgesetzgebung. Ab dieser Zeit bildete sich auch zunehmend das Instrument der Tarifverträge als Gesamtarbeitsverträge heraus.

Eine weitergehende rechtliche Absicherung wurde in der Zeit der Weimarer Republik erreicht. So wurde in der Weimarer Reichsverfassung erstmals die Koalitionsfreiheit verfassungsmäßig garantiert. Mit dem Begriff Koalitionsfreiheit wird die Freiheit zur Bildung von Gewerkschaften bezeichnet. Mit dem Nationalsozialismus kam die Zeit der „Gleichschaltung“. So wurden die Gewerkschaften durch das Arbeitsordnungsgesetz von 1934 aufgelöst und durch Parteifunktionäre ersetzt. Die Löhne wurden staatlich festgesetzt.

Nach dem zweiten Weltkrieg fand Deutschland auch im Bereich des Arbeitsrechts schnell Anschluss an internationale Entwicklungen. Rasch dienten deutsche Gesetze sogar als Vor- und Leitbild im Ausland. Bis heute ist die Entwicklung des Arbeitsrechts ständig im Fluss. Durch neue Arbeitsformen (z. B. Telearbeit, Call-Center, internationale Arbeitsteams über Internet) oder den Drang zu Arbeitsmarktreformen zur Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des Standorts Deutschland unterliegt das Arbeitsrecht einer ständigen Bewährungsprobe. Der Gesetzgeber ist in vielen Fällen gehalten, auf neue Entwicklungen zu reagieren.

---

## 1.3 Rechtsquellen

### 1.3.1 Gesetze

Es existiert in Deutschland, im Gegensatz beispielsweise zum Sozialrecht, kein gesetzgeberisches Sammelwerk in Form eines Arbeitsgesetzbuchs oder eines Arbeitsvertragsgesetzes. Ein solches wurde häufig gefordert, aber bislang nicht verwirklicht. Im Einigungsvertrag 1990 hatte sich der Gesetzgeber sogar zur Schaffung eines Arbeitsgesetzbuchs verpflichtet. Der bestehende Reformentwurf aus 149 Paragraphen soll sieben Gesetze mit 178 Rechtsnormen obsolet machen. Weitere 90 Regelungen werden darin

erstmals kodifiziert oder präzisiert, knapp 40 Normen werden sprachlich oder inhaltlich vereinfacht. Bislang ist das Vorhaben nicht verwirklicht worden. So sind die arbeitsrechtlichen Vorschriften in zahlreichen Einzelgesetzen verteilt, was eine Orientierung erschwert. Eine gängige Gesetzessammlung zeigt die Bandbreite der Gesetze auf, die berücksichtigt werden müssen. Im Rahmen dieses Lehrbuchs kann vor dem Hintergrund einer möglichst komprimierten Darstellung nur ansatzweise auf die enthaltenen Gesetze eingegangen werden.

Der Bund hat in Art. 74 Nr. 12 GG das sog. konkurrierende Gesetzgebungsrecht für den Bereich des Arbeitsrechts. Konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeiten sind solche, von denen der Bundesgesetzgeber Gebrauch machen kann, aber nicht unbedingt muss. Wenn und soweit er davon Gebrauch macht, ist der Landesgesetzgeber nicht mehr befugt, den betreffenden Bereich zu regeln. Der Bund hat von seinem Recht aus Art. 74 Nr. 12 GG in weitem Umfang Gebrauch gemacht. Deshalb ist Arbeitsrecht heute grundsätzlich **Bundesrecht**. Es bestehen praktisch keine landesrechtlichen Arbeitsgesetze mehr. Landesrechtliche Vorschriften und Gesetze es z. B. noch im Bereich von Bildung oder Weiterbildung, einer typisch landesrechtlichen Materie. In diesen ist geregelt, ob und ggf. über welche Maximaldauer ein Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlte Weiterbildungsmaßnahmen hat.

Das Individualarbeitsrecht ist zunächst in den §§ 611 ff. geregelt. Diese enthalten einen annäherungsweisen, aber bei weitem nicht vollständigen gesetzlichen Rahmen. So findet man z. B. im Bereich der Arbeitnehmerhaftung keine gesetzlichen Vorschriften (Ausnahme: öffentlicher Dienst, § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG). Arbeitsrechtliche Gesetze sind auch vor allem außerhalb des BGB zu finden, teilweise in Gesetzen, in denen man sie nicht vermutet, von der Gewerbeordnung bis zum Bundesimmissionsschutzgesetz. Die Einordnung beispielsweise der §§ 105 ff. GewO in dieses Gesetz ist eigentlich systemwidrig, weil hier eine zivilrechtliche Materie in ein öffentlich-rechtliches Gesetz integriert wurde. Fehlende Vorschriften auf der einen Seite, Überregulierung auf der anderen Seite prägen insgesamt das Bild. Auch im Bereich des Kollektivarbeitsrechts ist die Gesetzeslage lückenhaft. Das gilt etwa für den Bereich des Arbeitskampfrechts, der gänzlich nicht gesetzlich geregelt ist.

Im Folgenden wird eine (nicht vollständige) thematisch geordnete Übersicht über arbeitsrechtlich relevante und in diesem Buch behandelte Gesetze gegeben:

Allgemeines: Allgemeines Gleichstellungsgesetz (AGG), Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), Berufsbildungsgesetz (BBiG),

Inhalt des Arbeitsverhältnisses: Arbeitszeitgesetz (ArbZG), Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG), Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV), Bundesurlaubsgesetz (BUrlG), Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG), Handelsgesetzbuch (HGB), Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG), Mutterschutzgesetz (MuSchG), Nachweisgesetz (NachWG), Pflegezeitgesetz (PflegeZG), Sozialgesetzbuch (SGB), Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG), Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)

Beendigung des Arbeitsverhältnisses: Kündigungsschutzgesetz (KSchG)

Kollektivarbeitsrecht: Tarifvertragsgesetz (TVG), Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)



### 1.3.2 Rechtsprechung

In gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Bereichen wird im Arbeitsrecht vielfach durch „**Richterrecht**“ entschieden. Das heißt, die Arbeitsgerichte (insbesondere das Bundesarbeitsgericht) übernehmen durch ihre Urteile und Beschlüsse, an die sich die Rechtspraxis stark anlehnt, die Rolle eines „Quasi -Gesetzgebers“. Im Arbeitsrecht ist „Richterrecht“ noch stärker ausgeprägt als in anderen Rechtsbereichen. Das ist angesichts des Grundsatzes der Gewaltenteilung problematisch, wird aber mangels eines gesetzgeberischen Grundlagenwerks hingenommen. Die wichtigsten Entscheidungen innerhalb der Gerichtsbarkeit in Arbeitsrechtssachen werden vom Bundesarbeitsgericht (BAG) und dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) getroffen. In den letzten Jahren haben auch einige Grundsatzentscheidungen des EuGH und sogar des EGMR (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte) das deutsche Arbeitsrecht spürbar beeinflusst (Bsp. Kirchliches Arbeitsrecht, Streikrecht, Altersdiskriminierung).

„Gesetzesfreie Räume“, die von der Rechtsprechung ausgefüllt werden müssen, finden sich sowohl im Kollektiv- als auch im Individualarbeitsrecht. Bei letzterem ist ein Beispiel für einen ungeschriebenen Grundsatz die sog. Treuepflicht des Arbeitnehmers. Danach ist es z. B. einem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht erlaubt, seinen Arbeitgeber in der Gesellschaft verächtlich zu machen. Weiter gewährt die Rechtsprechung dem Arbeitgeber gewisse unternehmerische Gestaltungsfreiheiten in Bereichen, in denen es um Investitionen, bestimmte wirtschaftspolitische Entscheidungen oder ein bestimmtes unternehmerisches Konzept geht. Das ist in einer Marktwirtschaft Sache der Unternehmer. Ein Arbeitnehmer wird also z. B. kaum vor Gericht mit dem Argument durchdringen, dass eine Kündigung allein wegen der betrieblichen Umstrukturierung als solcher unwirksam ist. Damit würden sich Gesetzgeber und Rechtsprechung selbst zum Herr über unternehmerische Entscheidungen machen, was nicht zu einer kapitalistischen Wirtschaftsordnung passt. Gleichwohl hat der Arbeitnehmer, soweit er den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) unterfällt, Anspruch auf eine sozialverträgliche Umstrukturierung. In solchen Fällen kann er aus sozialen Gesichtspunkten verlangen, dass die Auswahl der „freigestellten“ Arbeitnehmer anders hätte getroffen werden müssen.

### 1.3.3 Sonstige Rechtsquellen

Aufgrund der gesetzlichen Lückenhaftigkeit prägen auch **wissenschaftliche Lehrmeinungen** („herrschende Meinung“) die Rechtspraxis in erheblichem Maße. Es handelt sich aber nicht um Rechtsquellen im engeren Sinne. Weiter sind Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen zu beachten. Etwa 90 % aller Arbeitnehmer sind nach einer Schätzung des Bundesarbeitsministeriums tarifgebunden. Betriebsvereinbarungen beziehen sich jedoch grundsätzlich nur auf tariflich nicht geregelte Gegenstände.

## 1.4 Arbeitsgerichtsordnung

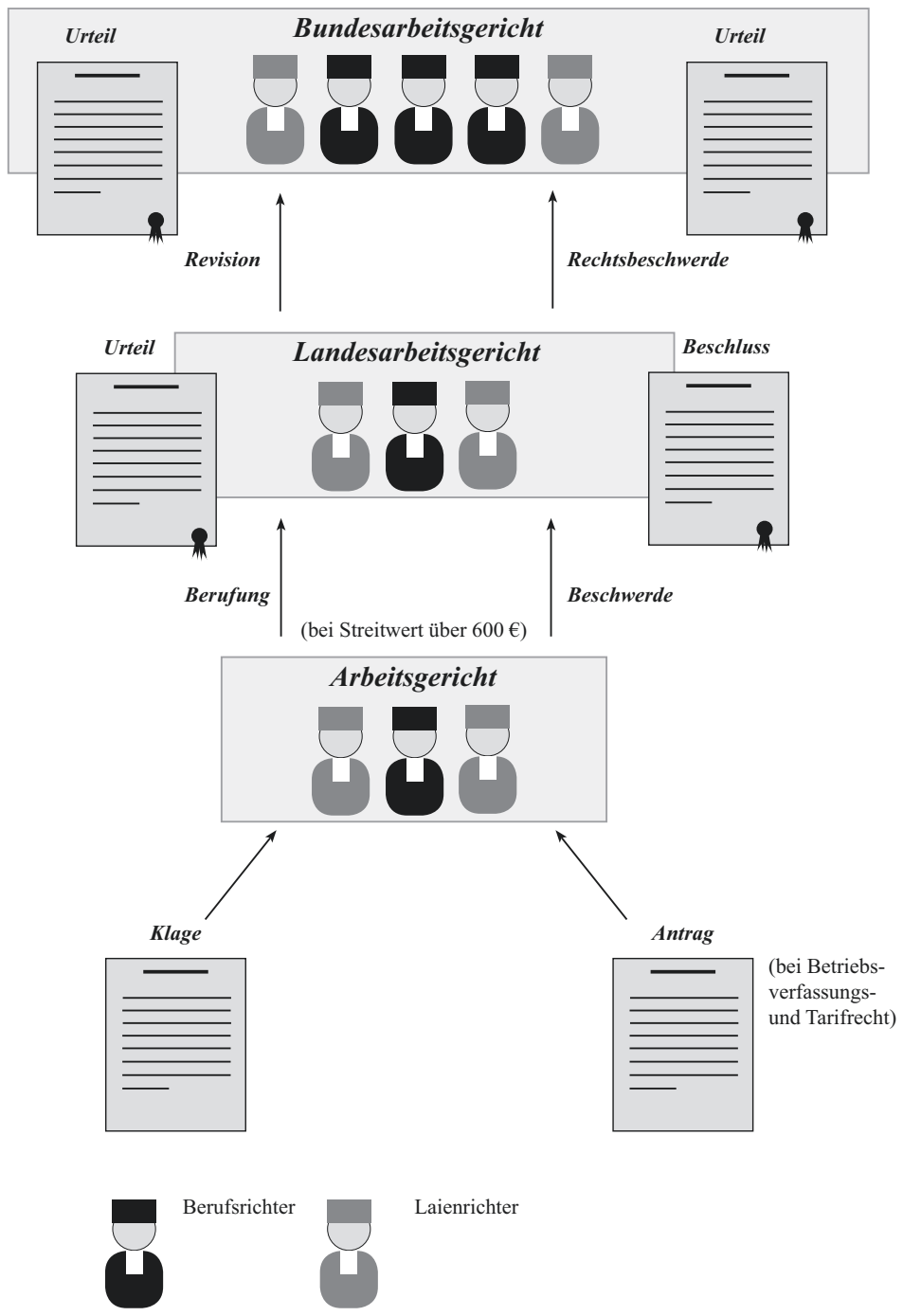
Rechtsstreitigkeiten im Bereich des Arbeitslebens sind im Wesentlichen zivilrechtlicher Natur. Öffentliches Recht ist z. B. nur bei der behördlichen Überwachung in Bereichen wie Arbeitssicherheit oder Gesundheitsschutz betroffen. Für Rechtsstreitigkeiten aus Arbeitsverhältnissen besteht ein spezieller Rechtsweg zu den **Arbeitsgerichten**. Rechtsgrundlage für das Funktionieren der Arbeitsgerichtsbarkeit ist das **Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG)**.

Die **sachliche Zuständigkeit** der Arbeitsgerichte umfasst v. a. Rechtsstreitigkeiten aus Arbeitsverhältnissen, Rechtsstreitigkeiten der Tarifpartner untereinander sowie aus dem Betriebsverfassungsrecht (§§ 2, 2a ArbGG). Das Eingangsgericht ist – unabhängig vom Streitwert – immer das Arbeitsgericht erster Instanz. Ca. 98 % aller Verfahren werden im Urteilsverfahren behandelt und entschieden, hier dominieren die Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Im Beschlussverfahren werden im Wesentlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Betriebsräten und Arbeitgebern aus dem BetrVG entschieden.

Der örtliche Zuständigkeitsbereich eines Arbeitsgerichts ist im Regelfall größer als der eines Amtsgerichtes. Es bestehen etwa 120 Arbeitsgerichte (1. Instanz) in Deutschland. Über dem Arbeitsgericht ist das Landesarbeitsgericht angesiedelt, darüber das Bundesarbeitsgericht (vgl. Abb. 1.2).

Die Einleitung eines Verfahrens geschieht durch Einreichung einer Klage. Bei den Arbeitsgerichten erster Instanz besteht kein Anwaltszwang, auch ein Gerichtskostenvorschuss ist hier vom Kläger nicht zu entrichten. Nach Prüfung der formalrechtlichen Mindestanforderungen bestimmt das Gericht einen Termin zur **Güteverhandlung**. Vor deren Durchführung ist eine Stellungnahme oder Erwiderung auf die Klage durch den Beklagten nicht erforderlich. Im Güetermin gibt der Richter auf Basis der ihm mitgeteilten Informationen eine grobe Prognose der Erfolgsaussichten der Klage ab wirkt im Falle gewisser Mindesterfolgsaussichten auf einen **Vergleich** hin. Es handelt sich hierbei um einen – meist vom Gericht – vorgeschlagenen und verbindlich protokollierten Kompromiss zwischen den Streitparteien, bei dem beide Seiten je nach eingeschätztem Prozessrisiko mehr oder weniger nachgeben sollen. Ein Vergleich hat dieselbe rechtliche Verbindlichkeit wie ein Urteil. Soweit ein Vergleich abgeschlossen wird, muss das Gericht über die streitigen Sachverhalts- und Rechtsfragen nicht mehr durch Urteil entscheiden. Durch das Anstreben einvernehmlicher Kompromisse soll der Rechtsfrieden im Arbeitsleben, der für das Funktionieren einer Wirtschaftsordnung von überragender Bedeutung ist, so weit als möglich bewahrt werden. Auf diese Weise enden die meisten Gerichtsverfahren (ca. 90 %) durch Vergleich.

Jährlich werden an den 122 Arbeitsgerichten in Deutschland etwa 400.000–600.000 arbeitsrechtliche Verfahren anhängig gemacht. Davon sind etwa 50 % Kündigungsverfahren, ansonsten im Wesentlichen Verfahren über Lohn, Urlaub, Arbeitszeugnis oder betriebliche Mitbestimmung. Nur ein kleiner Teil der Verfahren, ca. 10 %, wird durch streitiges Urteil entschieden, von welchen ca. die Hälfte in die Berufung (zum



**Abb. 1.2** Arbeitsgerichtsbarkeit Instanzenzug

nächsthöheren Gericht) gehen. In jedem Verfahren muss vom Gericht ein **Streitwert** angesetzt werden. Aus diesem werden durch gesetzlich festgelegte Umrechnungen die Verfahrenskosten errechnet. Beispielsweise wird der Streitwert bei Kündigungsschutzverfahren auf ein Viertel des Jahresbruttoverdienstes des gekündigten Arbeitnehmers angesetzt. Soweit es um die Änderung eines Arbeitszeugnisses oder die Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte geht, bemisst sich der Streitwert nach der Bedeutung der Sache. Im Falle eines Vergleichs entfällt die gerichtliche Verfahrensgebühr, was die Parteien zusätzlich zum Abschluss eines Vergleichs motivieren soll.

Nach §§ 4, 101 Abs. 3 ArbGG sind **Schiedsgerichtsverfahren** bei Rechtsstreitigkeiten aus Arbeitsverhältnissen nicht möglich. Entsprechende Klauseln in Arbeitsverträgen wären unzulässig. Möglich und interessant ist die Durchführung von Schiedsverfahren dagegen bei Streitigkeiten aus Angestelltenverhältnissen, die keine Arbeitsverhältnisse im klassischen Sinne sind. Dazu gehören etwa die Anstellungsverhältnisse von Geschäftsführern einer GmbH oder Vorstandsmitgliedern einer AG. Ein Schiedsgerichtsverfahren kann gegenüber einem klassischen Gerichtsverfahren eine Reihe von Vorteilen aufweisen. Die Schiedsrichter können von den Parteien benannt werden. Dementsprechend besteht eine Sachnähe der Schiedsrichter zum Streitgegenstand. Das kann insbesondere bei internationalen Verträgen von Vorteil sein. Das Verfahren findet unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Es gelten keine besonderen Verfahrensfristen. Ein Verfahren kann deshalb im Bedarfsfalle auch sehr zügig durchgeführt werden. Im Regelfall entscheidet nur eine Instanz. Die Entscheidung kann – wie ein Urteil – für vollstreckbar erklärt und mit den staatlichen Zwangsmitteln durchgesetzt werden.

Nur ein Bruchteil der arbeitsgerichtliche Urteile gerät in den Blickpunkt der Medien oder einschlägiger juristischer Fachzeitschriften. Gleichwohl ist das Arbeitsrecht auf diese Weise kaum in seiner Fülle zu überblicken. Rechtsanwälte können durch Belegung von 120 Fortbildungsstunden, dem Ablegen einer Prüfung sowie dem Nachweis einer Mindestzahl bislang betreuter Verfahren auf Antrag bei der Rechtsanwaltskammer den Titel „**Fachanwalt für Arbeitsrecht**“ erwerben. Dieser beinhaltet die Pflicht, sich jährlich fortzubilden.

---

## 1.5 Begriff des Arbeitnehmers

### 1.5.1 Definition

Arbeitnehmer ist nach § 611a derjenige, der aufgrund eines Dienstvertrages für einen anderen (= Arbeitgeber) persönliche, abhängige und fremdbestimmte Arbeit leistet. In streitigen Fällen ist eine **wertende Gesamtbetrachtung** aufgrund der objektiven Umstände des Einzelfalls und anhand der tatsächlichen Durchführung des Vertrages erforderlich. Die Beurteilung geschieht somit nicht anhand starrer Kriterien. Auch die Bezeichnung des Vertrages durch die Parteien als „Arbeitsvertrag“ oder „freier

Mitarbeitervertrag“ ist im Zweifel nicht mehr als ein Indiz bzw. Faktor einer weitergehenden Gesamtbetrachtung, wenngleich die Titulierung der Parteien als „Arbeitsvertrag“ eine starke Indizwirkung entfaltet (BAG – 2 AZR 125/03).

Anhaltspunkte für das Vorliegen abhängiger Arbeit sind beispielsweise

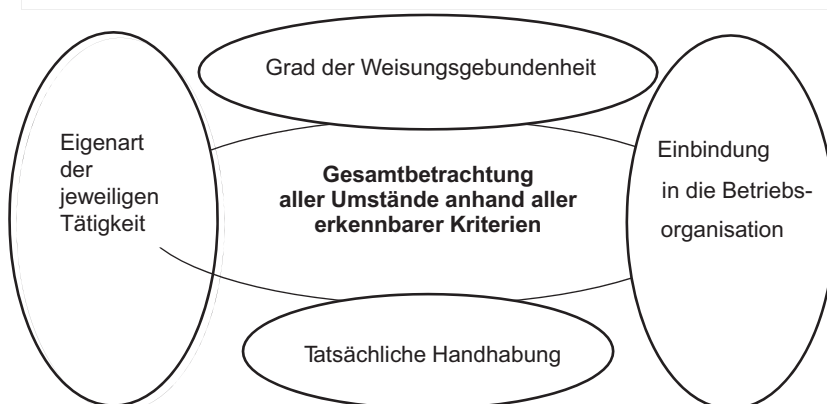
- hoher Grad der Weisungsgebundenheit,
- keine freie Verfügbarkeit über Ort und Zeit der Arbeitsleistung bzw. enge an bestimmte vorgegebene Arbeitszeiten,
- fehlendes Unternehmerrisiko (z. B. kein Umsatzrisiko, keine eigene Betriebsstätte),
- enge Einbindung in die betriebliche Organisation
- tatsächliche Handhabung bestimmter Umstände in Richtung Fremdbestimmtheit

Entscheidend ist eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Eigenart der Tätigkeit (BAG – 9 AZR 117/17). Die Frage, ob und ggf. in welcher Höhe Vergütung gezahlt wird oder welchen Anteil seines Lebensunterhalts eine gezahlte Vergütung umfasst, gehört für die arbeitsrechtliche Betrachtung nicht unbedingt zu den Kriterien. Im Sozialversicherungsrecht spielt dieses Kriterium jedoch eine wichtige Rolle für die Frage, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis besteht (BSG – B 12 R 7/15) (vgl. Abb. 1.3).

Der arbeitsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers ist vom Begriff des **Beschäftigten** des Sozialversicherungsrechts abzugrenzen. Die obergerichtliche Rechtsprechung des

### Arbeitnehmerbegriff

Arbeitnehmer ist, wer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (§ 611a).



**Abb. 1.3** Arbeitnehmerbegriff

BAG und des BSG legt hier zum Teil unterschiedliche Kriterien in unterschiedlicher Gewichtung an, was viele Einschätzungen und Einstufungen in den Unternehmen erschwert. Das BSG (B 12 R 7/15) hat eine Erleichterung dadurch geschaffen, dass nunmehr auch die Höhe der Vergütung als Abgrenzungskriterium zählt. Liegt die Vergütung eines freien Mitarbeiters deutlich über dem Gehalt eines angestellten Mitarbeiters mit dem vergleichbaren Aufgabengebiet, spricht dies für eine selbstständige Tätigkeit. Es bleibt abzuwarten, ob sich dieses Kriterium auch in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung durchsetzt.

## 1.5.2 Abgrenzung zu Selbstständigen

Nicht zu den Arbeitnehmern gehören die Selbstständigen. Ein **Selbstständiger** ist in Anlehnung an das Handelsvertreterrecht (§ 84 Abs. 1 S. 2 HGB) eine Person, die im Wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und ihre Arbeitszeit bestimmen kann. Die Beurteilung erfolgt ebenfalls anhand einer objektiven Gesamtbetrachtung. Diese Beschäftigten stehen weitgehend außerhalb der Schutzwirkung arbeitsrechtlicher Vorschriften. Arbeitnehmern stehen dagegen das gesamte materielle Arbeitsrecht (insbesondere die zahlreichen Schutzvorschriften) sowie der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten zur Verfügung. Indizien für eine selbstständige Tätigkeit sind z. B. das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeiten über die eigene Arbeitskraft, ein eigenes Unternehmerrisiko und die Möglichkeit, frei über die Arbeitszeit und den Ort zu verfügen.

„**Scheinselbstständige**“ sind solche Personen, die sich wegen der fehlenden Eingliederung in eine betriebliche Organisation, aufgrund geringer Weisungsunterworfenheit und der Möglichkeit einer im Wesentlichen freien Zeitbestimmung als Selbstständige betrachten, es nach einer objektiven Gesamtbetrachtung jedoch nicht sind und deshalb als Arbeitnehmer einzustufen sind. Abhängigkeit kann sich nicht nur in persönlicher Weisungsgebundenheit, sondern auch in wirtschaftlichen Abhängigkeit von ihrem Auftraggeber äußern. Arbeitnehmer sind diese Personen dann, wenn sie in ihrer gesamten sozialen Stellung einem Arbeitnehmer vergleichbar und deshalb sozial schutzbedürftig sind.

---

### Fall

1.5.2/Fall 1: J ist Dozent an der Volkshochschule im Kurs „Internet für Einsteiger“. Der Umfang des 12-stündigen Kurses, die Unterrichtszeiten und der stundenmäßige Vergütungssatz, welcher nur bei tatsächlicher Abhaltung der Stunden gezahlt wird, werden vertraglich geregelt. Dagegen kann J methodisch und didaktisch frei agieren. Ist J Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter?

1.5.2/Fall 2: TK-Unternehmen T heuert für seinen Messeauftritt sog. Messe-Hostessen als „freie Mitarbeiterinnen“ für die Dauer der Messe an. Den Damen

werden Einsatzzeiten, Erscheinungsbild und Formulierungen im Umgang mit Kunden vorgegeben. Sind die Hostessen Selbstständige oder Arbeitnehmerinnen? (vgl. auch LSG Darmstadt, L 8/14 KR 334/04)

1.5.2/Fall 3: H ist sog. Honorararzt. Er füllt Lücken bei klinischem Fachpersonal, indem er Vertretungsdienste in den Kliniken leistet. Daneben hat H noch eine eigene hauptberufliche Praxis. H nimmt unabhängig von Vertretungsdiensten an wöchentlichen Teamsitzungen in der Klinik teil. Er ist bei seiner Vertretungstätigkeit disziplinarisch einem leitenden Vorgesetzten der Klinik unterstellt. Auch institutionell und hinsichtlich der Arbeitszeiten ist H bei Vertretungsdiensten in den Klinikbetrieb mit eingebunden. Die Auswahl der zu behandelnden Patienten kann er nicht selbst beeinflussen. Ist H in den Vertretungskliniken Arbeitnehmer oder Selbstständiger (BSG – B 12 R 11/18 R). ◀

Wer durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag als **Organ** eine juristische Person oder eine Personengesamtheit vertritt, z. B. GmbH-Geschäftsführer, gilt nach § 5 Abs. 1 ArbGG nicht als Arbeitnehmer, sondern als Selbstständiger. Dabei ist unerheblich, ob dieser Organtätigkeit ein Dienst – oder Arbeitsvertrag zugrunde liegt. Probleme können dann entstehen, wenn zwar der Arbeitsvertrag eines solchen Geschäftsführers gekündigt wurde, er bislang aber nicht als Organ abberufen wurde. In diesem Fall liegt gleichwohl eine rein gesellschaftsrechtliche Fragestellung vor, so dass der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten, nicht aber zum Arbeitsgericht besteht (BAG – 10 AZB 78/12).

Schwierig kann die Abgrenzung auch bei **Beratern** sein. Eine häufige Konstellation ist hier der Abschluss eines Beratervertrages im Anschluss an ein Beschäftigungsverhältnis im Betrieb, in vielen Fällen zur Überbrückung der Zeit bis zum Bezug einer Altersversorgung. Grundsätzlich ist der Beratervertrag als freier Dienstvertrag zu qualifizieren, der Berater mithin als Selbstständiger tätig. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis kann allerdings dann vorliegen, wenn

- ein pauschales Honorar unabhängig von der Leistung des Beraters entrichtet wird,
- tatsächlich keine Beratungsleistung erbracht wird (sprich: das Beraterhonorar nur Tarnung für erhöhte Abfindungszahlungen aus dem beendeten Arbeitsverhältnis sind)
- die Beratertätigkeiten auch von eigenen Arbeitnehmern ausgeübt werden,
- starre Anwesenheits – oder sonstige Kontrollen oder Rechenschaftspflichten bestehen oder
- ein Verbot besteht, für andere Unternehmen zu arbeiten.

Soweit der Berater als selbstständiger Unternehmer einzustufen ist, sind seine Einkünfte umsatzsteuerpflichtig, wenn die steuerrechtlichen Umsatzgrenzen für Kleinunternehmen überschritten werden. Die Einkünfte unterliegen der Einkommensteuer (also kein Lohnsteuerabzug), Kosten der Beratertätigkeit können als Betriebsausgaben abgesetzt werden.

## 1.6 Besondere Beschäftigtengruppen

### 1.6.1 Leitende Angestellte

Der Begriff des **leitenden Angestellten** ist in § 5 Abs. 3 BetrVG definiert. Darunter fallen Personen, die nach Arbeitsvertrag und Stellung im Unternehmen bestimmte, im Katalog des § 5 Abs. 3 BetrVG näher bezeichnete wichtige und verantwortungsvolle Aufgaben wahrnehmen. Entscheidend ist hier letztlich auch, aber nicht nur der jeweilige Arbeitsvertrag und seine Gestaltung. Es erfolgt auch eine objektive Beurteilung anhand der konkret ausgeübten Tätigkeit. Indizien sind die Zugehörigkeit zu einer Leitungsebene, auf der im Unternehmen überwiegend leitende Angestellte vertreten sind oder der Bezug eines regelmäßigen Jahresgehalts, das für leitende Angestellte in dem Unternehmen üblich ist.

Für leitende Angestellte gelten im Grundsatz die Vorschriften für Arbeitnehmer. Ausnahmen gibt es im Kündigungsschutzgesetz (KSchG, siehe dort z. B. § 17). Auch das BetrVG sowie das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) gelten für sie nicht. Deshalb ist z. B. ein leitender Angestellter hinsichtlich der Betriebsratswahl nicht aktiv oder passiv wahlberechtigt.

### 1.6.2 Leiharbeitnehmer

Als **Leiharbeitnehmer** werden Beschäftigte eines **Verleihers**, z. B. eines Zeitarbeitsunternehmens, verstanden, die im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers vorübergehend in einem Betrieb eines Dritten (**Entleiher**) beschäftigt sind. Dadurch können aufseiten des Entleihers z. B. Produktionsspitzen flexibel abgedeckt und aufgefangen werden. Neben klassischen Zeitarbeitsunternehmen sind auch andere Verleihunternehmen am Markt tätig, etwa Krankenhaus-Servicegesellschaften oder konzerninterne Personalgesellschaften. Für die betroffenen Arbeitnehmer kann sich auf diese Weise ein besserer Weg in eine Festanstellung ergeben.

Rechtsgrundlage für die Gestaltung der arbeitsrechtlichen Verhältnisse ist das **Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)**. Eine Überlassung zur Arbeitsleistung i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte vorübergehend zur Verfügung gestellt werden. Zudem müssen die betreffenden Mitarbeiter in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sein und ihre Arbeit allein nach den Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Dagegen liegt keine Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer mittels eines Werk- oder Dienstvertrags mit einem anderen Unternehmen anweist, im dortigen Unternehmen Dienst zu tun. Die Abgrenzung kann schwierig sein und verursacht im heutigen Arbeitsleben auch in vielen Fällen Schwierigkeiten.



Zeitarbeitskräfte dürfen bis zu 18 Monate ununterbrochen im selben Betrieb arbeiten. Abweichungen können sich aus einem Tarifvertrag ergeben. Die eigentlich positiv gemeinte Zielsetzung eines Schutzes von Zeitarbeitskräften ist für viele Betroffene in der Praxis jedoch auch nachteilig. Viele Unternehmen zahlen Zeitarbeitern nach und nach Zuschläge auf den Grundlohn. Diese gehen nach einem erzwungenen Wechsel zu einem anderen Arbeitgeber verloren.

**Beispiel**

Der Arbeitgeber, ein Sicherheitsunternehmen, schließt mit einem Kunden (Industrieunternehmen) einen Bewachungsvertrag und weist auf dieser Grundlage seinen Arbeitnehmer an, an der Pforte des Kunden nach den Weisungen und der Arbeitszeiteinteilung des Kunden Dienst zu tun und die notwendigen Kontrollen durchzuführen.

Im Beispielfall wird der Arbeitnehmer nicht an den Kunden überlassen, sondern richtet seinen Dienst auf der Grundlage des bestehenden Arbeitsvertrages mit seinem Arbeitgeber, dem Sicherheitsunternehmen, wenn auch außerhalb von dessen Unternehmen. Die zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen und Weisungsrechte werden weiterhin vom Arbeitgeber nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und der vertraglichen Vereinbarung mit dem Kunden vorgenommen.

Das Verleihunternehmen benötigt zur Arbeitnehmerüberlassung an Dritte eine **behördliche Erlaubnis**. Ohne diese ist der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag unwirksam und es besteht kraft Gesetzes ein direktes Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer (vgl. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG). Bei nicht nur vorübergehender, sondern dauerhafter – oder auch nur dauerhaft beabsichtigter – Arbeitnehmerüberlassung darf eine entsprechende Erlaubnis nicht erteilt werden. Dies dient dem Schutz der Leiharbeitnehmer und soll die dauerhafte Aufspaltung in eine Stammebelegschaft und eine entlehene Belegschaft verhindern. Wenn die Arbeitnehmerüberlassung entgegen des gesetzlichen Verbots dauerhaft erfolgt, besteht jedoch im Gegensatz zum obigen Fall fehlender behördlicher Betriebserlaubnis kein direkter Arbeitsvertrag zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer (BAG – 9 AZR 51/13). Problematisch und bislang nicht abschließend geklärt ist die Abgrenzung zwischen vorübergehender und dauerhafter Arbeitsüberlassung. Im Gesetz selbst erfolgt diese Abgrenzung nicht.

Dem Ziel einer weitestmöglichen Gleichbehandlung dient auch § 10 Abs. 4 AÜG, wonach Leiharbeitnehmer von den Arbeits- und Entgeltbedingungen her gleich zu behandeln sind wie vergleichbare Stammarbeitnehmer im Unternehmen des Entleihers (Grundsatz des „equal pay“ – Schlechterstellungsverbot). Eine Ausnahme liegt dann vor, wenn Tarifverträge Abweichungen vorsehen.

### 1.6.3 Auszubildende

**Auszubildende** (Azubis oder Lehrlinge) genießen im Arbeitsrecht in vielen Bereichen eine gesetzliche Sonderstellung. Rechtsgrundlage für die Berufsbildung von Azubis ist das **Berufsbildungsgesetz** (BBiG). Hier finden sich bestimmte arbeitsrechtliche Sonderregelungen. Beispielsweise besteht für den Azubi für die Zeit der Berufsschule ein Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung. Hier gilt bereits ein Schultag mit mehr als fünf Unterrichtsstunden als voller Arbeitstag, so dass kein Anspruch des Arbeitgebers auf ergänzende Arbeitsleistung im Betrieb besteht. Wegezeiten zwischen Berufsschule und Ausbildungsstätte sind auf die betriebliche Arbeitszeit ebenso anzurechnen wie Pausen in der Schule.

Weitere Besonderheiten bestehen z. B. hinsichtlich Probezeit, Vergütung oder Kündigung. Im Unterschied zum „normalen“ Arbeitsverhältnis darf eine Probezeit im Ausbildungsverhältnis nur zwischen einem und max. vier Monaten betragen (§ 20 BBiG). Nach deren Ablauf kann das Ausbildungsverhältnis vom Arbeitgeber nicht mehr ordentlich, sondern nur noch außerordentlich (fristlos) aus wichtigem Grund sowie wegen Aufgabe oder Wechsel der Berufsausbildung gekündigt werden (§ 22 Abs. 2 BBiG). Auszubildende haben einen gesetzlichen Anspruch auf eine angemessene Vergütung (§ 17 Abs. 1 BBiG). Wenn beide Seiten nicht an einen Tarifvertrag gebunden sind, darf die Vergütung das in dem branchenüblichen Tarifvertrag festgeschriebene Gehalt um maximal 20 % unterschreiten. Ansonsten ist die Vergütung unangemessen und nichtig. Gemäß § 17 Abs. 3 BBiG ist eine besondere Vergütung zu bezahlen, wenn der Auszubildende über die vereinbarte regelmäßige tägliche Ausbildungszeit hinausgehend beschäftigt wird.

Ein Auszubildender kann einen Anspruch darauf haben, nach dem erfolgreichen Abschluss seiner Berufsausbildung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen zu werden (BAG – 7 ABR 89/08). Das gilt jedenfalls dann, wenn ein „ausbildungsadäquater Arbeitsplatz“ zur Verfügung steht, der mit einem Leiharbeiter besetzt ist.

### 1.6.4 Praktikanten

Der arbeitsrechtliche Status von Praktikanten, insbesondere die Frage, ob und ab wann sie Arbeitnehmer sind, sowie die sich daraus ergebenden Folgen sind nicht abschließend geklärt. In der Praxis treten Probleme z. B. häufig bei der Frage auf, ob und ggf. unter welchen Umständen Praktikanten entlohnt werden müssen.

Praktikant ist, wer sich im Rahmen einer Gesamtausbildung vorübergehend einer bestimmten betrieblichen Tätigkeit und Ausbildung unterzieht, um praktische Kenntnisse zu erwerben. Es darf sich jedoch nicht um eine systematische Berufsausbildung handeln. Die Tätigkeit muss vielmehr notwendig sein, weil sie z. B. für die Zulassung zum Studium oder Beruf erforderlich ist. Nur wenn der Ausbildungszweck im Vordergrund steht, kann von einem Praktikumsverhältnis und nicht von einem

Arbeitsverhältnis gesprochen werden (BAG – 6 AZR 564/01). Dann besteht auch kein Vergütungsanspruch. Aus § 22 MiLoG können weitere Anhaltspunkte entnommen werden. Praktikanten werden dann nicht nach den Mindestlohnvorschriften entlohnt, wenn sie entweder – wie DHBW-Studierende – ein hochschulrechtlich verpflichtendes Praktikum ableisten oder wenn sie Praktika für oder im Rahmen von Berufs- oder Hochschulausbildungen absolvieren.

---

**Merke**

Zeitliche Unterbrechungen des Praktikums, hier zum Beispiel eine beiderseitig vereinbarte Unterbrechung kurz vor Ablauf des Dreimonatszeitraums wegen eines Weihnachtsurlaubs und die Fortsetzung im neuen Jahr, setzen den Dreimonatszeitraum erneut in Gang (BAG – 5 AZR 556/17). ◀

Etwas anderes gilt bei als „Praktikanten“ bezeichneten Mitarbeitern, Nur wenn der Ausbildungszweck im Vordergrund steht, kann von einem Praktikumsverhältnis und nicht von einem Arbeitsverhältnis gesprochen werden (BAG – 6 AZR 564/01). Dann besteht auch kein Vergütungsanspruch. Aus § 22 MiLoG können weitere Anhaltspunkte entnommen werden. Praktikanten werden dann nicht nach den Mindestlohnvorschriften entlohnt, wenn sie entweder – wie DHBW-Studierende – ein hochschulrechtlich verpflichtendes Praktikum ableisten oder wenn sie Praktika für oder im Rahmen von Berufs- oder Hochschulausbildungen.

---

**Merke**

Zeitliche Unterbrechungen des Praktikums, hier eine beiderseitig vereinbarte Unterbrechung kurz vor Ablauf des Dreimonatszeitraums wegen eines Weihnachtsurlaubs und die Fortsetzung im neuen Jahr setzen den Dreimonatszeitraum erneut in Gang (BAG – 5 AZR 556/17). ◀

Etwas anderes gilt bei als „Praktikanten“ bezeichneten Mitarbeitern, die wie normale Arbeitnehmer verwertbare Tätigkeiten ausüben und nicht im Rahmen einer Gesamtausbildung im Betrieb sind. Jedenfalls als solche sind sie normale Arbeitnehmer, und deren Tätigkeit ist entsprechend zu vergüten (LAG Berlin-Brandenburg – 6 Sa 1787/15). Verichtsverträge sind im Bedarfsfalle genau auf Rechtmäßigkeit zu überprüfen.

Eine Ausnahme vom Arbeitnehmerstatus gilt für Praktikanten von Hochschulen, wenn sie eine praktische Ausbildung erhalten, die ihrem Studienziel dient oder integraler Bestandteil des betreffenden Hochschul-Studiengangs ist. Beispiele wären der Arzt im Praktikum oder der FH-Student, der ein Praxissemester im Betrieb ableistet.

### 1.6.5 Minderjährige

Soweit Arbeitnehmer (oder Auszubildende) minderjährig sind, gelten besondere Schutzvorschriften wie das **Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG)**. Hier gelten z. B. abweichende Höchstgrenzen für die Arbeitszeit. Konkret gilt eine Obergrenze von werktätiglich (Mo.-Fr.) acht Stunden bzw. wöchentlich 40 h (§ 8 Abs. 1 JArbSchG). Es besteht also ein grundsätzliches Verbot von Überstunden. An Samstagen sowie Sonn- und Feiertagen dürfen Jugendliche nur ausnahmsweise beschäftigt werden (§§ 16–18 JArbSchG), ansonsten besteht ein grundsätzliches Beschäftigungsverbot. Ausnahmen bestehen beispielsweise in Kliniken oder im Gaststättengewerbe.

### 1.6.6 Behinderte Menschen

Aufgrund der besonderen Schutzbedürfnisse dieser Arbeitnehmergruppe kommt ihnen arbeitsrechtlich gesehen ebenfalls eine Sonderstellung zu. Eine gesetzliche Definition von **Menschen mit Behinderung** bzw. **schwerbehinderten Menschen** findet sich in § 2 SGB IX. Danach sind Menschen schwerbehindert, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 % vorliegt. Dieselben Schutzrechte sollen auch Menschen mit einem Grad der Behinderung von mindestens 30 % zukommen, insofern diese nach § 2 Abs. 3 SGB IX von der Bundesagentur für Arbeit einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt wurden.

Die einzelnen, im Rahmen dieses Lehrbuchs nicht näher zu erörternden Vorschriften finden sich im SGB IX. Beispielhaft kann die spezielle Schutz- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (§ 164 SGB IX) angeführt werden. Danach muss der Arbeitgeber z. B. die Arbeitsplätze von schwerbehinderten Menschen entsprechend der Art der Behinderung einrichten oder die Möglichkeit von Telearbeit bevorzugt in Betracht ziehen. Weitere Schutz- und Fürsorgepflichten nach AGG kommen dem Arbeitgeber auch präventiv zu. Schwerbehinderte Arbeitnehmer genießen nach §§ 168 ff. SGB IX einen besonderen Kündigungsschutz. Danach sind Kündigungen nur mit Zustimmung des **Integrationsamts** möglich und wirksam. Dieses „Amt für die Sicherung der Integration schwerbehinderter Menschen im Arbeitsleben“ nimmt auch weitergehende arbeitsrechtliche Aufgaben und Funktionen wahr.

### 1.6.7 Beschäftigte in Tendenzbetrieben

Beispiele für Tendenzbetriebe sind Parteien, Pressebetriebe, Gewerkschaften oder Kirchen. Diese verfolgen aufgrund spezifischer Wertvorstellungen bestimmte, über das bloße Gewinnstreben hinausreichende (ideelle) Ziele. Die Erreichung dieser ideellen Ziele darf durch die Beschäftigten nicht unterlaufen werden. Wenn sie gleichwohl unterlaufen werden, bestehen zugunsten des Arbeitgebers weitergehende Rechte als in

„normalen“ Betrieben. Eine besondere **Tendenztreue** wird von den Gerichten aber nur für „Tendenzträger“ verlangt. Das sind solche Personen, deren Arbeit einen besonderen Bezug zu der verfolgten Tendenz des Arbeitgebers aufweist.

Insbesondere **Kirchen** genießen ein umfassendes Selbstbestimmungsrecht. Sie dürfen selbst definieren, welche Anforderungen, auch und vor allem persönlicher Art, sie nach ihren jeweiligen kirchlichen Grundsätzen an ihre Beschäftigten stellen. Im Grundsatz dürfen sie also bestimmen, welche Glaubens- bzw. Konfessionszugehörigkeit ihre Beschäftigten haben müssen und welchen Grad an Loyalität ihnen abverlangt werden kann. Leitbild bei den Kirchen ist „christliche Dienstgemeinschaft“. Die Erfüllung des kirchlichen Auftrags soll sowohl von der Leitung als auch von den übrigen Mitarbeitern einheitlich verfolgt werden. Diesen Anforderungen unterliegen auch „Nicht-Tendenzträger“, z. B. der Hausmeister an einer katholischen Schule. Nicht verlangen können kirchliche Arbeitgeber hingegen, dass sich die Beschäftigten rein wirtschaftlichen Interessen des kirchlichen Arbeitgebers unterordnen müssen. Beispielsweise kann nicht verlangt werden, dass kirchliche Mitarbeiter (z. B. Erzieherinnen in einem katholischen Kindergarten) unentgeltlich zum Kinderfest am Samstag erscheinen oder dass sie auf eigene Kosten ohne eigenes Entscheidungsrecht an Fortbildungen teilnehmen. Solche „Dienstanweisungen“ sind nicht vom Selbstbestimmungsrecht der Kirchen gedeckt.

### 1.6.8 Heimarbeiter

Neben den – hier nicht näher zu erläuternden – Hausgewerbetreibenden sind Heimarbeiter eine spezielle, nach dem **Heimarbeitsgesetz (HAG)** geregelte Beschäftigtengruppe. Heimarbeiter im Sinne des § 2 Abs. 1 HAG ist, wer in selbstgewählter (im Zweifel häuslicher) Arbeitsstätte allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden erwerbsmäßig arbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse und das Eigentum an diesen dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überlässt. Im Unterschied zu den Arbeitnehmern unterliegen Heimarbeiter nicht dem Weisungsrecht (Direktionsrecht) des Arbeitgebers. Sie werden nach speziellen Lohnvorschriften entgolten und unterliegen einer speziellen Aufsicht durch die Arbeitsschutzbehörden.

---

## 1.7 Begriff des Arbeitgebers und des Betriebes

Einen eigenständigen Arbeitgeberbegriff gibt es nicht. Die Bestimmung erfolgt im Einzelfall danach, ob bei der betreffenden natürlichen oder juristischen Person mindestens ein Arbeitnehmer beschäftigt ist. Hierfür gelten die oben genannten Begriffsbestimmungen und Eingrenzungen. Ist dies der Fall, ist derjenige, der den Arbeitnehmer beschäftigt, der Arbeitgeber. Es spielt dabei keine Rolle, ob ein Betrieb vorliegt oder ggf.

in welchem Maße der Arbeitgeber gewerblich tätig ist. So gesehen ist auch derjenige, der eine private Haushaltshilfe beschäftigt, Arbeitgeber.

Der Betriebsbegriff ist insbesondere im Bereich des Kündigungsschutzrechts und des Betriebsverfassungsrechts wichtig. Als Betrieb wird eine organisatorische Einheit verstanden, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe tatsächlicher oder immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke nachhaltig verfolgt.

---

## 1.8 Schutz vor Diskriminierung im Arbeitsrecht

### 1.8.1 Allgemeines

Das gesamte Arbeitsrecht, von der Stellenausschreibung über die Begründung und Ausgestaltung eines Arbeitsverhältnisses bis zur Kündigung, ist in hohem Maße vom Grundsatz der Gleichstellung bzw. dem Verbot von Benachteiligungen zulasten bestimmter Personen oder Personengruppen geprägt. Rechtsgrundlage ist im Wesentlichen das **Allgemeine Gleichstellungsgesetz (AGG)**. Spezielle Anti-Diskriminierungsvorschriften, z. B. in Bezug auf gleiches Entgelt für gleiche Arbeit zwischen den Geschlechtern, können sich aus Spezialgesetzen wie etwa dem Entgelttransparenzgesetz ergeben.

Das AGG geht von einem gegenüber dem klassischen Arbeitnehmerbegriff stark erweiterten Begriff des Beschäftigten aus. Davon umfasst sind nach § 6 Abs. 1 AGG nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch Auszubildende, arbeitnehmerähnliche Personen einschließlich der in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten sowie sogar Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie die Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist.

Die Diskriminierungsverbote richten sich gem. § 6 Abs. 2 AGG ausschließlich an Arbeitgeber als natürliche oder juristische Personen, also weder an leitende Angestellte noch an vertretungsberechtigte Organe. Wenn die Diskriminierung jedoch nicht vom Arbeitgeber, sondern von Dritten im Betrieb ausgeht, also etwa von Beschäftigten oder von externen Dienstleistern, die im Betrieb tätig sind, haftet der Arbeitgeber nur, wenn und soweit ihm das Verhalten des Dritten nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 278, 831) zugerechnet werden kann. Anderer Ansicht ist das BAG, welches in jedem Falle, also auch ohne Prüfung einer speziellen Zurechnungsnorm, den Arbeitgeber haften lassen will.

### 1.8.2 Benachteiligungsverbot

Der Grundsatz ist in § 7 Abs. 1 AGG enthalten. Nach dem hier formulierten **Benachteiligungsverbot** dürfen Beschäftigte nicht wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung,

des Alters oder der sexuellen Identität benachteiligt werden. Das Merkmal „wegen“ ist nicht gegeben, wenn dem Arbeitgeber bei der Durchführung der Maßnahme einer der hier genannten Benachteiligungsgründe nicht bekannt ist (BAG – 2 AZR 650/12). Diese allgemeine Verbotsnorm gilt zwar nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 4 AGG nicht für Kündigungen. Welche Bedeutung dieser Vorschrift zukommt, ist allerdings teilweise umstritten. Für Kündigungen, die dem KSchG unterfallen, ist diese Frage höchstrichterlich geklärt (BAG – 2 AZR 523/07). Danach sind bei der Prüfung der Wirksamkeit solcher Kündigungen die Diskriminierungsverbote des AGG und die darin vorgesehenen Rechtfertigungen für unterschiedliche Behandlungen als Konkretisierungen der Sozialwidrigkeit zu beachten (vgl. hierzu auch BAG – 2 AZR 295/12). Kontrovers wird jedoch beurteilt, wie § 2 Abs. 4 AGG im Hinblick auf Kündigungen, die nicht dem KSchG unterfallen, zu verstehen ist. Das BAG ist der Auffassung, dass die zivilrechtlichen Generalklauseln nicht von dieser Vorschrift erfasst werden. Der Diskriminierungsschutz des AGG geht insoweit diesen Klauseln vor und verdrängt diese. Ordentliche Kündigungen während der Wartezeit und in Kleinbetrieben sind deshalb unmittelbar am Maßstab des AGG zu messen. Eine ordentliche Kündigung, die einen Arbeitnehmer, auf den das Kündigungsschutzgesetz (noch) keine Anwendung findet, aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe diskriminiert, ist nach § 134 i. V. m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG unwirksam. § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen (BAG 6 AZR 190/12).

---

**Fall**

1.8.2/Fall 4: AG kündigt AN, einem Chemielaboranten in einem Pharmaunternehmen, nachdem er von einer bestehenden HIV-Erkrankung des AN erfährt. Liegt eine Benachteiligung nach AGG vor? (BAG – 6 AZR 190/12) ◀

Hinsichtlich der Benachteiligung definiert das Gesetz in § 3 AGG vier Formen:

- unmittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 AGG)
- mittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG)
- Belästigung (§ 3 Abs. 3 AGG)
- sexuelle Belästigung (§ 3 Abs. 4 AGG)

Eine **unmittelbare Benachteiligung** liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als es eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Mittelbar ist die Benachteiligung dann, wenn eine Person durch dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren benachteiligt wird, außer dies ist in bestimmter Weise gerechtfertigt.

**Beispiel**

Das Unternehmen führt eine Frauenquote ein. Als unbedingte und einzuhaltende Ergebnisvorgabe dürfte diese Maßnahme eine diskriminierungsrelevante Benachteiligung darstellen.

Eine Form der Diskriminierung ist auch die **Belästigung**. Zielrichtungen von Belästigungen sind gem. § 3 Abs. 3 AGG die Würde der Person. Bei **sexuellen Belästigungen** erfolgt eine Anlehnung an die bereits bestehende Definition des § 2 Abs. 2 des Beschäftigtenschutzgesetzes (BeschSchG). (BeschSchG). Fraglich ist, was ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten im Sinne der Vorschrift ist.

**Beispiel**

Die Arbeitnehmerin wird im Betrieb, auf der Straße oder beim Karneval von einem Kollegen auf bestimmte körperliche Vorzüge, z. B. die Kürze des Rocks oder eine knapp sitzende Hose, angesprochen. Ist ein solcher Hinweis im Betrieb in jedem Falle sexuelle Belästigung und in den anderen Fällen wegen des fehlenden Betriebsbezugs nicht? Wann ist ein solcher Hinweis charmant, wann witzig, wann belästigend? Wie ist zu entscheiden, wenn der Hinweis von befreundeten Kollegen im Betrieb erfolgt? Abhilfe können hier allgemeine Verhaltensregeln als Teil eines Compliance-Kodex schaffen, diese zu formulieren, ist angesichts der unklaren Abgrenzungen jedoch schwierig.

Eine arbeitsrechtliche Sonderstellung, auch im Hinblick auf die Maßgaben des AGG, kommt **Arbeitnehmern in kirchlichen Einrichtungen** zu. Diese sind nach dem Staat immerhin der zweitgrößte Arbeitgeber in Deutschland. Kirchen genießen ein grundgesetzlich geschütztes Selbstbestimmungsrecht (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 1 WRV). Dies eröffnet kirchlichen Arbeitgebern weitgehende Freiheiten bei der Regelung ihrer eigenen Angelegenheiten. Davon umfasst sind weitergehende Rechte und Möglichkeiten gegenüber den Beschäftigten als bei anderen Arbeitnehmern oder im öffentlichen Dienst. Nach § 9 AGG ist die unterschiedliche Behandlung wegen der Religion und Weltanschauung grundsätzlich erlaubt, was in der Praxis zu einem eigenständigen **kirchlichen Arbeitsrecht** geführt hat. Beispielsweise darf kirchlichen Arbeitnehmern – nach noch umstrittener Ansicht zwischen BAG und BVerfG – verboten werden zu streiken. Im Bewerbungsgespräch besteht ein weitergehendes Fragerecht des Arbeitgebers, auch im Hinblick auf privaten Lebenswandel, geschlechtliche Orientierung, den Stand privater Beziehungen oder sonstige Bereiche, die die Wertvorstellungen und Weltanschauungen der kirchlichen Einrichtung betreffen. Für Rechtsstreitigkeiten aus kirchlichen Arbeitsverhältnissen besteht jedoch der normale Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten.



### 1.8.3 Rechtsfolgen

§ 7 Abs. 1 AGG ist ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134. Das heißt, dass Rechtsgeschäfte, die auf dem Benachteiligungsverbot gründen, nichtig sind. Nach allgemeinen Regeln des Zivilrechts würde dies u. a. bedeuten, dass auch der vertragliche Vergütungsanspruch des Beschäftigten unwirksam ist. In Fällen, in welchen der Beschäftigte jedoch bereits Arbeit geleistet hat, würde dies zu einer nicht hinnehmbaren Ungerechtigkeit führen. Aus diesem Grunde hat die Rechtsprechung die Rechtsfigur des **faktischen Arbeitsverhältnisses** entwickelt. Dadurch werden quasi vertragliche Ansprüche gewährt und das fehlerhafte Arbeitsverhältnis wird für die gesamte bisherige Dauer ausnahmsweise wie ein rechtswirksam zustande gekommenes Arbeitsverhältnis behandelt. Das heißt, die Nichtigkeitsfolgen greifen hier also ausnahmsweise erst mit Wirkung für die Zukunft.

Wenn der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot verstößt, ist er dem Benachteiligten gem. § 15 AGG zum **Schadensersatz** verpflichtet. **Materielle Schäden** sind unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 AGG, **immaterielle Schäden** gem. § 15 Abs. 2 AGG zu erstatten. Verschulden vonseiten des Arbeitgebers ist hierfür nicht erforderlich.

#### Merke

Bei Rechtsmissbrauch gewährt die Rechtsprechung keine Schadensersatzleistungen. Ein Rechtsmissbrauch ist gegeben, wenn der Bewerber an der Stelle nicht ernsthaft interessiert ist, sondern sich nur beworben hat, um eine Entschädigung zu erhalten (LAG Berlin-Brandenburg – 21 Sa 1380/13). ◀

Im Falle einer Nichteinstellung darf ein immaterieller Schadensersatz drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Das heißt im Umkehrschluss, wenn die betroffene Person darlegen und beweisen kann, dass sie bei benachteiligungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre, kann das „Schmerzensgeld“ sogar noch höher ausfallen. Ggf. kann auch ein Ersatz eines entgangenen Gewinns aus der neuen Position zu erstatten sein. Hierzu muss allerdings der Betroffene ebenfalls beweisen, dass er für die Stelle am besten qualifiziert war, was ihm kaum je gelingen dürfte. Ein erleichterter Haftungsmaßstab gilt für den Arbeitgeber gem. § 15 Abs. 3 AGG, wenn er Kollektivvereinbarungen (z. B. eine Betriebsvereinbarung) vollzieht.

Über das Recht zum Schadensersatz hinaus haben betroffene Beschäftigte weitere Rechte, z. B. ein **Beschwerderecht** gem. § 13 AGG oder ein **Arbeitsverweigerungsrecht** gem. § 14 AGG.

Sog. **Antidiskriminierungsverbände** können gem. § 23 AGG einem betroffenen Beschäftigten im Prozess beistehen. Zur weiteren Unterstützung benachteiligter Personen bei der Durchsetzung ihrer Rechte wurde auf Bundesebene auch eine sog.

**Antidiskriminierungsstelle** eingerichtet. Sie soll durch Öffentlichkeitsarbeit und wissenschaftliche Studien zur Verhinderung von Benachteiligung beitragen.

Auf EU-Ebene bestehen Überlegungen, die Antidiskriminierungsregelungen weiter zu verschärfen. Da das deutsche Recht jedoch bereits über die ursprünglichen Mindestvorgaben hinausgeht, wird sich zeigen, ob in den nächsten Jahren weiterer Anpassungsbedarf besteht.

#### Kontrollfragen

1. In welche beiden großen Bereiche wird das Arbeitsrecht eingeteilt und wie werden die Bereiche definiert?
2. Welche Bedeutung kommt der Rechtsprechung, insbesondere den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, im Arbeitsrecht zu?
3. Wie lautet die Definition des Arbeitnehmers, und was ist demgegenüber ein Selbstständiger?
4. Nennen Sie drei arbeitsrechtliche Besonderheiten von Auszubildenden gegenüber Arbeitnehmern.
5. Was regelt das Allgemeine Gleichstellungsgesetz (AGG)?

### 1.8.4 Beweislast

In prozessualer Hinsicht sind weitreichende **Beweiserleichterungen** zugunsten der Beschäftigten gem. § 22 AGG vorgesehen. Der Anspruchsteller muss nach allgemeinen Beweisregeln beweisen, dass eine Benachteiligung vorliegt. Darüber hinaus muss er zumindest bestimmte Anzeichen (Indizien) vortragen, die darauf hindeuten, dass die Benachteiligung aus einem in § 1 AGG genannten Grund erfolgt ist. Der Arbeitgeber muss dann die Vermutung entkräften und den Gegenbeweis führen, dass entweder keine Benachteiligung vorliegt, dass diese nicht auf § 1 AGG beruht oder dass eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt ist.

#### Beispiel

Der Arbeitgeber teilt der schwangeren Arbeitnehmerin im Zuge der Mitteilung der abgelehnten Beförderung mit, sie solle sich doch auf ihr Kind freuen. Das BAG sieht darin ein hinreichendes Indiz für eine geschlechtsspezifische Benachteiligung (bezüglich der Nichtbeförderung). Dagegen entfaltet der Umstand, dass in dem betroffenen Betrieb oder Abteilung neben der türkischen Arbeitnehmerin nur deutsche Arbeitnehmerinnen beschäftigt sind, für sich allein gesehen keine ausreichende Indizwirkung für eine Benachteiligung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft (BAG – 8 AZR 364/11).

# Begründung des Arbeitsverhältnisses

# 2

## Lernziele

### Dieses Kapitel vermittelt:

- eine chronologisch aufgebaute, von der Stellenausschreibung bis zur Einstellung eines Bewerbers reichende, Übersicht über wichtige arbeitsrechtliche Rechtsfragen,
- eine Darstellung rechtlich zulässiger und unzulässiger Fragen bzw. Fragekategorien sowie möglicher Antworten im Rahmen des Bewerbungsgesprächs,
- das Aufzeigen von Handlungsoptionen bei Ablehnung oder Zustimmung zur Einstellung.

## 2.1 Rechtsanspruch auf Arbeitsplatz?

Ein individuelles einklagbares Recht auf Arbeit (oder auf einen konkreten Arbeitsplatz) gibt es in Deutschland nicht. Soweit in internationalen oder europarechtlichen Abkommen (z. B. Europäische Sozialcharta) solche Rechte enthalten sind, können sie nichts weiter als Programmsätze ohne rechtlich verbindliche Qualität darstellen. Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes, das von der Rechtsprechung aus einer Verbindung verschiedener Grundgesetznormen entwickelt wurde, beinhaltet nur die Pflicht zur generellen sozialen Fürsorge für Arbeitslose. Der Gesetzgeber ist dieser Pflicht durch Schaffung des Sozialgesetzbuchs III – Arbeitsförderung – nachgekommen. Weiter wird auch ein Anspruch gegen den Staat angenommen, bei der Arbeitssuche behilflich zu sein. Diesem Auftrag kommt die Bundesagentur für Arbeit nach.

Zugleich mit dem Lissabon-Vertrag ist Ende 2009 auch die sog. **Grundrechtscharta der Europäischen Union** in Kraft getreten. Sie gilt verbindlich für alle Organe der EU

sowie für die Mitgliedstaaten, wenn und soweit diese Europarecht umsetzen. Die Charta enthält ein (Grund-)Recht zu arbeiten. Sie gewährt allerdings kein unmittelbares Klagerrecht des einzelnen Bürgers beim Europäischen Gerichtshof. Im Rahmen der nationalen Gerichtswege kann allerdings jedes Gericht den EuGH anrufen und im Wege der Vorabentscheidung eine Rechtsfrage und deren Auslegung vor dem Lichte der EU-Charta prüfen lassen. Welche Auswirkungen das konkret hat, ist noch unklar. Der EU-Vertrag erhebt jedenfalls in Art. 6 die in der Charta gewährleisteten Grundrechte zu allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts.

---

## 2.2 Stellenausschreibung

### 2.2.1 Definition

Eine Stellenausschreibung liegt vor, sobald der Arbeitgeber öffentlich mitteilt, dass er die Absicht der Begründung eines Arbeitsverhältnisses hat. Insoweit sind auch mündliche Bekundungen an einen größeren Adressatenkreis bzw. öffentliche Äußerungen im Zusammenhang mit einem Stellenbesetzungsverfahren als Stellenausschreibungen zu werten.

#### Beispiele

Kinospot, innerbetriebliche Aushänge oder Mitteilungen an die Bundesagentur für Arbeit.

Auch bei solchen nicht „klassischen“ Stellenausschreibungen in Form von textlich verkörpertten Inseraten in Zeitungen oder im Internet sind die nachfolgenden rechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten.

### 2.2.2 Diskriminierungsverbot

Nach § 11 AGG sind u. a. bei der Stellenausschreibung geschlechtsbezogene Benachteiligungen verboten. Knüpft eine Stellenausschreibung an eines der geschützten Merkmale (vgl. § 1 AGG) an, wird dadurch die betroffene Person unmittelbar benachteiligt. Unerheblich ist, ob die Stellenausschreibung durch das Unternehmen selbst oder von Dritten, z. B. einer Personalberatungsagentur im Auftrag des Unternehmens, durchgeführt wird. Keine Stellenausschreibung liegt bei einer individuellen Aufforderung an einen Bewerber vor, sich zu bewerben.

Im Umkehrschluss heißt dies, dass eine diskriminierungsfreie Stellenausschreibung grundsätzlich merkmals-, alters- und geschlechtsneutral formuliert sein muss. Eine gesetzeskonforme Formulierung verhindert nicht nur Rechtsstreitigkeiten, sondern kann

auch ein wirksames Marketinginstrument einer „menschenfreundlichen“ Unternehmenskultur sein (sog. Diversity-Freundlichkeit).

**Beispiel**

Die Fa. IBM formuliert in ihren Stellenanzeigen regelmäßig wie folgt: „Dieses Angebot richtet sich selbstverständlich auch an Interessenten mit Behinderung. IBM stellt die besten Talente ein, ungeachtet ihrer kulturellen oder ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder Orientierung, und ist stolz darauf ein Arbeitgeber zu sein, der für Chancengleichheit steht.“

Zur Wahrung der Geschlechtsneutralität ist zu beachten, dass seit der Änderung des Personenstandsgesetzes in 2019 im Geburtenregister neben „männlich“ und „weiblich“ auch die Bezeichnung „divers“ für intersexuelle Menschen eingetragen werden kann. Üblicherweise wird nunmehr eine geschlechtsneutrale Ausschreibung mit dem Kürzel „m/w/d“ ergänzt. Eine Ausnahme besteht dann, wenn ein bestimmtes Geschlecht eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, wenn dies also einen zentralen Bestandteil des Anforderungsprofils für den bestimmten Arbeitsplatz bildet. Dann läge nach § 8 AGG eine zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen vor. Eine unverzichtbare Voraussetzung für den Arbeitsplatz ist ein Geschlecht dann, wenn die vertragsmäßige Leistung durch das andere Geschlecht (rechtlich oder faktisch) nicht oder nur untauglich erbracht werden könnte. Weil das kaum je der Fall sein wird, sind pauschale Stellenausschreibungen nach dem Motto „Wir suchen eine versierte Assistentin der Vertriebsleitung“ grundsätzlich unzulässig. Auch die Notwendigkeit des Tragens schwerer Lasten oder ähnliche Anforderungen genügen als Rechtfertigung für sich genommen noch nicht.

**Fall**

2.2.2/Fall 1: AG ist Einzelhändler für Damenunterwäsche. Er schaltet eine Anzeige, in welcher er eine „dynamische Verkäuferin mit Deutsch als Muttersprache“ sucht. Ist diese Anzeige rechtlich problematisch? (BAG – 8 AZR 402/15)

Variante: Ausgeschrieben wird die Stelle einer Frauenbeauftragten, nur bezogen auf das weibliche Geschlecht. ◀

Zur Vermeidung etwaiger AGG-Probleme sollte in Stellenausschreibungen auch versucht werden, auf geschlechtsneutrale Formulierungen für die Position zurückzugreifen. Beispielsweise sollte nicht nach einem „Vertriebsleiter“, sondern nach einer „Vertriebsleitung“ gesucht werden.

Im vorigen Kapitel wurde bereits verdeutlicht, dass Bestrebungen zur **Erhöhung des Frauenanteils** in Großunternehmen oder in Führungspositionen ebenfalls schnell an

die Grenzen des AGG stoßen. In diesem Sinne benachteiligt eine Formulierung in der Stellenausschreibung, dass bevorzugt Frauen eingestellt oder befördert werden, grundsätzlich das andere (männliche) Geschlecht. Eine vergleichbare Indizwirkung wird auch dann erzeugt, wenn das Unternehmen in den Medien preisgibt, dass es seinen Managern entsprechende Ziele vorgegeben hat. Als zulässige Ausnahme werden die bestehenden **Gleichstellungsgesetze der Bundesländer für den öffentlichen Dienst** angesehen. Diese sehen bei gleicher Eignung und Qualifikation von Bewerbern unter Beachtung von Einzel- und Härtefallaspekten die Bevorzugung von Frauen vor. Begründet wird dies mit einer Pflicht des Staates, aktiv tätig zu werden, um historisch entstandene faktische Benachteiligungen für Frauen im Berufsleben zu beseitigen. Mit demselben Argument dürften auch nichtstaatliche „positive“ Fördermaßnahmen für Frauen vonseiten des Betriebsrats oder der Gewerkschaft ausdrücklich erlaubt sein. Darüber hinausgehende gesetzliche „Geschlechterförderungsmaßnahmen“, wie etwa die Einführung gesetzlicher Frauenquoten, sind dagegen schwerlich mit den Anforderungen des AGG und des EU-Rechts in Einklang zu bringen.

Die Frage, ob in der Stellenanzeige von den Bewerbern ein **Lichtbild** verlangt werden kann, ist umstritten. Einerseits stellt dies keine direkte Benachteiligung dar. Andererseits ist im strengen Sinne ein Lichtbild für die Vorauswahl nicht erforderlich. Weil die aus einem Lichtbild zu entnehmenden Informationen auch eine, wenn auch schwache, Indizwirkung für das Vorliegen einer Diskriminierung haben können, kann es ratsam sein, darauf zu verzichten.

Grundsätzlich hat auch eine „**altersneutrale**“ **Ausschreibung** zu erfolgen, es sei denn, dass ein Rechtfertigungsgrund i. S. d. § 10 AGG für eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters vorliegt. Voraussetzung ist, dass sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. Für die erforderliche Gesamtbewertung gibt das Gesetz in § 10 AGG weitere Hinweise. Jedenfalls können Stellenausschreibungen, die sich auf Arbeitnehmer im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr beziehen, eine zumindest mittelbare (und damit gleichwohl relevante) Benachteiligung wegen des Alters darstellen, da Arbeitnehmer mit mehreren Berufsjahren typischerweise gegenüber Arbeitnehmern im ersten Berufsjahr ein höheres Lebensalter aufweisen.

---

**Fall**

2.2.2/Fall 2: Gesucht wird in einer Stellenanzeige ein „junger engagierter Volljurist (m/w/d)“ für die Rechtsabteilung des Unternehmens. Diskriminierend? (BAG – 8 AZR 530/09) ◀

Die Rechtsprechung hat verschiedentlich Ausnahmen vom AGG-Benachteiligungsverbot wegen Alters bei der **Festlegung von Höchstaltersgrenzen** bei Neueinstellungen zugelassen. So wurde ein Höchstalter von 30 Jahren für Feuerwehrleute als sachlich gerechtfertigt und damit zulässig angesehen (EuGH 2010, Rs. Wolf).

Nach § 81 Abs. 1 S. 2 SGB IX muss der Arbeitgeber bei jeder freien Stelle Kontakt mit der Agentur für Arbeit aufnehmen, um sich ggf. geeignete behinderte Bewerber vermitteln zu lassen. Hierzu sind alle Arbeitgeber verpflichtet, private wie öffentliche. Unterbleibt diese Einschaltung der Arbeitsagentur, kann dies eine (schwer widerlegbare) Vermutung für die Benachteiligung eines behinderten Bewerbers ergeben.

### 2.2.3 Rechtsfolgen und Beweislast

Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 begründet keinen Beschäftigungsanspruch (§ 15 Abs. 6 AGG). Jedoch besteht ein Anspruch des abgelehnten Bewerbers auf Entschädigung (§ 15 Abs. 1–4 AGG). Dieser umfasst auch einen Schmerzensgeldanspruch (§ 15 Abs. 2 AGG), dessen Höhe max. drei Bruttomonatsverdienste umfasst.

Im gerichtlichen Verfahren kommt einem abgelehnten Stellenbewerber die **Umkehr der Beweislast** nach § 22 AGG zu. Dieser muss lediglich Indizien beweisen, die auf eine geschehene, nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung durch den Arbeitgeber bei der Bewerberauswahl hindeuten. Hierzu genügen im Zweifel auch statistische Beweise oder bereits eine mittelbare Schlechterstellung. Der dem Arbeitgeber obliegende Gegenbeweis wird ihm in vielen Fällen kaum gelingen, insbesondere wenn er geschlechtsspezifisch ausgeschlossen hat und kein gesetzlicher Ausnahmefall gegeben ist. In diesem Falle liegt es nahe, anzunehmen, dass andersgeschlechtliche Bewerber bereits allein deshalb abgelehnt wurden (BAG – 8 AZR 112/03).

Grundsätzlich hat der abgelehnte Stellenbewerber im Rahmen des Schadensersatzprozesses keinen Anspruch auf Auskunft gegen den Arbeitgeber, ob dieser einen anderen Bewerber eingestellt hat, und wenn ja, zu welchen Kriterien diese Einstellung erfolgt ist. Eine Ausnahme ist aber dann gegeben, wenn eine Auskunftsverweigerung durch den Arbeitgeber die Verwirklichung des Rechts des abgelehnten Bewerbers auf Schutz einer nach dem AGG verbotenen Benachteiligung zu beeinträchtigen droht (BAG – 8 AZR 287/08). Faktisch kann eine Weigerung des Unternehmens zur Erteilung einer Auskunft jedoch zum Nachweis beitragen, dass der Stellenbewerber diskriminiert wurde. Ebenso kann es als Verdachtsmoment zu werten sein, wenn ein Bewerber trotz Erfüllen der geforderten Qualifikationskriterien nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen wurde (EuGH, C-415/10).

---

#### Fall

2.2.3/Fall 3: Die abgelehnte Stellenbewerberin fordert im Rahmen des Schadensersatzprozesses gegen das ablehnende Unternehmen wegen Diskriminierung u. a. die Vorlage der Bewerbungsunterlagen des eingestellten Konkurrenten, um ihre vermeintlich bessere Qualifikation nachweisen zu können. Zu Recht (vgl. EuGH C-415/10)?



Im Zweifel können Unternehmen also verpflichtet sein, ihre Einstellungspraxis umfassend zu erläutern. Diskriminierungsfreie Auswahlkriterien sind z. B. in objektiver Hinsicht Vollständigkeit der Bewerbungsunterlagen, Ausbildung und Zusatzqualifikationen oder Grad der Berufserfahrung, in subjektiver Hinsicht Kommunikationsfähigkeit, Auffassungsgabe oder Belastbarkeit. In jedem Falle ist eine ausdrückliche Dokumentation anzuraten, dass die unzulässigen Unterscheidungskriterien bei der Einstellung oder Ablehnung keine Rolle gespielt haben. Bei Absageschreiben muss auf eine möglichst „diskriminierungsneutrale“ Wortwahl geachtet werden. Sätze an den abgelehnten Bewerber wie „Wir haben uns für eine andere Bewerberin entschieden“ (statt besser „für eine andere Person“) könnten hier bereits wieder den Verdacht einer diskriminierenden Geschlechterauswahl begründen.

---

## 2.3 Bewerbungsgespräch

Aus dem Grundsatz der Privatautonomie folgt ein grundsätzlich freies Recht des Arbeitgebers, im Bewerbungsgespräch Fragen zu stellen, wobei die nachfolgenden Einschränkungen bestehen.

Entscheidend ist, ob die Frage zulässig ist. Bejahendenfalls ist der Stellenbewerber zur wahrheitsgemäßen Beantwortung verpflichtet. Zulässig ist die Frage dann, wenn ein **berechtigtes Interesse** besteht. Das ist dann der Fall, wenn die Frage für die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes von Bedeutung ist und wenn das Frageinteresse auch unter Beachtung des Schutzes der Persönlichkeitssphäre und des Persönlichkeitsrechts des Bewerbers überwiegend billigungs- oder schützenswert ist (BAG – 2 AZR 270/83). Erforderlich ist also stets eine **Abwägung gegenseitiger Interessen** im Einzelfall.

---

### Merke

Aus der Interessenabwägung folgt, dass der Arbeitgeber grundsätzlich nicht berechtigt ist, Fragen zu stellen, die keinen Bezug zu der ausgeschriebenen Tätigkeit aufweisen. Auch sind Fragen unberechtigt, die zwar einen Bezug aufweisen, durch die aber entweder unverhältnismäßig in die Privatsphäre des Bewerbers eingegriffen wird oder die eine Benachteiligung nach AGG darstellen. ◀

Bei **unzulässigen Fragen** hat der Bewerber nach der Rechtsprechung dagegen nicht nur ein Schweigerecht, sondern sogar ein „**Recht zur Lüge**“. Falsche Antworten oder arglistiges Verschweigen auf unzulässige Fragen dürfen dem Stellenbewerber in keiner Weise zum Nachteil gereichen. Insbesondere darf darauf später keine Kündigung oder Anfechtung des laufenden Arbeitsvertrages gestützt werden. Beispiele für problematische Fragekategorien sind:

- Private Lebensführung (Heiratsabsichten, Pläne zur Gründung einer Familie, bestehende Schwangerschaft, Freizeitbeschäftigungen),



- Bestehen einer Schwerbehinderung,
- Religions- oder Konfessionszugehörigkeiten (einschließlich Sektenzugehörigkeit, zu der *Scientology* allerdings nach Auffassung des BAG nicht gehört),
- Partei- oder Gewerkschaftszugehörigkeiten,
- Vorstrafen,
- Krankheiten, Drogen-/Alkoholabhängigkeit,
- Bezüge zu Benachteiligungsmerkmalen (§ 1 AGG), und sei es nur mittelbar, z. B. bezüglich der sprachlichen Herkunft eines „ausländisch klingenden“ Familiennamens des Bewerbers.

Eine ungefragte Offenbarungspflicht des Bewerbers kann auch ohne entsprechende Frage bestehen, wenn der Arbeitgeber eine Aufklärung nach Treu und Glauben erwarten kann. Ein Beispiel ist der Bewerber zum Berufskraftfahrer, der den Arbeitgeber auch ungefragt über einen Entzug seiner Fahrerlaubnis informieren muss. Die Pflicht zur Wahrheit und Lückenlosigkeit gilt bereits für Angaben im Lebenslauf. Fraglich ist häufig, wo die Wahrheit endet und die Lüge beginnt. Zeiten von Arbeitslosigkeit als „Bildungsurlaub“ zu titulieren, ist problematisch. Bei unverschuldeter Arbeitslosigkeit (z. B. Insolvenz des Arbeitgebers) ist es in jedem Falle ratsam, den entsprechenden Grund im Lebenslauf anzugeben. Auch die Vorlage gefälschter Zeugnisse verstößt gegen die Wahrheitspflicht und berechtigen den Arbeitgeber zur Anfechtung von auf dieser Grundlage geschlossenen Arbeitsverträgen.

Fragen nach **privater Lebensführung** sind im Bewerbungsgespräch grundsätzlich verboten. Ausnahmsweise werden sie von der Rechtsprechung als zulässig angesehen, wenn sie sich aus dem „besonderen Unternehmenszweck“, z. B. dem einer kirchlichen Einrichtung, ergeben. In solchen Fällen geht das Fragerecht sogar relativ weit, und der Arbeitgeber darf beispielsweise fragen, ob der Bewerber eine gemeinsame Wohnung mit einem nichtehelichen Lebenspartner bewohnt. Auch nach geplanten oder bestehenden **Schwangerschaften** (Familienplanung) darf grundsätzlich nicht gefragt werden. Dies ergibt sich nach der Rechtsprechung als mittelbare Folge des gesetzlichen Verbots der Diskriminierung wegen des Geschlechts. Dies gilt selbst dann, wenn die Schwangere die Stelle von Beginn an wegen der Schwangerschaft nicht antreten könnte (BAG – 2 AZR 621/01).

Ob dem Arbeitgeber seit dem Inkrafttreten des AGG aufgrund des umfassenden Benachteiligungsverbots behinderter Menschen zugestanden wird, nach einer bestehenden **Schwerbehinderteneigenschaft** oder Gleichstellung mit einer Schwerbehinderteneigenschaft zu fragen, ist umstritten. Überwiegend wird ein Fragerecht verneint, außer wenn mit dem Arbeitsplatz eine gezielte Förderung behinderter Menschen beabsichtigt ist oder wenn das Fehlen einer Behinderung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die Tätigkeit ist (Letzteres umstritten). Der Arbeitnehmer hat in diesem Falle die Pflicht, wahrheitsgemäß zu antworten. Wenn die Frage unterbleibt, muss ein behinderter Mensch jedoch nicht von sich aus über eine bestehende Behinderung aufklären, soweit ihm die Tätigkeit dadurch nicht unmöglich gemacht wird. Nach einer Schwerbehinderung gefragt werden darf auch dann, wenn ein

Arbeitsverhältnis seit mindestens sechs Monaten besteht. Denn der Arbeitgeber muss wissen dürfen, ob zugunsten dieses Beschäftigten der gesetzliche Sonderkündigungsschutz für behinderte Menschen nach dem SGB gilt. Auch bei der Vorbereitung betriebsbedingter Kündigungen muss die Frage nach einer Schwerbehinderteneigenschaft erlaubt sein, um eine korrekte Sozialauswahl treffen zu können (BAG – 6 AZR 553/10). Im Bewerbungsgespräch bietet sich an, statt einer direkten Frage nach dem Bestehen einer Schwangerschaft z. B. zu fragen, ob es etwas gibt, was den Bewerber davon abhalten könnte, den an ihn gerichteten Anforderungen zu genügen. Das direkte Fragen nach einer Behinderung kann jedenfalls als gewichtiges Indiz für eine Diskriminierung gelten.

Nach **Vorstrafen** darf gefragt werden, wenn und soweit die Art des Arbeitsplatzes, der besetzt werden soll, entsprechende Informationen erfordert (BAG – 2 AZR 320/98). Allerdings kommt es nicht darauf an, welche Vorstrafen der Arbeitgeber nach seinen eigenen Einschätzung für relevant hält. Entscheidend ist vielmehr ein objektiver Maßstab, unter Einbeziehung der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Bewerbers sowie seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

---

**Fall**

2.3/Fall 4: Der Betreiber eines Kernkraftwerkes fragt den Bewerber um die Stelle einer Fachkraft für das Kontrollzentrum des Kraftwerks nach nuklearstrafrechtlichen Vorverurteilungen. Zulässig?

Abwandlung: Er fragt nicht nur nach Vorverurteilungen, sondern auch nach laufenden bzw. eingestellten Ermittlungsverfahren (vgl. BAG – 6 AZR 339/11). ◀

Fragen nach **Vorerkrankungen**, die vollständig überwunden wurden, sind unzulässig. Auch nach bestehenden HIV-Infektionen darf grundsätzlich nicht gefragt werden. Ausnahmen bestehen bei Heilberufen. Allgemein dürfen Fragen nach dem Gesundheitszustand nur gestellt werden, wenn sie einen Bezug zur angestrebten Tätigkeit aufweisen. Gegen unzulässige zwangsweise ärztliche Einstellungsuntersuchungen, die zur Ablehnung der Stellenbewerbung führen, kann der Betroffene rechtlich vorgehen, indem er einen gerichtlichen Antrag auf Aufhebung der Ablehnungsentscheidung stellt (vgl. hierzu EuGH C-404/92 P).

Die Abfrage von Bewerberdaten mittels eines Personalfragebogens bedarf der Zustimmung des Betriebsrats (§ 94 Abs. 1 BetrVG). Gleichwohl gelten auch hierbei die obigen Anforderungen, insbesondere die Pflicht zu wahrheitsgemäßen Angaben.

Die falsche Beantwortung zulässiger Fragen kann Schadensersatzansprüche auslösen oder den Arbeitgeber unter den folgenden Voraussetzungen zur Anfechtung eines daraufhin geschlossenen Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung (§ 123) berechtigen:

1. Die Frage ist zulässig.
2. Die Frage wird vom Stellenbewerber bzw. späteren Arbeitnehmer bewusst falsch beantwortet.

3. Der Arbeitnehmer erkennt, dass die Frage von Bedeutung für das Arbeitsverhältnis ist.
4. Die arglistig verschwiegene oder falsch beantwortete Tatsache ist ursächlich für das Arbeitsverhältnis.

---

**Fall**

2.3/Fall 5: In welchen Fällen ist eine Anfechtung des Arbeitsvertrages berechtigt?

- Im Lebenslauf sind Angaben zum beruflichen Werdegang falsch.
- Die Nachfrage des Arbeitgebers nach der Gehaltshöhe im letzten Arbeitsverhältnis wird falsch beantwortet.
- Auf Nachfrage verneint der Bewerber fälschlicherweise, dass er chronische Krankheiten hat.
- Die Bewerberin als Sportlehrerin verneint eine bestehende Schwangerschaft. ◀

Im Falle der Wirksamkeit einer Anfechtung und der daraus folgenden Nichtigkeit des Arbeitsvertrages heißt dies jedoch nicht, dass der Arbeitnehmer das gesamte, bislang erhaltene Gehalt zurück zahlen müsste. Insoweit verfolgt die Rechtsprechung auch insoweit die Lehre vom „**faktischen Arbeitsverhältnis**“, wonach das Gehalt als Gegenleistung zu der faktisch geleisteten Arbeitstätigkeit behalten werden darf. Der Arbeitnehmer kann aber ggf. zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet sein.

In jüngerer Zeit führen Unternehmen im Zuge von Stellenbesetzungen vermehrt sog. **Background Checks** durch. Davon umfasst sind alle Maßnahmen, die geeignet sind, umfassende Kenntnisse über Charakter, Fähigkeiten, Zuverlässigkeit und Integrität eines Bewerbers zu erlangen. Dabei werden zunehmend auch die Möglichkeiten des Web 2.0 ausgenutzt (z. B. Facebook-Postings oder Fotos). Durch solche Ermittlungen sollen falsche oder fehlerhafte Bewerberinformationen aufgedeckt werden. Grundsätzlich ist für jede Art der Verarbeitung personenbezogener Daten die Einwilligung des Bewerbers erforderlich, sofern andere als öffentlich zugängliche oder in Zeugnissen enthaltene Informationen eingeholt werden sollen. Dies betrifft auch und vor allem die Einholung von Informationen, nach denen der Arbeitgeber im Bewerbungsgespräch nicht fragen darf.

---

**Merke**

Personenbezogene Daten in sozialen Netzwerken sind nur dann „allgemein zugänglich“ und damit ohne Einwilligung des Betroffenen datenschutzrechtlich nutzbar, wenn diese Daten bei „bestimmungsgemäßer Nutzung“ für jedermann abrufbar sind. Eine Recherche in allgemein zugänglichen Suchmaschinen nach offenkundigen personenbezogenen Daten der Bewerber ist danach ohne Weiteres möglich. Deshalb sollte darauf geachtet werden, im Internet keine Daten oder Fotos zu platzieren, die für ein Bewerbungsverfahren nachteilig sein könnten. ◀

Das Verlangen des Arbeitgebers nach der Mitteilung des Facebook-Passworts des Stellenbewerbers ist (selbstverständlich) unzulässig.

Der verstärkte Einsatz des Online-Recruitings und des Einsatzes Künstlicher Intelligenz im Bewerbungsverfahren führt zu weiteren rechtlichen Herausforderungen. Inzwischen wird hier sogar automatisiert vom IT-System entschieden, wofür nach Art. 22 DSGVO besondere Einschränkungen gelten. Die betroffene Person darf hier nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen werden.

Bei einer unaufgeforderten persönlichen Vorstellung muss der Bewerber die Kosten seiner Bewerbung und Vorstellung grundsätzlich selbst tragen. Dasselbe gilt, wenn der Arbeitgeber einer unaufgeforderten Vorstellung lediglich zustimmt. Soweit der Arbeitgeber den Arbeitnehmer dagegen ausdrücklich zum Vorstellungsgespräch eingeladen hat, geht die herrschende Meinung davon aus, dass er dem Arbeitnehmer nach den Vorschriften über den Auftrag (§§ 662–676) die notwendigen Auslagen und eventuelle Verdienstaufälle zu erstatten hat. Zu den notwendigen Auslagen gehören die Fahrtkosten sowie die Kosten für Verpflegung und Unterkunft. Fahrtkosten für ein Kfz sind zu erstatten, wenn der Bewerber bei verständiger Würdigung darauf vertrauen durfte, dass die Einladung nicht nur für eine Fahrt in öffentlichen Verkehrsmitteln gilt (§ 670 analog). Hinsichtlich der Höhe wird man Anlehnungen an das Steuerrecht machen können. Eine Ausnahme von der Erstattungspflicht gilt nur dann, wenn und soweit der Arbeitgeber Zahlungen im Rahmen der Einladung zum Vorstellungsgespräch ausdrücklich ausgeschlossen hat. Eingereichte Unterlagen können im Falle einer Ablehnung zurück verlangt werden. Personalfragebögen, die im Rahmen des Vorstellungsgesprächs vom Arbeitgeber erstellt wurden, sind zu vernichten.

Zu beachten ist auch das **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats** nach § 99 BetrVG in Betrieben mit über 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern. Hier hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Einstellung zu unterrichten, erforderliche Bewerbungsunterlagen vorzulegen und Auskunft über die Person der Beteiligten zu erteilen (§ 99 Abs. 1 BetrVG). Der Arbeitgeber muss die Zustimmung des Betriebsrats zur geplanten Einstellung einholen. Der Betriebsrat hat sich nach Vorlage aller relevanten Unterlagen binnen einer Woche zu äußern. Eine Verweigerung der Zustimmung ist nur aus den Gründen des § 99 Abs. 2 BetrVG möglich, wobei eine Verweigerung innerhalb der Wochenfrist mitzuteilen ist, ansonsten gilt die Zustimmung als erteilt. Ein gegen die Zustimmung des Betriebsrats abgeschlossener Arbeitsvertrag ist rechtlich zwar wirksam. Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer aber nicht beschäftigen und muss dennoch das vereinbarte Entgelt zahlen. Er kann jedoch beim Arbeitsgericht beantragen, dass die fehlende Zustimmung durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt wird (§ 99 Abs. 4 BetrVG). Zu beachten ist das Recht des Arbeitgebers zu vorläufigen personellen Maßnahmen (§ 100 BetrVG).

Unzutreffende Angaben kann auch der Arbeitgeber machen, welche den Arbeitnehmer zur Eingehung eines Arbeitsverhältnisses bewegen. Der Arbeitgeber haftet in diesem Falle nach den Vorschriften über Verschulden bei Vertragsschluss (ArbG Berlin – 55 Ca 18019/12).

## 2.4 Entscheidung über die Stellenbesetzung

Denjenigen Bewerbern, denen nach dem Vorstellungsgespräch abgesagt wird, sollte dies in einem entsprechenden Schreiben mitgeteilt werden. Weil Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche bei erfolgter Diskriminierung vom Bewerber nach § 15 Abs. 4 AGG binnen zwei Monaten nach Zugang des Absageschreibens gestellt werden müssen, muss der Arbeitgeber im Zweifel den erfolgten Zugang beweisen können, was z. B. durch Einwurf-Einschreiben gelingen kann.

Für die Aufbewahrungsfrist für Bewerbungsunterlagen gibt es keine gesetzliche Regelung. Diese kann sich sinnvollerweise an der oben genannten Zweimonatsfrist (plus „Sicherheitszuschlag“) orientieren, wird also angemessenerweise drei bis vier Monate nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens betragen. Eine darüber hinausgehende Aufbewahrung in Form eines **Bewerberpools**, auf den bei neuerlichen Bewerbungsverfahren zurückgegriffen werden kann, ist nur mit Einwilligung des Bewerbers möglich.

---

## 2.5 Vertragschluss und Kostenersatz

Ein Arbeitsverhältnis kommt zustande, wenn die Parteien zwei übereinstimmende Willenserklärungen (Angebot und Annahme) abgegeben haben und die Rechtsordnung dem Vereinbarten nicht die Wirksamkeit Definiert ist der Arbeitsvertrag in § 611a. Ein Arbeitsverhältnis kann auch mit rückwirkender Wirkung geschlossen werden, wobei der Arbeitgeber dann aber bezüglich bisher nicht gewährter Möglichkeit der Arbeitsleistung nicht in Annahmeverzug gerät.

---

### Fall

2.5/Fall 6: X arbeitet für Bauunternehmer B ohne Berücksichtigung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen, also „schwarz“. Nach Ausführung der vereinbarten Arbeiten versagt B die Zahlung einer Vergütung unter Verweis auf die Unwirksamkeit des Vertrages (vgl. § 134). Hat X gegen B einen Vergütungsanspruch? ◀

„**Schwarzarbeit**“ verstößt in strafrechtlicher Hinsicht wegen des Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen gegen § 266a StGB. Darüber hinaus liegt auch ein Betrug (§ 263 StGB) zulasten der Sozialversicherungsträger sowie eine Steuerhinterziehung (§ 370 AO) vor. Schließlich verstoßen die Parteien gegen bestimmte Meldepflichten aus § 41a Abs. 1, § 41b Abs. 1 EStG und § 28a SGB IV. Die Rechtsprechung versucht gleichwohl, bei „Schwarzarbeit“, die eigentliche Nichtigkeitsfolge des § 134 zu vermeiden. Daher wird als nichtig lediglich die Abrede bezeichnet, Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht abzuführen (BAG – 5 AZR 690/01). Dies kommt auch in § 14 Abs. 2 SGB IV zum Ausdruck, welcher als Regelfall von der Vereinbarung eines Nettoentgelts ausgeht. Eine Nichtigkeit des gesamten Arbeitsvertrages soll nur dann

gegeben sein, wenn die Steuer- und Abgabenhinterziehung Hauptzweck ist. Dann läge auch ein Verstoß gegen § 138 vor. Ein **Ersatz von Vorstellungskosten** wird nach § 670 angenommen, wenn der Arbeitgeber zum Vorstellungsgespräch eingeladen hatte, unabhängig vom Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses. "Notwendig" im Sinne der Vorschrift können auch Kosten für Unterbringung und Verpflegung sein. Ein Kostenersatzanspruch besteht nur dann nicht, wenn der Arbeitgeber dies spätestens im Zuge der Einladung zum Bewerbungsgespräch ausdrücklich ausgeschlossen hatte.

Stellt sich ein Bewerber bei laufender Kündigungsfrist in seinem bestehenden Arbeitsverhältnis bei einem neuen Betrieb vor, so hat er nach § 629 einen Anspruch auf angemessene Freistellung zur Stellensuche. Die Zeit der Freistellung ist nach § 616 zu vergüten.

---

## 2.6 Nichtantritt der Stelle

Bereits durch die Bewerbungssituation entsteht ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten sowie Schadensersatzansprüchen bei Pflichtverletzungen. Zieht ein Arbeitnehmer die Entscheidung über eine letztlich vom Arbeitgeber angebotene Arbeitsstelle unzumutbar hinaus und sagt beispielsweise erst kurz vor dem angebotenen Zeitpunkt des Arbeitsbeginns ab, kann darin eine sog. *culpa in contrahendo* (Verschulden bei Vertragsschluss, vgl. hierzu Lehrbuch des Verfassers „Grundlagen des Bürgerlichen Rechts“, in dieser Buchreihe) liegen und der Arbeitnehmer kann dem Arbeitgeber zum Schadensersatz verpflichtet sein. Zu ersetzen wäre in einem solchen Fall der Schaden, der dem Arbeitgeber entsteht, weil und soweit er auf die Zusage vertraut hatte und nicht mit einer Absage rechnen musste. Im Einzelfall wird es allerdings für den Arbeitgeber schwierig sein, einen Schaden zu beweisen.

Ein Arbeitsvertrag kann grundsätzlich bereits vor Antritt der Stelle unter Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Fristen (ordentlich) oder auch fristlos aus wichtigem Grund gekündigt werden. Eine Ausnahme besteht dann, wenn die Parteien dies ausdrücklich im Vertrag ausgeschlossen haben oder sich der Kündigungsausschluss zweifelsfrei aus den Umständen ergibt (BAG – 2 AZR 324/03). Ob die Kündigungsfrist bereits mit Zugang der Kündigungserklärung oder erst am ersten Arbeitstag zu laufen beginnt, hängt von den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen bzw. von der Auslegung solcher Verträge ab. Im Regelfall dürfte das erstere einschlägig sein. Eine Beendigung ist selbstverständlich auch durch Aufhebungsvertrag möglich. Bei befristeten Arbeitsverhältnissen ist dagegen eine (ordentliche) Kündigung nur dann zulässig, wenn eine solche Möglichkeit im Arbeitsvertrag oder in einem Tarifvertrag geregelt ist.

Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer nicht mit Mitteln der Zwangsvollstreckung zur Ableistung von Arbeit zwingen. Ob Vertragsstraferegelungen zur Druckausübung zulässig sind, ist streitig.

---

**Kontrollfragen**

1. Warum muss eine Stelle grundsätzlich geschlechtsneutral ausgeschrieben werden?
2. Gibt es Ausnahmen vom Verbot altersdiskriminierender Stellenausschreibungen?
3. Wie darf ein Bewerber im Bewerbungsgespräch auf eine unzulässige Frage antworten?
4. Darf der Arbeitgeber auch die Facebook-Postings der Stellenbewerber auswerten?
5. Kann ein Arbeitsverhältnis bereits vor Antritt der Stelle gekündigt werden?

## Lernziele

### Dieses Kapitel vermittelt:

- arbeitsrechtliches Grundwissen zu Beginn und Dauer des Arbeitsverhältnisses,
- eine Übersicht über Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien,
- eine Darstellung zu weiteren bedeutsamen Fragen der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, wie Urlaub, Vergütung, Krankheit oder Fragen im Zusammenhang mit Mediennutzung

## 3.1 Einleitung

Der Inhalt eines Arbeitsverhältnisses bestimmt sich

- nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages,
- nach dem Gesetz sowie
- nach kollektivrechtlichen Bestimmungen (z. B. Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung)
- ggf. nach ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen (betriebliche Übung)

In der Praxis wird zunächst der Inhalt des geschlossenen Arbeitsvertrages geprüft. Die Parteien sind hier in vielen Punkten frei, den Inhalt nach ihren Vorstellungen zu gestalten. Im Zweifel muss aber zusätzlich überprüft werden, ob dieser Inhalt nach dem Gesetz Bestand hat. Rechtliche Grenzen werden beispielsweise in Standard-Arbeitsverträgen durch die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen gesetzt (vgl. § 310 Abs. 4 S. 2). Auf diese Weise kann eine Klausel in einem Vertrag beispielsweise nach



§ 307 unangemessen und damit unwirksam sein. Ergänzend sind auch mögliche Überlagerungen durch tarifrechtliche Bestimmungen zu beachten, welche meist vorrangig wirken. Schließlich können auch Betriebsvereinbarungen einschlägig sein.

---

## 3.2 Beginn und Dauer

### 3.2.1 Allgemeines, Grundsatz

Das Arbeitsverhältnis besteht bzw. beginnt mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages, nicht erst mit dem Antritt der Stelle. Die Dauer richtet sich nach der Vereinbarung im Arbeitsvertrag, soweit diese die gesetzlichen oder tarifvertragliche Grenzen nicht überschreitet. Bei Fehlen einer Regelung im Arbeitsvertrag ist die Dauer unbefristet.

Wenn sich der Arbeitnehmer zunächst im Betrieb bewähren soll, bevor über die Frage einer weitergehenden Beschäftigung entschieden wird, stehen dem Arbeitgeber mehrere Möglichkeiten zur Verfügung. Der Arbeitnehmer kann entweder befristet eingestellt werden oder es kann eine Probezeit vereinbart werden (siehe Abschn. 3.2.2). Auch die **Wartezeit** aufgrund der Nichtgeltung des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung wirkt faktisch wie eine Art Probezeit. Danach kann ein Arbeitnehmer, der nach § 23 KSchG in den Geltungsbereich des KSchG fällt, in den ersten sechs Monaten des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses nach § 1 Abs. 1 KSchG auch ohne Vorliegen besonderer Kündigungsgründe innerhalb der vertraglichen oder gesetzlichen Fristen entlassen werden. Das gilt sogar für schwerbehinderte Arbeitnehmer.

### 3.2.2 Befristung

Durch zeitliche Befristungen von Arbeitsverhältnissen kann der Arbeitgeber flexibler auf unterschiedliche Wirtschaftslagen reagieren und seinen Betrieb flexibler organisieren. Dementsprechend ist der Anteil befristeter Arbeitsverhältnisse vergleichsweise hoch, allein bei Neueinstellungen beträgt die Quote ca. 50 %. Um betroffene Arbeitnehmer nicht schutzlos zu stellen hat der Gesetzgeber rechtliche Beschränkungen einer Befristung erlassen. Rechtsgrundlage ist das **Teilzeit- und Befristungsgesetz**. (TzBfG) Die formellen und materiellen Voraussetzungen für eine wirksame Befristung ergeben sich aus den §§ 14 ff. TzBfG.

In formeller Hinsicht ist eine beiderseitige Vereinbarung in **Schriftform** erforderlich (§ 14 Abs. 4 TzBfG i. V. m. § 126). Bei Nichteinhaltung gilt das Arbeitsverhältnis nach § 16 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen. In diesem Rahmen tappen Arbeitgeber häufig in die „Schriftformfalle“: Der Arbeitnehmer beginnt zunächst seine befristete Tätigkeit ohne schriftlichen Vertrag, der nachgereicht wird. Mangels Einhaltung der Schriftform ist die Befristungsabrede nach § 125 S. 1 nichtig, mit der Folge, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorliegt (vgl. auch BAG – 7 AZR 797/14). Der Mangel

der Schriftform kann also nicht nachträglich geheilt werden und führt nicht zur Wirksamkeit der Befristung. Durch die schriftliche Niederlegung haben die Parteien auch keinen neuen befristeten Arbeitsvertrag geschlossen, sondern nur den ursprünglichen schriftlich niedergelegt. Folglich sind auch Kündigungen nur nach den allgemeinen Vorschriften über unbefristete Arbeitsverhältnisse möglich.

In materiell-rechtlicher Hinsicht bedarf eine Befristung grundsätzlich eines **sachlichen Grundes**. § 14 Abs. 1 TzBfG zählt die wichtigsten Sachgründe auf. Beispiele:

- Vertretung von Arbeitnehmern
- nur vorübergehender Arbeitsbedarf
- Erprobung eines Arbeitnehmers
- unmittelbare Anschlussbeschäftigung an Ausbildung oder Studium

Unter das letztgenannte Kriterium fallen auch Studierende in dualen Studiengängen, die bereits während des Studiums bei dem betreffenden Arbeitgeber beschäftigt waren. Soweit Tarifverträge einschlägig sind, sehen auch diese häufig eine Übernahme von Auszubildenden für eine Mindestzeit in ein befristetes Anschlussarbeitsverhältnis vor. Möglich ist allerdings nur der einmalige Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages nach dem Ende einer Ausbildung oder eines Studiums (BAG – 7 AZR 795/06). Mehrfache Befristungen können nur dann erfolgen, wenn auch andere gesetzlich anerkannte Gründe vorliegen.

---

#### Fall

3.2.2/Fall 1: Arbeitnehmerin AN wird im Rahmen eines drittmittelfinanzierten wissenschaftlichen Projekts befristet eingestellt. Liegt ein Sachgrund des lediglich vorübergehenden betrieblichen Bedarfs vor (BAG – 7 AZR 484/06)?

Variante: Der Arbeitsvertrag eines Lizenzspielers der Fußball-Bundesliga wird auf vier Jahre befristet (BAG – 7 AZR 312/16). Wirksam? ◀

Bei häufigen Befristungen kann **Rechtsmissbrauch** vorliegen, auch wenn vordergründig Sachgründe vorliegen. Indizien für Rechtsmissbrauch sind gegeben, wenn der Arbeitnehmer länger als vier Jahre beim selben Arbeitgeber beschäftigt ist, obwohl dauerhafter Beschäftigungsbedarf besteht oder wenn mehr als sechs Befristungen mit anschließenden Verlängerungen vorliegen (BAG – 7 AZR 369/15).

---

#### Beispiel

Das Arbeitsverhältnis einer Briefzustellerin besteht 17 Jahre lang ununterbrochen auf der Grundlage von 88 befristeten Zeitverträgen. ◀

Es muss bei Abschluss der Befristung mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sein, dass für die Beschäftigung danach kein dauerhafter Bedarf besteht. Hierüber muss der

Arbeitgeber eine Prognose erstellen, die Teil des Sachgrundes für die Befristung ist (BAG – 7 AZR 277/12). Beim Vorliegen von Rechtsmissbrauch kann sich der unredliche Vertragspartner nicht auf die Befristung berufen (BAG – 7 AZR 290/12).

Ausnahmsweise können nach § 14 Abs. 2 TzBfG **Zeitverträge** bis zu einer Laufzeit von zwei Jahren ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes abgeschlossen werden. Voraussetzung hierfür ist, dass es sich um eine „Neueinstellung“ handelt. Wird der Zeitvertrag für eine kürzere Laufzeit als zwei Jahre abgeschlossen, kann er maximal dreimal verlängert werden (sog. **Kettenarbeitsverträge**). Die Gesamtlaufzeit (Grundvertrag und Verlängerungen) darf dann zwei Jahre nicht überschreiten. Darüber hinaus darf es keine Unterbrechung zwischen den Verlängerungen geben. Gleichwohl werden in der Praxis mit vielen Arbeitnehmern mehr als insgesamt vier aneinander gereihete befristete Verträge über den Zweijahreszeitraum hinaus abgeschlossen. Die Rechtsprechung geht bei einer solchen Zweckentfremdung der Befristungsmöglichkeit zur dauerhaften Umgehung unbefristeter Arbeitsverhältnisse generell von Rechtsmissbrauch aus. Wenn zum gleichen Arbeitgeber bereits früher einmal ein Arbeitsverhältnis bestand, das beendet wurde, bedarf es zum Abschluss eines befristeten Vertrages in jedem Falle eines sachlichen Grundes. Es gilt eine weite Auslegung. So ist es ausreichend, wenn der Arbeitnehmer früher, und sei es vor Jahren, als Ferienarbeiter im Betrieb gearbeitet hat. Für solche **Vordienstzeiten** sieht das BAG allerdings eine zeitliche Grenze von drei Jahren vor (BAG – 7 AZR 716/09).

Eine weitere Ausnahme zugunsten von **Existenzgründern** enthält § 14 Abs. 2a TzBfG. Danach ist in den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren zulässig. Auch hier sind Kettenarbeitsverträge bis zur Gesamtdauer von vier Jahren möglich. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist es sogar möglich, eine Vierjahresbefristung erst am Ende der vierjährigen Gründungsphase auszusprechen und so den Zeitraum sogar auf bis zu acht Jahre auszudehnen. Voraussetzung ist, dass das Unternehmen neu gegründet wurde. Das ist bei Neugründungen im Zusammenhang mit rechtlichen Umstrukturierungen von Unternehmen und Konzernen nicht der Fall. Entscheidend für den Gründungszeitpunkt ist die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit. Im Zweifel ist dies der Zeitpunkt, zu dem nach § 138 AO der Gemeinde oder dem Finanzamt die Betriebseröffnung mitzuteilen ist.

Eine weitere Sonderregelung besteht nach § 14 Abs. 3 TzBfG für „ältere“ Arbeitnehmer ab Vollendung des 52. Lebensjahres, für die erweiterte Möglichkeiten der Befristung von Arbeitsverhältnissen bestehen. Der EuGH (C-144/04 – *Mangold*) geht allerdings hier von einem Verstoß des deutschen Gesetzgebers gegen das Verbot der Altersdiskriminierung aus (vgl. Richtlinie 2000/78/EG über die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf), so dass die Vorschrift nicht angewandt werden darf.

Die Unzulässigkeit einer Befristung kann sich auch aus einem Tarifvertrag ergeben. Im Zweifel empfiehlt sich eine Nachfrage beim Betriebsrat, soweit ein solcher besteht.

Durch tarifliche Regelungen kann jedenfalls von den oben genannten Grundsätzen abgewichen werden.

Bei wirksamer Vereinbarung einer Befristung läuft das Arbeitsverhältnis zum Ende der Befristung aus (§ 15 Abs. 1 TzBfG). Eine Kündigung ist nicht erforderlich. Das gilt auch dann, wenn zwischenzeitlich Veränderungen eingetreten sind, die eine Kündigung verhindern würden. Beispiele sind eine eintretende Schwerbehinderung des Mitarbeiters oder eine eintretende Schwangerschaft. Ordentliche Kündigungen sind während eines befristeten Arbeitsverhältnisses nur dann möglich, wenn dies einzelvertraglich oder tarifvertraglich vereinbart ist (§ 15 Abs. 3 TzBfG).

Wenn der Arbeitnehmer über das Ende des Befristungstermins hinaus mit Wissen des Arbeitgebers weiterarbeitet, entsteht stillschweigend ein unbefristetes Arbeitsverhältnis (§ 15 Abs. 5 TzBfG), außer wenn der Arbeitgeber unverzüglich widerspricht. „Unverzüglich“ (vgl. auch § 121) heißt in diesem Zusammenhang, dass dem Arbeitgeber noch eine kurze Frist zusteht, um einen Sachverhalt aufzuklären oder den nötigen Rechtsrat für eine Entscheidung einzuholen (BAG – 7 AZR 501/06). Eine weitere Ausnahme ist gegeben, wenn der Arbeitgeber das Zustandekommen eines über die Befristung hinausgehenden Arbeitsverhältnisses unmissverständlich davon abhängig macht, dass der Arbeitnehmer eine dafür vorgesehene Vereinbarung unterzeichnet (BAG – 7 AZR 40/14).

Hält der Arbeitnehmer eine Befristung für unwirksam, muss er dies innerhalb von drei Wochen nach dem vorgesehenen Vertragsende beim Arbeitsgericht durch Klage geltend machen (§ 17 Abs. 1 TzBfG).

---

#### Fall

3.2.2/Fall 2: Arbeitgeber (AG) und Arbeitnehmer (AN) vereinbaren mündlich eine Befristung. AN nimmt seine Tätigkeit vertragsgemäß auf. Danach wird in beiderseitigem Einvernehmen die Vereinbarung einer von Beginn an bestehenden Befristung in Schriftform festgehalten. Ist die Befristung wirksam (BAG – 7 AZR 198/04)? ◀

Ein Spezialfall sind die sog. **Höchstdauer-Arbeitsverhältnisse**. Danach sind ordentliche Kündigungen bereits vor Ablauf der festgesetzten Höchstdauer zulässig. Solche speziellen Arbeitsverhältnisse sind also nicht mit sonstigen befristeten Arbeitsverhältnissen vergleichbar.

### 3.2.3 Probearbeit

Neben einer Befristung können die Parteien zur Erprobung eines Arbeitnehmers einzelvertraglich eine Probezeit vereinbaren. Eine solche kann sich auch aus Tarifvertrag ergeben. Während der **Probezeit** beträgt die **Kündigungsfrist** für beide Parteien zwei Wochen (§ 622 Abs. 3), ohne dass hierfür besondere Gründe bestehen müssen. Gekündigt werden kann also auch dann, wenn sich der Arbeitnehmer bewährt hat. Im

Berufsausbildungsverhältnis ist sogar eine fristlose Kündigung möglich (§ 22 Abs. 1 BBiG).

#### Fall

3.2.3/Fall 3: Ärztin AN tritt eine Stelle als Angestellte in einer Praxis in Kempten an. Es wird eine Probezeit von sechs Monaten vereinbart. Bereits nach sieben Tagen teilt ihr der Arbeitgeber AG mit, dass die Zusammenarbeit mittelfristig vielleicht nicht funktionieren könne, weshalb er mit der verkürzten Kündigungsfrist kündigt. AN meint, die Kündigung sei unwirksam, weil sich AG nicht genügend Zeit für eine Einschätzung ihrer Arbeit gelassen habe. Ist die Kündigung wirksam (vgl. hierzu LAG München -, 9 Sa 406/05)? ◀

Abweichendes kann sich aus einem Tarifvertrag ergeben. Unabhängig von der gesetzlichen Kündigungsfrist ist eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde immer möglich, also auch während der Warte- oder Probezeit (§§ 626, 314).

Die maximale Dauer einer vereinbarten Probezeit beträgt sechs Monate. Sie beginnt nicht bereits mit Abschluss des Arbeitsvertrages, sondern mit dem ersten Tag der tatsächlichen Arbeitsleistung. Gelegentlich bestehen auch tarifvertragliche Regelungen, die vorrangig oder ergänzend zu beachten sind. Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit können sich kürzere Zeiträume ergeben. So kann etwa bei einfacheren Tätigkeiten von einer minimal einmonatigen und maximal dreimonatigen Dauer ausgegangen werden. Bei Ausbildungsverhältnissen gilt nach § 20 BBiG eine Probezeit von einem bis zu vier Monaten. Die Probezeit eines Auszubildenden wird nicht dadurch verkürzt, dass der Betroffene vor Beginn des Ausbildungsverhältnisses als Hilfskraft in demselben Unternehmen beschäftigt war (BAG – 6 AZR 127/04). Auch wenn die Probezeit weniger als sechs Monate beträgt, greift der oben genannte Schutz des KSchG erst nach Ablauf von sechs Monaten. Probezeit und Wartezeit haben also nichts miteinander zu tun. Ausnahmsweise kann die sechsmonatige Grenze überschritten werden, z. B. bei schwieriger Beurteilung eines Künstlers. Die Höchstdauer beträgt ein Jahr. Es gilt dann für die überschießende Dauer die Grundkündigungsfrist gem. § 622 Abs. 1. „Künstlich“ kann die Probezeit dadurch verlängert werden, indem eine Kündigung innerhalb der Probezeit mit einer längeren als der normalen Kündigungsfrist erfolgt (z. B. 4 Monate). Die Rechtsprechung hält ein solches trickreiches Vorgehen für angemessen, wenn und soweit der Arbeitgeber für den Fall der Bewährung die Wiedereinstellung zusagt (BAG – 2 AZR 93/01). Wohlgemerkt kann aber auch bei einer ausnahmsweisen Verlängerung der Probezeit nicht verhindert werden, dass ggf. nach Ablauf von sechs Monaten die Vorschriften des KSchG gelten. Als Alternative bei notwendiger längerer Erprobung bietet sich der Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses auf Probe an. Allerdings sind in diesem Falle Kündigungen innerhalb der Erprobungszeit ausgeschlossen (§ 15 TzBfG). Dafür endet der Vertrag mit Ablauf der Befristung, ohne dass etwas unternommen werden muss.

Bei solchen im Zweifel kurz dauernden Beschäftigungsverhältnissen gelten ggf. besondere Vorschriften für Urlaub, Entgeltfortzahlung bei Krankheit und ggf. Gehalt. Ein Entgeltfortzahlungsanspruch entsteht nach dem Gesetz erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses. Der volle Urlaubsanspruch wird erst nach sechs Monaten erworben (s. dazu auch im Abschnitt „Urlaub“). Demjenigen, der während der Probezeit gekündigt wird, steht allerdings zumindest ein anteiliger Urlaubsanspruch zu. Auch das Gehalt kann im Probearbeitsverhältnis geringer sein als im Dauerarbeitsverhältnis. Eine Nichtzahlung von Arbeitsentgelt während der Probezeit überschreitet jedoch im Regelfall rasch die Grenze zur Sittenwidrigkeit (LAG Köln, 8 Sa 1662/97). Etwas anderes kann für sog. **Einfühlungsverhältnisse** („Schnupperpraktikum“) gelten. Hier darf der Betreffende lediglich für kurze Zeit ohne Entgelt das Unternehmen kennenlernen. Voraussetzung ist allerdings, dass der Betreffende weder zeitlich noch organisatorisch in den Betrieb eingegliedert ist und nicht dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt.

Besteht im Betrieb ein Betriebsrat, muss dieser auch vor Ausspruch einer Kündigung während der Probezeit gehört werden (§ 102 BetrVG).

---

### 3.3 Rechte und Pflichten des Arbeitgebers

#### 3.3.1 Allgemeines

Das Arbeitsverhältnis ist zwar im strengen Sinne ein Austauschverhältnis (Arbeit gegen Geld). Es ist dennoch kein herkömmlicher Schuldvertrag über den Austausch von Leistung und Gegenleistung. Arbeit hat immer auch eine existenzielle und damit persönliche Dimension. Aus diesem Grunde ist das Arbeitsverhältnis durch einen starken personenrechtlichen Einschlag geprägt. Das hat gesteigerte Pflichten auf beiden Seiten zur Folge. Konkret zu nennen wäre die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme sowie die Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen.

Die Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses bestimmen sich im Ausgangspunkt nach dem Arbeitsvertrag. Darin enthaltene Regelungen sind im Zweifel an gesetzlichen Grenzen zu messen. Ergänzend sind Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen zu beachten. Bei Tarifverträgen müssen die Parteien tarifgebunden sein oder der Arbeitsvertrag muss Bezug darauf nehmen. Es reicht auch aus, wenn ein bestimmter Tarifvertrag vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) für allgemeinverbindlich erklärt wurde. Von den Rahmenvereinbarungen kann dann nur zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Zum Beispiel wäre übertarifliche Bezahlung nicht tarifvertragswidrig.

### 3.3.2 Hauptpflichten

Man unterscheidet zwischen Haupt- und Nebenpflichten. Bezüglich der Hauptpflichten ist in § 611 für die Arbeitnehmerseite nur die Arbeitspflicht und für die Arbeitgeberseite die Vergütungspflicht geregelt (zur Vergütungspflicht siehe auch unten). Konkret vereinbart sein muss aber nur die Erbringung von Diensten. Dass eine Vergütung dafür zu zahlen ist, ergibt sich von selbst, wenn die betreffende Arbeit üblicherweise nur gegen Vergütung erbracht wird. Die Höhe ist dann der Betrag, der üblicherweise bezahlt wird (vgl. hierzu § 612). Eine fehlende Vergütungsregelung führt also nicht unbedingt zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags.

Auf der anderen Seite gilt der Grundsatz: Ohne Arbeit kein Lohn. Die Arbeit ist nach § 613 im Zweifel höchstpersönlich zu erbringen. Stellvertretung findet also nicht statt, außer es liegt eine entsprechende Vereinbarung vor. In Ausnahmefällen besteht allerdings auch ohne Arbeitsleistung ein Vergütungsanspruch. Beispielsweise kann der Arbeitgeber nach § 615 in einen sog. **Annahmeverzug** geraten.

---

#### Fall

3.3.2/Fall 4: Arbeitnehmer AN erscheint pünktlich am Arbeitsplatz. Arbeitgeber AG hat die Nacht durchgezecht und hat an diesem Tage keine Lust, aus dem Bett zu steigen und die Tür zur Produktionshalle aufzuschließen. Er schickt AN nach Hause. AN sonnt sich im heimischen Garten und fragt sich, ob er gleichwohl Anspruch auf die Vergütung für diesen „Arbeitstag“ hat. ◀

Der Arbeitgeber bleibt nach § 615 im Falle des Annahmeverzuges vergütungspflichtig und der Arbeitnehmer ist nicht zur Nachleistung der Arbeit verpflichtet. Es handelt sich um einen Vergütungs- und nicht um einen Schadensersatzanspruch. In einen Annahmeverzug gerät der Arbeitgeber auch im Falle der Kündigung des Arbeitnehmers, verbunden mit der Freistellung von der Arbeitsleistung. Vom Umfang her schuldet der Arbeitgeber alle Vergütungsbestandteile mit Entgeltcharakter. Eine Ausnahme ist nach der Vorschrift dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer einen anderweitigen Erwerb böswillig unterlässt. Hierfür ist im Zweifel der Arbeitgeber beweispflichtig, hat aber analog § 74c HGB einen Auskunftsanspruch gegen den Arbeitnehmer. Zu beachten sind mögliche tarifvertragliche Ausschlussfristen für die Einforderung von Entgelt gem. § 615.

§ 616 regelt den häufigen Fall der **Arbeitsunfähigkeit**, insbesondere durch Krankheit. Die Einzelheiten sind in einem separaten Entgeltfortzahlungsgesetz (hier: §§ 3 f. EntgFG) geregelt. Verschulden im Sinne der Vorschrift ist bei einem groben Verstoß gegen das eigene Interesse eines verständigen Menschen gegeben (LAG Hessen - 4 Sa 617/13).

**Fall**

3.3.2/Fall 5: AN ist begeisterter Bungee-Jumper. Ein Sprung geht schief und AN schlägt sich den Kopf an. Durch die Gehirnerschütterung ist er eine Woche lang krankgeschrieben. AG zieht das Gehalt für diese Woche von der Abrechnung ab. Zu Recht?

Varianten: AN hat einen „Kater“ und erscheint nicht zur Arbeit. AN wurde bei einem Verkehrsunfall verletzt, weil er nicht angeschnallt war.

3.3.2/Fall 6: Von der Leitung der Kindertagesstätte wird fünf Tage vorher verkündet, dass das Personal von Kindertagesstätten in der Stadt, in welcher die alleinerziehende Mutter M lebt, streiken wird. M vertraut darauf, dass die Streikparteien sich vorher einig werden und bringt ihr Kind wie immer am Montagmorgen zur Kita, welche streikbedingt geschlossen hat. M kann wegen der Versorgung ihres Kindes nicht zur Arbeit kommen und benötigt drei Tage, um eine alternative Kinderbetreuung zu organisieren. Sie verlangt vom Arbeitgeber Vergütung für die dreitägige Fehlzeit. Zu Recht? ◀

Ein weiteres Beispiel für eine verschuldete Verhinderung ist ein Wetterumschwung (z. B. Eis oder Schnee) und eine damit verbundene Verlängerung des Anfahrtsweges, zumindest dann, wenn der Wetterumschwung vorhergesagt war. Denn das Zeitrisko des Anfahrtsweges trägt der Arbeitnehmer. Auch hier könnte der Arbeitgeber theoretisch die Vergütung kürzen. Auch wenn der Arbeitnehmer nicht verschiebbare Termine wie etwa einen dringenden Zahnarzttermin hat, liegt ein Fall unverschuldeter Verhinderung der Arbeitsleistung vor, so dass ihn der Arbeitgeber nach § 616 S. 1 sowohl von der Arbeitsleistung in diesem Falle freistellen als auch die Vergütung weiter bezahlen muss. Für Routinebesuche bei einem Arzt, für die flexible Terminierungen möglich sind, muss allerdings nach Möglichkeit die Zeit außerhalb der Kernarbeitszeit in Anspruch genommen werden.

Ebenfalls unter § 616 fällt der gesetzliche Freistellungsanspruch wegen der Versorgung pflegebedürftiger naher Angehöriger zu Hause nach dem Pflegezeitgesetz (PflegeZG). Die Höchstdauer beträgt 10 Arbeitstage, wenn dies erforderlich ist, um im Falle einer akut aufgetretenen Pflegesituation eine Versorgung zu organisieren. Der Arbeitgeber kann die Freistellung nicht verweigern. Einer nur teilweisen Freistellung kann er allerdings dringende betriebliche Belange entgegensetzen. Über den 10-Tage-Zeitraum hinaus kann der Arbeitnehmer bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen eine weitere Pflegezeit in Anspruch nehmen.

### 3.3.3 Nebenpflichten

Bezüglich der Nebenpflichten ist aus dem Bereich der arbeitsvertraglichen Nebenpflichten insbesondere die sog. **Fürsorgepflicht** des Arbeitgebers zu nennen. Rechtsgrundlage ist



der Arbeitsvertrag i. V. m. dem Grundsatz von Treu und Glauben in § 242. Die Fürsorgepflicht ist das Gegenstück zur Treuepflicht des Arbeitnehmers. Es geht im Wesentlichen um die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des jeweils anderen Teils. Der Grundsatz dient als Auslegungshilfe im Rahmen arbeitsrechtlicher Streitigkeiten.

---

**Fall**

3.3.3/Fall 7: Der türkische Arbeitnehmer AN wird „gemobbt“. Beispielsweise werden an seinem Arbeitsplatz anonym Schilder mit Aufschriften wie „Go home!“ und dergleichen aufgehängt. Der Arbeitgeber unternimmt nichts. AN fragt sich, ob das korrekt ist. ◀

Kraft seiner Fürsorgepflicht hat der Arbeitgeber nicht nur Mobbing von anderen Arbeitnehmern gegen den Betroffenen zu unterbinden, sondern auch eigene Maßnahmen von Gängelung zu unterlassen. Solche **Mobbing-Maßnahmen des Arbeitgebers** können zum Ziel haben, dass der betroffene Arbeitnehmer von sich aus den Betrieb verlässt, weil er möglicherweise schwer oder nicht kündbar ist. Nicht selten geraten Betroffene in schwere seelische Ausnahmezustände. Wenn Mobbing-Maßnahmen mit schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen verbunden sind, bestehen für den Betroffenen Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz, letzteres in Form von Geldentschädigung für immaterielle Beeinträchtigungen („Schmerzensgeld“, siehe z. B. LAG Rheinland-Pfalz – 6 Sa 415/01). Die Gerichte erkennen den Betroffenen in solchen Fällen teilweise Beweiserleichterungen zu. Umstritten ist, wie die Höhe der Entschädigung zu bestimmen ist. Denkbare Anhaltspunkte sind das Gehalt des „Gemobhten“ oder die Grundsätze der Rechtsprechung der Zivilgerichte bei Herabwürdigungen und Körperverletzungen. Anspruchsgegner kann in solchen Fällen nur der Arbeitgeber sein (BAG – 8 AZR 593/06). Ansprüche können verwirkt sein, wenn sie zu spät gemeldet werden. Ggf. sind aber im Sinne einer anzulegenden Gesamtschau auch ältere Vorfälle mit einzubeziehen (BAG – 8 AZR 709/06).

Arbeitgeberbezogene Fürsorgepflichten können sich in diesem Rahmen auch aus dem Allgemeinen Gleichstellungsgesetz ergeben. Hier ist der Arbeitgeber in verschiedener Hinsicht (§§ 12, 13 AGG) zum Hinweis, zur Einwirkung bzw. Vorbeugung, zur Schulung oder zum Einschreiten bei diskriminierungsrelevanten Umständen verpflichtet. Um dies nach Möglichkeit zu verhindern, muss der Arbeitgeber nach dieser Vorschrift seinen Betrieb diskriminierungsfrei organisieren. So sollte der Arbeitsvertrag z. B. einen Hinweis auf einen bestehenden Verhaltenskodex (zum diskriminierungsfreien Umgang im Betrieb) oder einen Hinweis auf die Beschwerdestelle bei Diskriminierung enthalten (die der Arbeitgeber selbst sein kann).

**Speziell: Einsicht in die Personalakte**

Von der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers umfasst ist auch die Pflicht, den Beschäftigten Einblick in die jeweilige Personalakte zu gewähren (vgl. auch § 83 Abs. 1 BetrVG). Sind dort Aussagen enthalten, mit denen der Arbeitnehmer nicht einverstanden ist oder sind die Unterlagen unvollständig, darf er eine Erklärung oder Richtigstellung hinzufügen. Wahre Tatsachenbehauptungen muss der Arbeitnehmer hinnehmen, außer wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass sein Persönlichkeitsrecht höher zu bewerten ist als das Interesse des Unternehmens an einer vollständigen Dokumentation. Informationen wie Fehlzeiten und dergleichen dürfen aber ohne Weiteres auch über lange Zeiträume in der Personalakte gesammelt werden (ArbG Frankfurt, 6 Ca 7153/96). Daten über die Gesundheit einzelner Mitarbeiter darf der Arbeitgeber dagegen nur im verschlossenen Umschlag aufbewahren (BAG – 9 AZR 271/06).

Weiter zu nennen sind gewisse **Informationspflichten** des Arbeitgebers. Solche können sich aus speziellen Gesetzen wie etwa dem Nachweisgesetz (NachWG) ergeben. Danach müssen die wesentlichen Vertragsbestandteile eines Arbeitsverhältnisses spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn schriftlich niedergelegt werden. Ein Exemplar ist dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Zulässig (und ausreichend) ist in diesem Rahmen auch der allgemeine Hinweis auf die Geltung eines Tarifvertrages. Der Inhalt selbst muss nicht zum Gegenstand des schriftlichen Arbeitsvertrages gemacht werden.

**Fall**

3.3.3/Fall 8: Der für den AN geltende Tarifvertrag sieht eine Ausschlussfrist von einem Monat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Geltendmachung bestimmter Ansprüche aus diesem Arbeitsverhältnis vor. Diese Frist versäumt AN. Der schriftliche Arbeitsvertrag enthielt nur einen allgemeinen Hinweis auf die Geltung des Tarifvertrages in der jeweils geltenden Fassung. Reicht dieser allgemeine Hinweis aus (BAG – 5 AZR 89/01)? ◀

Ein Gewerkschaftsmitglied hat einen Anspruch gegen seine Gewerkschaft, dass diese ihm die Bestimmungen des einschlägigen Tarifvertrages aushändigt. Nichtorganisierte sind dagegen auf den *good will* von Gewerkschaften oder die Recherche im Internet beschränkt. Nach § 8 des Tarifvertragsgesetzes (TVG) besteht eine Pflicht der Tarifvertragsparteien, die Bestimmungen des jeweils geltenden Tarifvertrages im Betrieb auszulegen. Dem Arbeitnehmer steht allerdings nach streitiger Ansicht kein einklagbares Recht aus § 8 TVG zu. Die Gegenansicht sieht § 8 TVG als Vorschrift mit arbeitnehmerschützendem Charakter an und gewährt ein entsprechendes Klagerecht. Eine Pflicht des Arbeitgebers zur Information des Arbeitnehmers über seine Altersversorgung besteht nicht. Eine Ausnahme besteht im öffentlichen Dienst sowie bei privaten Unternehmen, die über ein betriebliches Angebot von Altersversorgungssystemen verfügen.

Pflichten des Arbeitgebers können auch aus einer (ungeschriebenen) **betrieblichen Übung** erwachsen. Unter einer betrieblichen Übung versteht man die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, soweit die Arbeitnehmer daraus schließen können, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden. Solche Erwartungen beruhen entweder auf einer (im Zweifel konkludenten) Willenserklärung des Arbeitgebers. Ausreichend kann aber auch eine bloße Duldung sein, welche vom Arbeitnehmer stillschweigend angenommen wird (§ 151). Unerheblich ist, ob der Arbeitgeber hierbei einen Verpflichtungswillen hat oder nicht. Entscheidend ist eine (verobjektivierte) Betrachtung aus der Sicht der Arbeitnehmer, ggf. unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte (§ 242). Aus einer betrieblichen Übung erwachsen vertragliche Ansprüche des Arbeitnehmers auf bestimmte Leistungen oder Vergünstigungen.

Ein Beispiel ist die Zahlung von **Gratifikationen** (z. B. Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld, s. u.). Voraussetzung ist allerdings ein kollektiver Bezug der Leistungsgewährung. Das heißt, aufgrund einer Leistung an einen einzelnen Arbeitnehmer kann allein noch keine betriebliche Übung zugunsten aller Arbeitnehmer entstehen. Eine einmal entstandene Verpflichtung kann jedoch wieder beseitigt werden. Grundsätzlich zulässig wären eine Änderungskündigung oder ein Änderungsvertrag. Eine betriebliche Übung kann jedoch auch durch eine geänderte betriebliche Übung wieder beendet werden.

Schließlich besteht auch eine Pflicht des Arbeitgebers zur Bereitstellung notwendiger Arbeitsmittel. Wenn der Mitarbeiter sich diese Arbeitsmittel selbst beschaffen muss, hat er analog § 670 einen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Arbeitgeber (BAG – 9 AZR 455/11), wenn die Anschaffung notwendig ist und nicht durch anderweitiges Arbeitsentgelt abgegolten wurde.

#### Fall

3.3.3/Fall 9: In welchen Fällen handelt es sich um notwendige Arbeitsmittel:

1. Anschaffung eines Mathematikbuchs durch einen Lehrer für den Unterricht (BAG aaO.)
2. Kosten der Einrichtung eines Home-Office für einen Lehrer zur Korrektur von Klassenarbeiten und zur Unterrichtsvorbereitung (BAG – 9 AZR 14/10).
3. Bereitstellung von Dienstkleidung, welche in der Freizeit nicht getragen werden kann (z. B. Sicherheitsschuhe, Schutzanzug). ◀

### 3.3.4 Rechte

An Rechten des Arbeitgebers ist insbesondere das (vertraglich meist nicht ausdrücklich geregelte) **Direktionsrecht bzw. Weisungsrecht** zu nennen. Die Rechtsgrundlage findet sich in § 106 der Gewerbeordnung (GewO). Danach hat der Arbeitgeber

im Rahmen des arbeitsvertraglichen Stellenprofils das Recht, von sich aus jede ihm zweckmäßig erscheinende und „billigem Ermessen“ entsprechende Anordnung zu treffen. Ein Ermessen ist nach der Rechtsprechung des BAG dann „billig“ ausgeübt, wenn die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden. Weisungen des Arbeitgebers aufgrund des Direktionsrechts können Art, Ort oder Zeit der Arbeitsleistung betreffen. Je weiter die arbeitsvertragliche Stellenbeschreibung gefasst ist, desto breiter kann die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers angelegt sein.

**Beispiel für eine problematische Klausel**

„Der Arbeitgeber behält sich vor, dem Arbeitnehmer eine andere zumutbare Tätigkeit zuzuweisen.“

Aber auch das Verhalten oder die Ordnung der Arbeitnehmer im Betrieb kann Gegenstand von Weisungen sein. Eine Ausnahme gilt in Notfällen (Krieg, Katastrophen, Corona-Pandemie), in denen das Weisungsrecht des Arbeitgebers weiter gehen kann.

Nach der Rechtsprechung kann der Arbeitgeber von seinen Beschäftigten das Tragen von **Kleidung** verlangen, die „der Art der Tätigkeit, den allgemeinen Erwartungen der Kunden an das Auftreten von Mitarbeitern und dem Niveau der angebotenen Leistungen angemessen ist“ (BAG – 6 AZR 536/01). Auf diese Weise hat die Rechtsprechung in weitgehender Weise bestimmte Kleider- oder Dienstordnungen zugelassen, bei welchen z. B. den Mitarbeitern das Tragen einer bestimmten Unterwäsche, Komplett-Gesichtsrasuren bei Männern oder gewaschene, nicht fettige Haare vorgeschrieben wurden (LAG Köln – 3 TaBV 15/10). Dadurch verbundene Aufwendungen für entsprechende Kleidung trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer. Die Kosten sind durch das normale Gehalt abgegolten. Eine Ausnahme gilt für Arbeitskleidung, die gesetzlich vorgeschrieben ist, z. B. zur Unfallverhütung oder aus Gründen der Hygiene. In diesem Falle ist der Arbeitgeber auch für die Reinigung zuständig. Die Einführung einer Kleiderordnung im Betrieb ist mitbestimmungspflichtig, weil es um die „Ordnung des Betriebes“ geht (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG).

**Fall**

3.3.4/Fall 10: AN ist in einem auf Seriosität bedachten Dienstleistungsunternehmen beschäftigt. Es wird eine Delegation ausländischer Geschäftspartner erwartet. AG weist die betroffenen männlichen AN an, an diesem Tage in Sakko und Krawatte zu erscheinen. Die weiblichen AN sollen in Kostümen auflaufen.

Müssen sich die AN daran halten? ◀

Bei unterschiedlicher Ausgestaltung von Dienstkleidung bei verschiedenen Arbeitnehmergruppen bedarf es für diese Unterschiedlichkeit einer sachlichen Rechtfertigung.

3.3.4/Fall 11: Bei der Fluggesellschaft L werden die männlichen Piloten im Unterschied zu den weiblichen angewiesen, im Dienst eine Cockpit-Mütze zu tragen. Rechtmäßig? ◀

Das Weisungsrecht kann auch die Ausübung der Religionsfreiheit am Arbeitsplatz durch Tragen religiöser Symbole einschränken (z. B. Kreuz, Kopftuch). Gemäß EuGH (C-157/15 und C-188/15) gilt eine differenzierte Betrachtung. Allein der Wille oder die Einstellung des Arbeitgebers zu religiösen Fragen ist nicht entscheidend. Jedoch kann es z. B. entscheidend sein, ob die Tätigkeit mit oder ohne Kundenkontakt vonstatten geht. Bei Kundenkontakt kann es auch im Lichte der Religionsfreiheit entscheidend sein, Neutralität zu wahren. Dann aber muss sich das Verbot des Arbeitgebers auf alle religiösen Symbole beziehen. Im Ergebnis ist stets eine Abwägung zwischen den Grundrechten des Arbeitnehmers gegenüber den Rechtspositionen des Arbeitgebers vorzunehmen.

3.3.4/Fall 12: Arbeitgeber AG, ein Autohersteller, verbietet dem muslimischen Arbeitnehmer AN, sich zur religiös bestimmten Gebetszeit vom Fließband zu entfernen, in der Werkshalle seinen Gebetsteppich auszurollen und zu beten, wodurch wegen des Fehlens des AN jedesmal das Fließband angehalten werden müsste. Stattdessen solle AN sein Gebet in der Werkspause zelebrieren. Rechtmäßig? ◀

Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes hat eine lesenswerte (fast 200seitige) Handlungsempfehlung zum Thema „Diskriminierung aufgrund der islamischen Religionszugehörigkeit im Kontext Arbeitsleben – Erkenntnisse, Fragen und Handlungsempfehlungen“ herausgegeben, die auf vielfältige Konstellationen und in diesem Zusammenhang auch auf ergangene Rechtsprechung zu vielen Fragen eingeht. Die Handlungsempfehlung ist kostenlos über die Internetseiten der Antidiskriminierungsstelle abrufbar.

Einschränkungen des Weisungsrechts können sich aus Einzelarbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag oder Gesetz ergeben (§ 106 GewO). Unzulässig ist es nach der Rechtsprechung des BAG allerdings, dem Arbeitnehmer einen geringer entlohten Arbeitsplatz zuzuweisen oder ihn unter Belassung seiner Vergütung mit einer geringerwertigen Tätigkeit zu betrauen. Begründet wird dies mit der Wertigkeit der Arbeit im unternehmensinternen Erscheinungsbild selbst („Sozialbild“ der Tätigkeit). Beispielsweise dürfen einem Abteilungsleiter also keine Pförtnerdienste oder das Kehren des Hofes zugewiesen werden. Dies gilt selbst dann, wenn die Stellenbeschreibung relativ weit gefasst ist. Dem Arbeitnehmer ist hier anzuraten, sich durch eine Feststellungsklage zu wehren. Ansonsten kann bei einem Dulden der anderweitigen Tätigkeit über einen gewissen Zeitraum eine gewohnheitsrechtliche Änderung des Arbeitsvertrages stattfinden.

Im Übrigen müssen Maßnahmen im Rahmen des Direktionsrechts aufgrund der einseitigen Leistungsbestimmung durch den Arbeitgeber dem Grundsatz der „Billigkeit“

entsprechen. Das bedeutet, dass vom Arbeitgeber die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden müssen. Familiäre Umstände können dabei durchaus eine Rolle spielen (BAG – 6 AZR 567/03) und schutzwürdige Interessen zugunsten des Arbeitnehmers darstellen. Beispiele sind Zeiten der Beaufsichtigung von Kindern oder bestimmte Arbeitszeiten des Ehepartners. Insoweit kann ggf. auch ein Arbeitsplatztausch innerhalb des Betriebes angebracht sein.

Ein häufiges Streitthema sind **Versetzungen**, z. B. an einen anderen Arbeitsplatz (inhaltlich) oder Arbeitsort (örtlich). Zunächst bestimmt sich das Direktionsrecht des Arbeitgebers nach der Stellenbeschreibung im Arbeitsvertrag. Wenn die Beschreibung nur vage ist („Office Manager“), prüft die Rechtsprechung im Zweifel, ob die neuen Aufgaben noch zum entsprechenden Berufsbild gehören. Der Arbeitgeber muss bei Versetzungen auch die private Situation der betreffenden Arbeitnehmer (Familie, Fahrtmöglichkeiten) oder sogar eine etwaige betriebliche Übung (Arbeitnehmer schon seit 20 Jahren auf einem bestimmten Arbeitsplatz) berücksichtigen. Eine großzügige Versetzungsklausel kann andererseits auch vorteilhaft für den Arbeitnehmer sein. Denn vor dem Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung muss der Arbeitgeber mildere Mittel prüfen, ggf. auch eine Versetzung, auch auf augenscheinlich unattraktivere Positionen (BAG – 2 AZR 132/04).

---

**Fall**

3.3.4/Fall 13: Unternehmen U verfügt in der Stadt S über zwei Produktionsstätten, eine im Osten (Werk I) und eine im Westen (Werk II) der Stadt. AN war bisher in Werk I und soll nun kraft Anweisung des AG in Werk II beschäftigt werden. AN meint, das sei u. a. deshalb unbillig, weil er sich dadurch in ein neues personelles Umfeld einleben muss und künftig auf dem Weg von der Wohnung zur Arbeit durch die ganze Stadt fahren muss. Ist die Anweisung durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt? Im Arbeitsvertrag ist nur geregelt, dass AN seine Tätigkeit an der Betriebsstätte von U in der Stadt S verrichtet. ◀

Im Rahmen von Versetzungsmaßnahmen sind auch Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten, entweder bei Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer bzw. bei Arbeitszeitfragen (§ 87 BetrVG) oder bei personellen Einzelmaßnahmen (§ 99 BetrVG). Konkret: Wenn ein Betriebsrat besteht, bedarf eine Versetzung des Arbeitnehmers nach der letztgenannten Vorschrift der Zustimmung des Betriebsrats, und zwar sowohl desjenigen am alten als auch am neuen Arbeitsplatz. Eine Versetzung kann nach § 99 Abs. 2 BetrVG vom Betriebsrat abgelehnt werden, wenn diese nachteilig für den betroffenen Arbeitnehmer oder für einen Kollegen ist, der hier-von betroffen ist. Im Falle einer Ablehnung ist die Versetzung unwirksam und der Arbeitgeber muss die Frage gerichtlich klären lassen. Bei einer Änderungskündigung bedarf es der gesetzlichen Mitbestimmung (siehe hierzu Abschn. 5.5). Nach § 106 S. 3 GewO hat der Arbeitgeber bei der Ausübung seines Ermessens auch auf „Behinderungen“ des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. „Behinderungen“ sind solche des § 2 SGB IX.

Von den Gerichten ist im Streitfall nachprüfbar, ob eine Maßnahme des Direktionsrechts der Billigkeit entspricht bzw. ob die Maßnahme überhaupt noch vom Weisungsrecht umfasst ist. Die Darlegungs- und Beweislast liegt im Zweifel beim Arbeitgeber. Auch die AGB-Rechtsprechung spielt eine nicht unerhebliche Rolle. So soll es z. B. im Rahmen vorformulierter Arbeitsverträge nach der Rechtsprechung unzulässig sein, dass sich der Arbeitgeber pauschal eine Versetzung des Arbeitnehmers an einen anderen Ort ausbedingt. Im Falle einer „Unbilligkeit“ der Weisung bleibt dem Arbeitgeber nur der Weg einer vertraglichen Änderungsvereinbarung oder einer Änderungskündigung (im letzteren Falle mit allen Einschränkungen, z. B. Kündigungsschutzgesetz).

#### **Speziell: Verhaltensregeln im Betrieb**

Innerbetrieblichen Verhaltensregeln kommt ein wachsender Stellenwert zu. Zulässig sind solche Verhaltensregeln dann, wenn sie durch betriebliche Bedürfnisse veranlasst sind. Beispiele sind die Sicherung eines ordnungsgemäßen Arbeitsablaufs oder die Einhaltung gesundheitlicher Vorschriften. Wie gesagt können auch Kleidungs Vorschriften aus Gründen wie der Förderung der Corporate Identity bzw. das Tragen von Namensschildern erlaubt sein. Das Führen privater Telefongespräche aus Gründen des ordnungsgemäßen Arbeitsablaufs kann untersagt werden.

Ein sozial akzeptiertes Verhalten, wie beispielsweise das **Flirten**, darf jedoch im Betrieb nicht grundsätzlich untersagt werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn und solange es sich im üblichen Rahmen bewegt, den Arbeitsablauf nicht stört und ohne Belästigung des anderen vorgenommen wird. Abzuwägen ist hier im Zweifelsfall zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers einerseits und den betrieblichen Notwendigkeiten andererseits. Das Weisungsrecht beinhaltet nicht die Befugnis des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer zur Teilnahme an einem **Personalgespräch** zu verpflichten (BAG – 2 AZR 606/08). Der Arbeitnehmer darf deshalb nicht abgemahnt werden, wenn er sich einer entsprechenden Aufforderung widersetzt. Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer kraft Weisungsrechts dazu verpflichten, dienstlich erworbene „**Flugmeilen**“ (Bonusprogramm der Fluggesellschaften) wieder für Dienstreisen einzusetzen (BAG – 9 AZR 500/05). Im Falle privater Verwendung muss darauf geachtet werden, dass es sich steuerrechtlich um geldwerte Zuwendungen handelt, die versteuert werden müssen, wobei nach dem Einkommensteuergesetz ein Freibetrag gilt. Kraft Weisungsrechts kann ein Mitarbeiter auch zu **gefährlichen Arbeiten** herangezogen werden, um einen vertraglich definierten Arbeitsauftrag zu erfüllen. Etwas anderes gilt dann, wenn Unzumutbarkeit besteht. Das muss im Zweifel unter Abwägung der beteiligten Interessen ermittelt werden. In diesem Falle steht dem Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht zu (§ 275 Abs. 3).



**Beispiel**

Der Mitarbeiter eines Atomkraftwerks kann im Falle eines Unfalls mit hoher Strahlenbelastung und Todesgefahr nicht gezwungen werden, Leib und Leben aufs Spiel zu setzen, um die Folgen des Unfalls zu begrenzen.

Voraussetzung ist allerdings, dass die gefährliche Tätigkeit nicht verboten ist.

**Fall**

3.3.4/Fall 14: S ist Sprengstoffexperte und soll im Rahmen des arbeitsvertraglich definierten Aufgabenbereichs einen Blindgänger entschärfen. S weigert sich. Zu Recht? ◀

Wenn und soweit der Arbeitgeber den Inhalt des Arbeitsverhältnisses nicht einseitig kraft seines Weisungsrechts ändern kann, wenn also zur Änderung eine beidseitige Vereinbarung erforderlich ist (z. B. bei einer Reduzierung von Arbeitszeit oder Stundenlohn), muss eine **Änderungskündigung** erfolgen. Von den Voraussetzungen her unterliegt eine Änderungskündigung denselben Voraussetzungen wie eine „normale“ Kündigung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. zu den Voraussetzungen BAG – 2 AZR 396/12). Insbesondere können auch die Beschränkungen des Kündigungsschutzgesetzes gelten. Bloße Nebenleistungen können allerdings schon dann durch Änderungskündigung geändert werden, wenn sich die tatsächlichen Umstände geändert haben, die Anlass zur Gewährung der Nebenleistung waren (z. B. kostenlose Beförderung zur Betriebsstätte durch Buspendelverkehr).

Hinsichtlich der Rechtsfolgen muss zwischen unbilliger und unwirksamer Weisung unterschieden werden. Ist die Weisung unwirksam, weil sie z. B. nach dem Arbeitsvertrag rechtswidrig ist, besteht in jedem Falle ein Recht des Arbeitnehmers, sich der Weisung zu verweigern, ohne dass dies nachteilige Rechtsfolgen hat. Wenn die Weisung lediglich unbillig ist, besteht selbst innerhalb der Rechtsprechung keine Einigkeit. Nach einer Ansicht (BAG – 5 AZR 249/11) muss sie befolgt werden, könnte aber bei Klage des Arbeitnehmers aufgehoben werden. Nach der Gegenansicht (BAG – 10 AZR 330/16) muss sie nicht befolgt werden. Hier muss eine Entscheidung des Großen Senats für Klarheit sorgen.

---

## **3.4 Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers**

### **3.4.1 Hauptpflichten**

Wesentliche Pflicht ist die Pflicht zur Erbringung der Dienstleistung im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen. Einschränkend gelten die vielfachen Modifikationen durch Tarifverträge, Spezialgesetze zur Nichtleistungspflicht an Feiertagen usw.



Aus dem Charakter des Arbeitsvertrages als Dienstvertrag (§§ 611 ff.) ergibt sich, dass im Zweifel eine **Arbeitsleistung von mittlerer Art und Güte** geschuldet ist. Umstritten ist, welcher Maßstab hier anzulegen ist. Die Rechtsprechung verfolgt einen subjektiven Ansatz und stellt auf die Leistung ab, die der Arbeitnehmer bei angemessener Anspannung der individuellen Kräfte und Fähigkeiten erbringen kann (so bereits BAG – 3 AZR 423/69). Ein wesentliches Beurteilungskriterium ist diesbezüglich auch das Anforderungsprofil des jeweiligen Arbeitsplatzes. Problematisch wird die Frage häufig bei verhaltensbezogenen Kündigungen wegen Schlechtleistung. Eine Minderung des Lohns bei Schlechtleistung lehnt die Rechtsprechung allerdings ab (so bereits BAG – 1 AZR 438/71). Genauso wenig kommt eine zeitweilige Lohnverweigerung für die Dauer der Schlechtleistung in Betracht. Für den Arbeitgeber besteht daher bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen nur die Möglichkeit einer Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung oder eine Abmahnung, wenn die mittleren Anforderungen erheblich unterschritten werden. Vor Ausspruch einer Kündigung ist aber ggf. zu prüfen, ob der Arbeitnehmer an einem anderen, leistungsgerechteren Arbeitsplatz eingesetzt werden kann.

### 3.4.2 Nebenpflichten

Ungeschriebene Nebenpflicht ist die sog. **Treuepflicht**.

---

#### Fall

3.4.2/Fall 15: AN hat die ausschweifende Lebensart von AG (weißer Anzug, Goldkettchen, Segelyacht, nächtliche „Besenkammer-Erlebnisse“ mit Putzfrauen in den Betriebsräumen usw.) satt. Er richtet auf seiner privaten Homepage eine Rubrik „Die peinlichsten Arbeitgeber“ ein und stellt AG im dortigen Ranking unter entsprechender Begründung ganz nach oben. Zulässig oder nicht? ◀

Auch die Treuepflicht ergibt sich aus dem arbeitsvertraglichen Gebot der Rücksichtnahme (§§ 241 Abs. 2, 242). Der Begriff lässt sich nicht einheitlich definieren, sondern steht als Oberbegriff für eine Reihe von Nebenpflichten und muss im Einzelfall konkretisiert werden.

---

#### Fall

3.4.2/Fall 16: AN droht mit einer Kündigung, falls er keine Lohnerhöhung erhält. Verletzt AN dadurch die Treuepflicht? ◀

Ein angestellter Bildberichterstatte einer Nachrichtenagentur ist zu höflichem und korrektem Verhalten bei Ausübung seiner Tätigkeit verpflichtet (BAG – 2 AZR 283/08).

Verstöße dagegen führen jedoch im Regelfall nicht zu einer sofortigen Kündigung, sondern der Arbeitnehmer kann lediglich abgemahnt werden, nachdem ihm Gelegenheit zur Anhörung gegeben wurde. Zu den Nebenpflichten gehören auch etwaige **Mitteilungs- und Aufklärungspflichten** des Arbeitnehmers. Diese gehen allerdings nicht so weit, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber Einblick in die Akten eines gegen ihn geführten strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gewähren müsste (BAG – 2 AZR 483/07).

Freizeitbetätigungen des Arbeitnehmers können einen Verstoß gegen seine Treuepflicht begründen, wenn diese einen betrieblichen Bezug haben und gegen betriebliche Interessen verstoßen. Ein Beispiel ist die Veröffentlichung eines Fotos in Dienstkleidung in sozialen Medien zusammen mit der Äußerung politischer Ansichten, die gegen Wertvorstellungen des Arbeitgebers verstoßen. Insoweit hat der Arbeitnehmer den Grundsatz der politischen und weltanschaulichen Neutralität zu achten.

---

**Merke**

Die Einreichung einer Strafanzeige durch den Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber oder die Anzeige bei der Aufsichtsbehörde („externes Whistleblowing“) verletzt im Regelfall nicht die Treuepflicht. Vielmehr übt der Arbeitnehmer insoweit seine staatsbürgerlichen Rechte aus. Eine Verletzung wäre nur dann gegeben, wenn die Anzeige leichtfertig oder unangemessen ist (BAG – 2 AZR 42/16). ◀

### 3.4.3 Pflichtverletzung, Haftung

Im Rahmen der Verrichtung der Arbeitsleistung kann es vorkommen, dass der Arbeitnehmer Pflichten verletzt und dadurch Schäden verursacht. Das Gesetz enthält zu Fragen der **Arbeitnehmerhaftung**, des sog. **innerbetrieblichen Schadensausgleichs**, keine speziellen Grundlagen. Die Rechtsprechung ist sich darüber im Klaren, dass aufgrund der besonderen schuldrechtlichen Qualität eines Arbeitsverhältnisses Einschränkungen gegenüber den normalen Haftungsvorschriften gemacht werden müssen. Die Einschränkungen gelten für alle Arbeiten, die durch den Betrieb veranlasst sind und aufgrund des Arbeitsvertrages geleistet werden.

In diesem Rahmen können Arbeitnehmer für schuldhaft begangene Pflichtverletzungen in Anwendung des Grundsatzes des § 280 zum **Schadensersatz** verpflichtet sein. Dies gilt nicht nur bei schuldhafter Verletzung vertraglicher Hauptpflichten, sondern auch bei Nebenpflichtverletzungen (§ 241 Abs. 2, z. B. Treuepflicht). Vom Schadensatz umfasst sein können auch Ermittlungskosten, wie etwa Detektivkosten, wenn die Ermittlungen den Verdacht einer vorsätzlich begangenen Pflichtverletzung bestätigen (BAG – 8 AZR 1026/12). Für die Haftung wird nach dem

Grad des Verschuldens unterschieden. Es gelten folgende Grundsätze, unabhängig von der konkret ausgeübten Tätigkeit:

- Bei **leichtester Fahrlässigkeit** haftet der Arbeitnehmer nicht.
- Bei **normaler(mittlerer)Fahrlässigkeit** kann eine Haftungsteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber in Betracht kommen. Maßstab sind die Gesamtumstände wie etwa Schadensanlass, Schadensfolgen oder Zumutbarkeit, die gegeneinander abzuwägen sind.
- Bei **grober Fahrlässigkeit** kommt eine Haftung des Arbeitnehmers grundsätzlich in Betracht. In der Rechtsprechung werden in diesem Fall aber zum Teil Haftungsobergrenzen von drei oder vier Bruttomonatsgehältern angenommen (vgl. z. B. LAG Schleswig Holstein – 3 Sa 241/11), wobei solche Obergrenzen laut BAG nicht zwingend sind (vgl. BAG – 8 AZR 418/09) und selbst hier bei Vorliegen besonderer Umstände Haftungserleichterungen bis hin zum Haftungsausschluss denkbar sind.
- Ein **vorsätzlicher Pflichtverstoß** führt grundsätzlich zur vollen Haftung. Voraussetzung ist jedoch nach BAG, dass nicht nur die Handlung, sondern auch der Schaden vom Vorsatz umfasst ist (BAG – 8 AZR 250/06).

---

#### Fall

3.4.3/Fall 17: Azubi A fährt entgegen eines Verbots des Arbeitgebers (AG) ohne Führerschein mit dem Werks-Gabelstapler Rennen auf dem Betriebsgelände. Dabei rammt er das Tor zur Lagerhalle, das beschädigt wird. AG verlangt von A vollen Schadensersatz. Zu Recht (nach: BAG – 8 AZR 348/01)? ◀

Schwierigkeiten bereitet in der Praxis vor allem die Abgrenzung zwischen mittlerer und grober Fahrlässigkeit. Nach Ansicht des Arbeitsgerichts Frankfurt handelt z. B. eine Stewardess grob fahrlässig, wenn sie beim Bordverkauf einen 500 DM-Schein als Zahlungsmittel annimmt, welcher nicht mehr in EUR getauscht werden kann. Das Gericht verurteilte im konkreten Fall die Stewardess zur Rückzahlung von ca. 240 EUR an den Arbeitgeber (ArbG Frankfurt – 1 Ca 3602/05).

Die vorgenannten Haftungserleichterungen kommen auch arbeitnehmerähnlichen Personen zugute, wenn und soweit sie wie Arbeitnehmer über die wirtschaftliche Abhängigkeit hinaus in den Betrieb des „Arbeitgebers“ eingegliedert sind (Hessisches LAG – 13 Sa 857/12). Nicht zugute kommen sie dagegen den leitenden Angestellten (BGH – VI ZR 225/67).

### 3.4.4 Rechte

Der Arbeitnehmer hat ein **Recht auf Beschäftigung**. Jedoch kann der Arbeitgeber wichtige Gründe anführen, den Arbeitnehmer von der Beschäftigung unter Fortzahlung

der Vergütung freizustellen (**Freistellungsanspruch**). Beispiele sind Fälle, in denen bei gekündigten Mitarbeitern die Befürchtung besteht, dass sie aufgrund ihrer Enttäuschung einen Schaden anrichten können oder wenn der Arbeitnehmer nicht mehr sinnvoll beschäftigt werden kann, weil der Arbeitsplatz weggefallen ist. Dann ist im Zweifel auch eine Freistellung mit sofortiger Wirkung möglich. Unterschieden wird zwischen wider-ruflicher und unwiderruflicher Freistellung. Im ersteren Fall muss der Arbeitnehmer damit rechnen, an den Arbeitsplatz zurück geholt zu werden, wenn er gebraucht wird. Im Gegenzug behält er seine Arbeitsmittel, z. B. das dienstliche Mobiltelefon oder den dienstlichen E-Mail-Anschluss. Im letzteren Falle muss der Arbeitnehmer jedoch gleich alles abgeben. Wenn beim Dienstwagen eine private Nutzungsmöglichkeit bis zum Vertragsende vereinbart ist, darf der Arbeitnehmer den Dienstwagen bis zum Ende der Kündigungsfrist behalten. Zu beachten ist, dass eine solche private Nutzungsmöglichkeit eines Dienstwagens einen „geldwerten Vorteil“, also einen Vergütungsbestandteil darstellt, der entsprechend versteuert werden muss.

In der Praxis sind auch „exotische“ Rechte von Beschäftigten Gegenstand arbeits-gerichtlicher Verfahren. Beispielsweise erkennt das BAG ein Recht auf einen alkoholfreien Arbeitsplatz für einen muslimischen Arbeitnehmer an, welcher sich geweigert hatte, Bierkisten in der Getränkeabteilung zu stapeln (BAG – 2 AZR 636/09). Die erforderliche Abwägung zwischen dem Direktionsrecht des Arbeitgebers und der grund-gesetzlich geschützten Religionsfreiheit des Arbeitnehmers fiel im konkreten Falle zugunsten des Letzteren aus.

---

### 3.5 Abmahnung

Im Falle einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung kann der Arbeitgeber den Arbeit-nehmer mittels einer **Abmahnung** darauf hinweisen (**Rüge- und Dokumentations-funktion**). Zugleich fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten auf und stellt ihm, falls ihm dies angebracht erscheint, Konsequenzen für den Fall einer wiederholten gleichartigen Pflichtverletzung in Aussicht (**Warnfunktion**). Letztlich dient eine Abmahnung auch dazu, den Konflikt nicht unnötig eskalieren zu lassen (**Befriedungsfunktion**). Die Abmahnung, ihre Funktionen und ihre Ausgestaltung sind gesetzlich nicht geregelt, aber gleichwohl als wichtiges Rechtsinstrument anerkannt.

---

#### Fall

3.5/Fall 18: Sekretärin S versendet am Freitagnachmittag während der Arbeitszeit eine „Scherz-E-Mail“ an die Kollegen im Unternehmen. Laut Arbeitsvertrag ist die private Nutzung des E-Mail-Accounts der S verboten. Der Arbeitgeber mahnt die S daraufhin ab. Ist die Abmahnung berechtigt. ◀

Abmahnungen vonseiten des Arbeitgebers werden zur Personalakte genommen und sind häufig die Voraussetzung dafür, dass bei erneuten einschlägigen Pflichtverletzungen verhaltensbedingt (vgl. § 1 KSchG) oder fristlos gekündigt werden kann. Vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung ist eine Abmahnung immer dann erforderlich, wenn es um ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers geht und eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden kann.

Eine bestimmte Form ist für die Abmahnung nicht vorgesehen. Aus Beweisgründen ist es aber ratsam, die Abmahnung schriftlich abzufassen. Da eine zur Personalakte genommene Abmahnung geeignet ist, den Arbeitnehmer in seinem beruflichen Fortkommen und seinem Persönlichkeitsrecht zu beeinträchtigen, darf ein verständiger Arbeitgeber nicht ohne Vorliegen einer verschuldeten Pflichtverletzung eine Abmahnung erteilen und darf sie nur für einen angemessenen Zeitraum aufbewahren. Der betroffene Arbeitnehmer kann daher in entsprechender Anwendung der §§ 242, 1004 die Entfernung einer rechtswidrigen Abmahnung aus seinen Personalunterlagen verlangen, wenn das berechnigte Interesse des Arbeitgebers an der Ausübung seines Gläubigerrechts fehlt (vgl. BAG – 6 AZR 537/95). Ein Arbeitnehmer kann folglich die Beseitigung dieser Beeinträchtigung verlangen, wenn die Abmahnung den Pflichtverstoß nicht ausdrücklich bezeichnet, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt oder kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte mehr besteht. Ungerechtfertigt ist eine Abmahnung auch dann, wenn sie auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht.

Auch Arbeitnehmer können eine Pflicht zur Abmahnung haben. Dies gilt jedenfalls im Vorgriff auf eine außerordentliche Kündigung (LAG Köln – 7 Sa 679/04). In diesem Falle muss der Arbeitgeber durch eine Abmahnung die Gelegenheit erhalten, ein vertragsbrüchiges Verhalten einzustellen (z. B. verspätete Gehaltszahlungen). Bei einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers sind frühere Abmahnungen auch entscheidend zur Vermeidung von Sperrfristen für die Beziehung von Arbeitslosengeld.

---

### 3.6 Formulararbeitsverträge

Die meisten Arbeitsverträge enthalten vom Arbeitgeber vorformulierte Bedingungen, die vor Vertragsabschluss einer ergebnisoffenen Diskussion durch die Vertragsparteien nicht unterzogen, sondern vom Arbeitgeber lediglich „gestellt“ werden. Oft nutzen z. B. Arbeitgeber ein Vertragsformular ihres Arbeitgeberverbandes. § 310 Abs. 4 erweitert den Anwendungsbereich der Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen auch auf Arbeitsverträge.

Allgemeine Voraussetzung ist gem. § 305 eine mehrfache Verwendungsabsicht solcher Verträge. Dann setzen die AGB-Vorschriften bereits bei der ersten Verwendung ein. In der Praxis unterliegen damit fast alle Arbeitsverträge einer gerichtlichen Inhaltskontrolle, wenn und soweit die Klauseln nicht ausdrücklich individuell ausgehandelt

sind. Nicht anwendbar sind die AGB-Vorschriften bei Tarifverträgen, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen. Damit unterliegen diese nur einer förmlichen, nicht aber einer inhaltlichen Kontrolle.

Da Arbeitnehmer (nach umstrittener Ansicht) nicht als Verbraucher (§ 13) zu qualifizieren sind, kommt § 310 Abs. 3 nicht zur Anwendung, so dass die Anwendung der §§ 305 ff. in jedem Einzelfall geprüft werden muss. Allerdings müssen nach § 310 Abs. 4 bei der Anwendung der AGB-Vorschriften die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen berücksichtigt werden. Der Arbeitgeber (als Verwender) darf sich selbst nicht auf die Unwirksamkeit seiner eigenen Klauseln berufen.

#### **Beispiel**

Nach § 309 Ziff. 6 sind AGB-Klauseln unwirksam, die dem Vertragspartner des Verwenders eine Strafe für den Fall auferlegen, dass der Vertrag gelöst wird. Nach BAG (8 AZR 973/06) können dagegen Vertragsstrafeklauseln in Arbeitsverträgen zulässig sein. Sie dürfen allerdings keine unangemessene Benachteiligung (vgl. § 307) vorsehen. Die Unangemessenheit kann sich beispielsweise aus einem Missverhältnis zwischen Pflichtverletzung und Höhe einer Vertragsstrafe, bei einer Kumulation von Vertragsstrafe und Schadensersatz, bei nicht hinreichend genauer Beschreibung von Voraussetzungen oder Rechtsfolgen einer Vertragsstrafe sowie bei einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe ergeben.

Eine Besonderheit ist z. B., dass Arbeitsleistungen nicht vollstreckt werden können (vgl. § 888 Abs. 3 ZPO), was entsprechend bei der Vertragsgestaltung berücksichtigt werden muss. Art und Ausmaß der „Besonderheiten“ sind im Einzelnen umstritten. Jedenfalls dürften wegen der Formulierung („die im Arbeitsrecht geltenden“) nicht nur Besonderheiten aus dem Bereich des eigentlichen Arbeitsrechts in Betracht kommen. Kontrollfähig sind z. B. Änderungsvorbehalte (Widerrufsvorbehalte, Versetzungsklauseln). Kontrollfrei sind dagegen Klauseln, die die Leistung näher beschreiben, wie Tätigkeitsbeschreibungen, Vergütungsregelungen (Ausnahmen vorbehalten) oder die Dauer der Arbeitszeit (soweit die gesetzlichen Grenzen eingehalten werden).

#### **Fall**

3.6/Fall 19: Eine Klausel im (Standard-)Arbeitsvertrag lautet wie folgt: „Der Mitarbeiter verpflichtet sich, über sämtliche geschäftliche Vorgänge des Arbeitgebers Stillschweigen zu bewahren. Diese Verschwiegenheitspflicht besteht auch nach Beendigung des Anstellungsvertrages fort. Bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht kann eine Vertragsstrafe in Höhe eines durchschnittlichen Brutto-Monatseinkommens verlangt werden.“ Zulässig (vgl. BAG, aaO.)? ◀

Unwirksam ist auch eine Klausel, mit der eine Verkäuferin eine Strafe in Höhe eines Monatsgehalts hätte zahlen müssen, weil sie vor Antritt der Stelle gekündigt und diese auch tatsächlich nicht angetreten hatte, obwohl dies wegen einer Probezeitklausel (2 Wochen Kündigungsfrist) in Ordnung war.

---

**Fall**

3.6/Fall 20: Der (Standard-)Arbeitsvertrag verbietet dem Arbeitnehmer die Ausübung sportlicher Betätigungen, um der Gefahr von Verletzungen und einer darauf beruhenden Krankheit vorzubeugen. Wirksam? ◀

Eine Unwirksamkeit von Klauseln ist z. B. bei der Verletzung von Arbeitnehmergrundrechten (z. B. Gleichberechtigung, Art. 3 GG) gegeben. Unklarheiten in der Formulierung von Klauseln gehen zulasten des Arbeitgebers.

---

**Fall**

3.6/Fall 21: Unternehmer U behält sich in dem vorformulierten Arbeitsvertrag eines Elektroinstallateurs (E) vor, dessen übertarifliche Lohnbestandteile jederzeit unbeschränkt zu widerrufen. E meint, die Klausel sei unwirksam, weil sie nicht an Gründe gebunden sei (BAG – 5 AZR 364/04). ◀

Wenn eine Klausel unwirksam ist, bleibt der Vertrag im Übrigen entgegen § 139 wirksam (vgl. § 306). Zu beachten sind auch die Abs. 2 und 3 der Vorschrift.

---

## 3.7 Umfang

### 3.7.1 Allgemeines

Geschuldet wird grundsätzlich der Arbeitsumfang, wie er im Arbeitsvertrag vereinbart ist. Gesetzliche Grenzen ergeben sich aus dem **Arbeitszeitgesetz**, (ArbZG) welches auf der EU-Arbeitszeitrichtlinie beruht. Zweck des Gesetzes ist es, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeitszeitgestaltung zu gewährleisten, die Rahmenbedingungen für flexible Arbeitszeiten zu verbessern sowie den Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der „seelischen Erhebung“ der Arbeitnehmer zu schützen (vgl. § 1 ArbZG).

Arbeitszeit wird definiert als die Zeitspanne vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne Ruhepausen (§ 2 Abs. 1 ArbZG). Arbeit verrichtet der Arbeitnehmer dann, wenn er dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt. Nach der Rechtsprechung des EuGH reicht es aus, wenn lediglich eines dieser Merkmale erfüllt ist. Arbeitsbeginn ist danach regelmäßig der Zeitpunkt des Betretens des Betriebsgebäudes, nicht schon die Parkplatzsuche und nicht erst das Finden am

konkreten Arbeitsplatz. Im Falle eines vom Arbeitgeber angeordneten Umkleidens im Betrieb, z. B. vor dem Betreten eines Reinraums, gehört bereits die Zeit des Umkleidens zur Arbeitszeit (BAG – 9 AZR 574/15). Anstelle der gesetzlichen Arbeitszeitgrenzen kann eine Betriebsvereinbarung oder ein Tarifvertrag spezielle Arbeitszeitregelungen enthalten. Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern sind zusammen zu rechnen (§ 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG).

Die bestehenden gesetzlichen Regelungen des ArbZG geraten immer häufiger in Konflikt mit Anforderungen an eine moderne und zunehmend digitalisierte Arbeitswelt („Arbeitswelt 4.0“). Diese sind u. a. geprägt durch flexible Arbeitszeitmodelle wie Vertrauensarbeit oder Langzeitkonten oder eine nicht immer streng abgrenzbare Erreichbarkeit. Auch sonst sind die bestehenden Gesetze in Teilen lückenhaft, z. B. in Bezug auf die Anrechenbarkeit von Dienstreisezeiten. Gesetzliche Reformen werden seit Jahren diskutiert und sind zu erwarten.

### 3.7.2 Gesetzliche Höchstarbeitszeit

Im Grundsatz darf die Arbeitszeit acht Stunden werktäglich nicht überschreiten (**Höchst-arbeitszeit**). Es gelten allerdings Ausnahmen nach § 3 ArbZG. Nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit müssen die Arbeitnehmer eine ununterbrochene **Ruhezeit** von mindestens elf Stunden haben (vgl. § 5 ArbZG). An **Sonn- und Feiertagen** gilt ein grundsätzliches Beschäftigungsverbot (Ausnahme siehe §§ 9 – 12 ArbZG). Soweit Sonntagsarbeit zulässig ist, muss dem Arbeitnehmer innerhalb der beiden folgenden Wochen ein Ersatzruhetag gewährt werden.

Der EuGH sieht auf der Basis des bisherigen Rechts in Gestalt der EU-Arbeitszeitrichtlinie eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, um die Einhaltung der Höchstarbeitszeiten überwachen zu können. Nach dem Urteil sind Arbeitgeber im Grundsatz dazu verpflichtet, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, mit dem die von jedem Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Möglichkeiten einer Zeiterfassung bestehen allerdings nicht nur über Stechuhren, sondern z. B. auch dadurch, dass die Arbeitnehmer ihre Arbeitszeiten tabellarisch selbst erfassen.

### 3.7.3 Dienstreisen und Bereitschaftsdienste

Ein häufig bedeutsames Arbeitszeitproblem stellt sich bei **Dienstreisen**. Eine Dienstreise liegt vor, wenn der Arbeitnehmer zu einem Ort fahren muss, der nicht dem üblichen Erfüllungsort seiner Arbeitsleistung entspricht und an dem ein Dienstgeschäft zu erledigen ist, unabhängig vom Startpunkt der Reise (Wohnung oder Geschäftssitz). Bei der Frage, ob und inwieweit die Reisezeit als Arbeitszeit gewertet werden kann, ist zu unterscheiden. Eine Dienstreise während der regulären Arbeitszeit ist grundsätzlich als



Arbeitszeit anzusehen (§ 106 GewO). Dies gilt insbesondere dann, wenn vom Arbeitgeber das Beförderungsmittel vorgegeben wird. Eine dienstliche Autofahrt ist so gesehen mitnichten „Freizeitgestaltung“. Reisezeiten außerhalb der regulären Arbeitszeit, also etwa bei einer Anreise am Vorabend des eigentlichen Dienstgeschäfts, sind als Arbeitszeit anzusehen, wenn der Arbeitnehmer auf Anforderung des Arbeitgebers bereits hier Arbeitsaufgaben erledigt (z. B. Aktenstudium, Präsentation vorbereiten). Eine nach dem Ende des Kongresses nachts an der Hotelbar unternommene informelle „Nachbereitung“ von Kongressinhalten ist dann wiederum Ruhezeit und nicht Arbeitszeit.

Eine Arbeitsverweigerung zur Vermeidung des Überschreitens der gesetzlichen Arbeitszeiten wäre kein Grund für eine fristlose Kündigung (LAG Rheinland-Pfalz, 6 Sa 53/07). Vielmehr sind Arbeitnehmer berechtigt, ggf. mit Hilfe des Betriebsrats, auf die Einhaltung der gesetzlichen Arbeitszeiten zu bestehen. Bei Weigerung des Arbeitgebers können auch die Arbeitsschutzbehörden eingeschaltet werden. In diesem Falle muss der Arbeitgeber darlegen, dass und wie er seiner Pflicht zur Einhaltung der Arbeitszeit nachkommt. Andernfalls droht ein Bußgeld in Höhe von max. 15.000 EUR pro Tag und Arbeitnehmer. Die vorformulierte pauschale Abgeltung aller Reisezeiten mit dem Gehalt im Arbeitsvertrag ist wegen der Intransparenz als unangemessene Benachteiligung unwirksam (§ 307, BAG – 5 AZR 200/10).

Ein weiterer bedeutsamer Fall sind **Bereitschaftsdienste**, wie sie häufig z. B. bei Klinik-Ärzten vorkommen. Ein Bereitschaftsdienst ist gegeben, wenn sich ein Beschäftigter auf Anweisung des Arbeitgebers an einer von diesem bestimmten Stelle (normalerweise im Betrieb) aufhält, um seine volle Arbeitstätigkeit erforderlichenfalls auf Abruf aufnehmen zu können. Darunter fällt nach neuerer Lesart auch die Zeit, in der der Arbeitnehmer nichts tut. Vorher galt diese Zeit nicht als Arbeitszeit, sondern als Ruhezeit. Vom Bereitschaftsdienst zu unterscheiden ist die sog. **Rufbereitschaft**. Bei dieser darf der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort frei bestimmen und hat sich nur auf Anforderung des Arbeitgebers an einer bestimmten Stelle einzufinden. Eine Rufbereitschaft ist jedenfalls dann Arbeitszeit, wenn und solange ein aktiver Einsatz dauert. Bereitschaftsdienste müssen grundsätzlich mit ihrer vollen Zeitdauer in die Ermittlung der täglichen und wöchentlichen Höchstarbeitszeit einbezogen werden. Allerdings sind Abweichungen gem. § 7 ArbZG denkbar. Danach darf die Arbeitszeit auf tarifvertraglicher Grundlage über zehn Stunden je Werktag hinaus verlängert werden, wenn sie regelmäßig und zu einem erheblichen Teil Arbeitsbereitschaft bzw. Bereitschaftsdienst umfasst. Voraussetzung ist allerdings, dass die konkrete Verlängerung individuell erfolgt und vom betreffenden Beschäftigten eine schriftliche Einwilligung vorliegt. Denjenigen Beschäftigten, die dies ablehnen, darf kein Nachteil entstehen.

Ein modernes, ebenso umstrittenes wie rechtlich schwer einzuordnendes (Arbeitszeit-)Phänomen ist die dauernde **Erreichbarkeit über Smartphones**. Wenn und soweit eine solche Erreichbarkeit vom Arbeitgeber angeordnet ist, liegt Rufbereitschaft vor. Damit verbunden ist ein entsprechender Anspruch des Arbeitnehmers auf Vergütung, welche ggf. in tariflichen oder betrieblichen Vereinbarungen geregelt ist (vgl. BAG – 6 AZR 900/98). Allerdings werden, gerade wegen drohender Vergütungsansprüche, solche

ausdrücklichen Anordnungen kaum je vorliegen. Die bloße Ankündigung des Arbeitgebers, sich außerhalb der Arbeitszeit beim Arbeitnehmer telefonisch oder per E-Mail zu melden, ist nicht mit einer ausdrücklich Anordnung von Rufbereitschaft gleichzusetzen. Arbeitnehmer sollten in diesem Falle um eine ausdrückliche Regelung bitten. Einer Aufforderung des Arbeitgebers zur Herausgabe mobiler Telefonnummern des Arbeitnehmers außerhalb von Bereitschaftsdiensten zur besseren Erreichbarkeit muss der Arbeitnehmer aufgrund der Rechtswidrigkeit eines solchen Verlangens nicht nachkommen (LAG Thüringen – 6 Sa 442/17 und 6 Sa 444/17).

### 3.7.4 Mehrarbeit/Überarbeit

**Mehrarbeit** liegt bei einer Überschreitung der gesetzlichen werktäglichen Arbeitszeit von acht Stunden gem. § 3 Abs. 1 S. 1 ArbZG vor. Hierbei sind tarifliche oder arbeitsvertragliche Arbeitszeiten nicht maßgebend. **Überarbeit** („Überstunden“) ist dagegen die über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeit. In der Praxis werden die Begriffe häufig vermischt. Mehrarbeit ist nur im Rahmen der Arbeitsschutzgesetze (z. B. ArbZG, JArbSchG) zulässig und darf deshalb auch nur in diesem Rahmen vom Arbeitgeber angeordnet werden. Jugendliche dürfen gem. § 8 JArbSchG grundsätzlich nicht zu Mehrarbeit verpflichtet werden. Eine Ausnahme besteht bei Notfällen (§ 21 JArbSchG). Das ArbZG gibt dem Arbeitgeber begrenzte Möglichkeiten, Mehrarbeit anzuordnen. Eine tarifvertragliche Regelung kann dabei weitergehender sein. Die wirksame Anordnung von Überarbeit ist nur in den Grenzen des § 106 GewO möglich.

Gemäß EuGH (C-350/99) besteht eine Pflicht zur Leistung von Überstunden nur bei Vorliegen von **Schriftform**. Wenn es sich um eine bloße Anordnung des Arbeitgebers handelt, muss der Arbeitgeber dies dem Arbeitnehmer zuvor schriftlich mitteilen. Das ergibt sich nach Ansicht des Gerichts aus der Richtlinie 91/533/EWG vom Oktober 1991 „über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bestimmungen“. Bei Mehrarbeit handele es sich um einen solchen wesentlichen Punkt. Umgesetzt wurde die Richtlinie im Jahre 1995 in Deutschland durch das Nachweisgesetz (NachwG). Konkrete Sanktionen enthält das Gesetz allerdings nicht.

### 3.7.5 Vertrauensarbeit

Als ein flexibles Arbeitszeitmodell hat sich **Vertrauensarbeit** herausgebildet. Hier wird der Arbeitnehmer ermächtigt, das Arbeitsverhältnis in zeitlicher Hinsicht nach eigenem Ermessen zu gestalten. Dabei wurde in der Vergangenheit auf eine Zeiterfassung verzichtet, um das besondere Vertrauensverhältnis zu betonen. Ein solcher Verzicht ist seit dem EuGH-Urteil zur Zeiterfassung (C - 55/18) nicht mehr möglich. Was zählt, ist letztlich nach wie vor das Ergebnis der Arbeitsleistung. Ein Beispiel, in der Vertrauensarbeit eine besondere Rolle spielt, ist die Telearbeit, die auf diese Weise zu einer besseren

Vereinbarkeit von beruflichen und privaten Interessen führen soll. Vergleichsweise oft wird Vertrauensarbeit auch bei projekt- oder provisionsbezogenen Tätigkeiten, z. B. bei Handelsvertretern, angewandt, sowie bei den rechtsberatenden Berufen oder bei Hochschullehrern im Angestelltenverhältnis. Durch die völlige Ausschaltung der Führungsverantwortung des Arbeitgebers in zeitlicher Hinsicht ist es schwierig, das Gleichgewicht zwischen der Freiheit des Arbeitnehmers einerseits und dem Produktivitätsinteresse des Arbeitgebers andererseits aufrecht zu erhalten. Führungs- und Regulierungsinstrumente wie die Abmahnung gewinnen deshalb im Bereich solcher Arbeitszeitmodelle eine besondere Bedeutung.

Dem **Betriebsrat** kommen diesbezüglich ergänzende Kontrollaufgaben zu, damit Arbeitsschutzvorschriften, Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen eingehalten werden. Beispielsweise kann der Betriebsrat verlangen, dass der Arbeitgeber Aufzeichnungen vorlegt (§ 16 Abs. 2 ArbZG). Daraus kann - neben der oben erwähnten EuGH-Rechtsprechung - eine mittelbare Pflicht des Arbeitgebers entnommen werden, entsprechende Daten zu erfassen, zumindest in Bezug auf das Tarifarrecht und die Einhaltung von Ruhezeiten.

### 3.7.6 Lebensphasenorientierte Arbeitszeitgestaltung

Eine moderne Form der Arbeitszeitgestaltung ist das sog. Wertkontenmodell, insbesondere in Form von **Langzeitkonten**. Auf solchen Konten können vom Arbeitnehmer überschüssige Arbeitszeiten angespart werden, um z. B. eine längerfristige bezahlte Freistellung für ein „Sabbatical-Jahr“ zu erreichen.

Mit dem Ansparen von Überstunden werden dem Arbeitgeber zugleich die darauf bezogenen Vergütungsansprüche gestundet. Dieses sog. Bruttosparen ist steuer- und sozialversicherungsfrei. Fällig werden diese Abgaben erst mit der Auszahlung, die ab der Inanspruchnahme der Freistellung geschieht. Der Vorteil dieses Modells ist, dass der Sozialversicherungsschutz während des Zeitraums einer Freistellung erhalten bleibt. Der Arbeitsvertrag besteht in der Freistellungsphase fort, lediglich die arbeitsvertraglichen Pflichten ruhen. Die Rahmenbedingungen sowie detaillierte Vorschriften finden sich in den §§ 7, 7b – f sowie 23 SGB IV.

Die Voraussetzungen für ein wirksames Bruttosparen sind (§ 7 b SGB IV):

- schriftliche Vereinbarung
- Ziel nicht flexible Arbeitszeitgestaltung oder Ausgleich betrieblicher Arbeitszyklen
- Ansparen eines Wertguthabens in Form von Arbeitsentgelt
- Entnahme des eingebrachten Arbeitsentgelts nur bei Freistellung
- fälliges Freistellungsentgelt über 450 EUR/Monat

Eine extreme Form des Langzeitkontos ist das **Lebensarbeitszeitkonto**. Hier kann im Vorgriff auf den Ruhestand angespart werden, so dass der Arbeitnehmer früher in den Ruhestand gehen kann.

Die Einführung von Langzeitkonten durch den Arbeitgeber ist freiwillig, der Arbeitnehmer hat keinen gesetzlichen Anspruch darauf. Der Betriebsrat hat ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Ausgestaltung von Langzeitkonten (§ 87 Abs. 1 Ziff. 4 BetrVG).

### 3.7.7 Nebentätigkeiten

Die Grundrechte aus Art. 12 i. V. m. 2 GG schützen grundsätzlich die Freiheit, außerhalb der Arbeitszeit der Hauptbeschäftigung sowohl ehrenamtliche Tätigkeiten, z. B. im Sportverein, als auch (unentgeltliche oder entgeltliche) nebenberufliche Tätigkeiten auszuüben. Einschränkungen ergeben sich aus dem Interesse des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung vertrags- und ordnungsgemäß erfüllt. Daraus entnimmt die Rechtsprechung aus dem Gedanken der Treuepflicht des Arbeitnehmers (§ 242) eine Pflicht, dem Arbeitgeber die Aufnahme einer **Nebentätigkeit** anzuzeigen und seine Zustimmung einzuholen, wenn und soweit betriebliche Interessen betroffen sind. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass eine Nebentätigkeit ansonsten dem Arbeitgeber nicht einmal angezeigt werden muss. Für Arbeitgeber ist es empfehlenswert, die Ausübung einer Nebentätigkeit durch vertragliche Vereinbarung im Arbeitsvertrag an die Mitteilung und Erlaubnis des Arbeitgebers zu knüpfen. Nur so kann der Arbeitgeber letztlich auch prüfen, ob und inwieweit betriebliche Interessen betroffen sind. Entsprechende Klauseln sind ohne Weiteres, auch in Standard-Verträgen, zulässig.

Ein gesetzlicher Erlaubnisvorbehalt ergibt sich aus dem **Wettbewerbsverbot** gem. §§ 60 f. HGB. Die Vorschrift ist analog auf alle Arbeitsverhältnisse anzuwenden. Entscheidend ist hier, ob der Arbeitnehmer durch die konkrete Tätigkeit, die nicht unbedingt auf einem Arbeitsvertrag beruhen muss, dem Arbeitgeber Konkurrenz machen kann. Dem Arbeitnehmer ist es also ohne Anzeige- und Zustimmungsvorbehalt auch nicht gestattet, einem Arbeitskollegen aus Gefälligkeit bei einer konkurrierenden Tätigkeit zu helfen oder einen Mitbewerber seines Arbeitgebers zu unterstützen. Die Beurteilung geschieht rein hypothetisch, das konkrete Vorliegen einer Benachteiligung oder eines Schadens ist nicht erforderlich.

Eine erforderliche Zustimmung ist zu erteilen, wenn und soweit keine **betrieblichen Belange** entgegen stehen (BAG – 9 AZR 464/00). Solche entgegenstehenden Belange liegen vor, wenn die Nebentätigkeit die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers im Hauptarbeitsverhältnis mehr als nur unerheblich beeinträchtigt. Auch dürfen die **gesetzlichen Arbeitszeitgrenzen** nicht überschritten werden. Bei Beeinträchtigung der betrieblichen Belange besteht sodann kein Anspruch auf Zustimmung, der Arbeitgeber kann solcherlei Nebentätigkeiten also verbieten. Bei **Beamten** können für die Aufnahme einer Nebentätigkeit zudem zeitliche und inhaltliche Beschränkungen des öffentlichen Dienstrechts gelten. Auch hier muss der Beamte die Nebentätigkeit vom Dienstherrn genehmigen lassen.

### 3.7.8 Teilzeitarbeit

Gem. § 8 Abs. 1 TzBfG kann ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis vom Beginn der Lohnzahlungspflicht bis zum Zeitpunkt der vorgesehenen Verringerung der Arbeitszeit länger als sechs Monate bestanden hat, verlangen, dass seine (individuell- oder tarif-)vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird. Der Zeitpunkt der Lohnzahlungspflicht, also der Fälligkeit der Vergütung, ist frühestens am Monatsende des abgeleisteten Arbeitszeitraums, ggf. nach vertraglicher Vereinbarung auch später, so dass hier der jeweilige Einzelfall betrachtet werden muss. Unter den Begriff des Arbeitnehmers fallen auch Führungskräfte (leitende Angestellte) sowie Arbeitnehmer, für die bereits Teilzeitarbeit gilt. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 8 Abs. 7 TzBfG). Beschäftigte, die eine Berufsbildungsmaßnahme nach § 1 BBiG durchlaufen (Ausbildung, Umschulung, Fortbildung) oder Praktikanten bzw. Volontäre nach § 26 BBiG sind, werden bei der Berechnung der Mindestbetriebsgröße nicht mitgerechnet, wohl aber geringfügig beschäftigte Mitarbeiter („Mini-Jobber“). Es gilt ein „Pro-Kopf-Prinzip“, jeder Mitarbeiter zählt unabhängig vom Umfang seiner Arbeitsleistung mit dem Faktor 1,0, es findet keine quotale Berechnung wie bei § 23 KSchG statt.

In formeller Hinsicht ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer die Verringerung der Arbeitszeit mindestens drei Monate vor dem geplanten Antritt im Wege eines Antrags an den Arbeitgeber geltend macht. Zu beachten ist, dass zeitlich vor der dreimonatigen Ankündigungsfrist die oben genannte mindestens sechsmonatige Wartezeit besteht, so dass der Teilzeitananspruch faktisch frühestens nach Ablauf von neun Monaten seit Bestand des Arbeitsverhältnisses durchgeführt werden kann. Ein bestimmter Mindestumfang an Verringerung besteht nicht, eine Begründung ist nicht erforderlich. Im Antrag soll er allerdings angeben, wie er sich die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Tage vorstellt. Theoretisch vorstellbar ist nicht nur z. B. eine Reduzierung auf eine Halbtagsbeschäftigung, sondern auch eine mehrjährige Beschäftigung mit einem anschließenden Frei-Jahr oder eine Vollzeitbeschäftigung in arbeitsreichen Phasen mit entsprechendem Freizeitausgleich in ruhigen Phasen. Beide Vertragsparteien sollen den Antrag gemeinsam erörtern.

Der Arbeitgeber ist zur Zustimmung zum Arbeitnehmersvorschlag verpflichtet, soweit betriebliche Gründe nicht entgegen stehen. Ein betrieblicher Grund liegt nach § 8 Abs. 4 TzBfG dann vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht. Letzteres könnte dann der Fall sein, wenn zusätzliche Dienstwagen oder andere Sachmittel für neu einzustellende Beschäftigten bereit gestellt werden müssen, die den Arbeitgeber unverhältnismäßig finanziell belasten. Es muss sich nach der Gesetzesbegründung um „rational nachvollziehbare Gründe“ handeln. Das BAG (9 AZR 164/02) nimmt eine **Drei-Stufen-Prüfung** vor:

1. Zunächst ist das vom Arbeitgeber aufgestellte und durchgeführte Organisationskonzept festzustellen, das der vom Arbeitgeber als betrieblich erforderlich angesehenen Arbeitszeitregelung zugrunde liegt.
2. Dann ist zu überprüfen, ob die vom Organisationskonzept bedingte Arbeitszeitregelung tatsächlich der gewünschten Änderung der Arbeitszeit entgegen steht.
3. Abschließend ist zu prüfen, ob das Gewicht der entgegen stehenden betrieblichen Gründe so erheblich ist, dass die Erfüllung des Arbeitszeitwunsches des Arbeitnehmers zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Arbeitszeitorganisation, des Arbeitsablaufs, der Sicherung des Betriebs oder zu einer unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Belastung des Betriebs führen würde.

Ein Arbeitgeber muss nicht unbegrenzt allen Teilzeitwünschen aller Arbeitnehmer gerecht werden („Überforderungsschutz“). Wo die Grenze verläuft, ist umstritten, häufig werden Höchstgrenzen zwischen 5 und 10 % der Belegschaft vorgeschlagen. Im Tarifvertrag können Ablehnungsgründe mit verbindlicher Wirkung näher definiert werden. Für das Vorliegen eines betrieblichen Grundes ist der Arbeitgeber im Streitfall beweispflichtig.

---

**Fall**

3.7.8/Fall 22: Nach dem Erziehungsurlaub fordert die im Organisationsbereich tätige Mitarbeiterin AN von AG form- und fristgerecht eine Verkürzung der Arbeitszeit nach dem „Teilzeitgesetz“ von 40 auf 12 Wochenstunden. AG lehnt die Verkürzung mit der Begründung ab, die Stelle der AN sei nicht als Teilzeitstelle denkbar. Alle betrieblichen Projekte erforderten Vollzeitbeschäftigte. Die Arbeitnehmer müssten ständig ansprechbar sein. Bei einer Aufteilung auf Teilzeitstellen müsste einer dem anderen jeweils die Projektstände mitteilen, was zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Arbeitsabläufe führe. Auch sei keine geeignete Ersatzkraft zu bekommen. Kann AN von AG Zustimmung verlangen (ArbG Essen – 5 Ca 1373/01)? ◀

Wenn sich der Arbeitgeber auf das Vorliegen betrieblicher Gründe berufen will, muss er mindestens einen Monat vor der gewünschten Reduzierung der Arbeitszeit schriftlich widersprechen (§ 8 Abs. 5 S. 2, 3 TzBfG). Eine Fristversäumung gilt nach dem Gesetz als Zustimmung. Sowohl im Falle der Zustimmung als auch der berechtigten Ablehnung kann der Arbeitnehmer frühestens nach Ablauf von zwei Jahren nach der Arbeitgeberentscheidung eine erneute Verringerung beantragen (§ 8 Abs. 6 TzBfG).

Nach erfolgter Verringerung zum beantragten Stichtag gilt die neue Arbeitszeit mit entsprechend reduzierten Bezügen. Zur Höhe des reduzierten Arbeitsentgelts enthält § 4 Abs. 1 TzBfG lediglich den Hinweis, dass ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer mindestens in dem Umfang entlohnt werden muss, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht. In die Rechnung einzubeziehen sind nicht nur das Arbeitsentgelt, sondern auch Gratifikationen, Tantiemen,

sonstige Einmalzahlungen usw. Dagegen dürften Prämien für das tägliche Erscheinen eines Arbeitnehmers am Arbeitsplatz ausscheiden.

Gem. § 9a TzBfG kann der Teilzeitananspruch auch zeitlich begrenzt werden. Voraussetzung für diese sog. **Brückenteilzeit** ist, dass das Unternehmen des Arbeitgebers in der Regel mehr als 45 Arbeitnehmer beschäftigt. Gezählt wird pro Kopf, auch bei geringfügig Beschäftigten. Der wählbare Zeitraum kann zwischen einem und fünf Jahren liegen, wobei der Arbeitnehmer weder für den gewählten Zeitraum noch für seine dahinterstehende Motivationslage rechenschaftspflichtig ist. Nach § 9a Abs. 2 kann der Arbeitgeber das Teilzeitverlangen ablehnen, soweit betriebliche Gründe entgegenstehen, was grundsätzlich wie bei § 8 Abs. 4 TzBfG zu beurteilen ist. Zusätzlich kann er auch dann ablehnen, wenn sich die entgegenstehenden betrieblichen Gründe gerade auf die Befristung des Teilzeitbegehrens richten. In Betrieben zwischen 45 und 200 Arbeitnehmern steht nur einem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Brückenteilzeit zu. Eine weitere Verringerung oder Verlängerung seiner Arbeitszeit kann während der Brückenteilzeit nicht verlangt werden. Auch die Sperrfristen der Vorschrift sind zu beachten.

Neben einem Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit kommt unter gewissen Voraussetzungen auch ein Anspruch auf Verlängerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit in Betracht (BAG – 9 AZR 8/06). Das ergibt sich aus § 9 TzBfG. Es handelt sich nicht nur um einen formlosen gesetzlichen Appell, sondern eine Pflicht des Arbeitgebers zur Berücksichtigung etwaiger interner Stellenbesetzungswünsche. Der Mitarbeiter muss seinen Wunsch dem Arbeitgeber mitteilen, dann ist der Arbeitgeber verpflichtet, ihn im Falle freier Stellen zu informieren. Ein wunschgemäßer Arbeitsplatz muss es nicht sein. Im Falle des Interesses hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber von sich aus ein Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrages zu unterbreiten. In diesem Falle ist der Arbeitnehmer gegenüber externen Bewerbern vorrangig zu berücksichtigen. Im Falle der gesetzwidrigen anderweitigen Besetzung der Stelle kann der betroffene Arbeitnehmer Schadensersatz verlangen.

Eine andere Form gesetzlich geregelter Teilzeitarbeit ist die – hier nicht näher zu behandelnde – sog. **Elternteilzeit** (§ 15 Abs. 5 S. 1 BEEG).

Das Prüfungsschema zum Teilzeitananspruch lautet:

- Der Arbeitsvertrag besteht ununterbrochen länger als sechs Monate nach dem Beginn der Lohnzahlungspflicht (§ 8 Abs. 1 TzBfG)
- Der Arbeitgeber beschäftigt in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer (§ 8 Abs. 7 TzBfG)
- Der Teilzeitwunsch wird vom Arbeitnehmer mindestens drei Monate vorher geltend gemacht (§ 8 Abs. 2 TzBfG)
- Dem Teilzeitwunsch stehen keine betrieblichen Gründe entgegen (§ 8 Abs. 4 TzBfG)



### 3.7.9 „Mini-Job“

Geringfügig entlohnte Beschäftigungsverhältnisse sind solche, bei denen die Verdienstgrenze (Geringfügigkeitsgrenze) 450 EUR/Monat nicht übersteigt. Solche „**Mini-Jobs**“ werden gesetzlich in verschiedener Hinsicht privilegiert. Es sind lediglich pauschale Abgaben in Höhe von ca. 30 % abzuführen (15 % Rentenversicherung, 13 % Krankenversicherung, 2 % Pauschalsteuer inkl. Kirchensteuer und Solizuschlag, ca. 1 % für Lohnfortzahlung im Krankheitsfall sowie Insolvenzgeldumlage). Hinzu kommt die gesetzliche Unfallversicherung. Eine Anrechnung anderer Einkünfte aus Hauptberuf oder Rente erfolgt nicht, wenn und soweit nur ein Mini-Job ausgeübt wird. Ein darüber hinausgehendes Privileg gilt für private Arbeitgeber, die eine Haushaltshilfe beschäftigen. Für eine solche Beschäftigte sind pauschale Abgaben von insgesamt nur 12 % zu zahlen (5 % Rentenversicherung, 5 % Krankenversicherung, 2 % Steuern, 2,4 % Lohnfortzahlung und Unfallversicherung). Es erfolgt allerdings keine steuerliche Geltendmachung als Betriebsausgaben oder Werbungskosten. Lediglich ein pauschaler Abzug von 10 % der Aufwendungen ist möglich.

Minijobs werden automatisch versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung. Die Betroffenen müssen dann aus eigenen Mitteln die über den Arbeitgeberbeitrag (15 %) hinausgehende Differenz zum allgemeinen Beitragssatz (derzeit 18,9 %) ausgleichen. Auf Antrag an den Arbeitgeber ist eine Befreiung von der Versicherungspflicht möglich. Angesichts knapper Rentenkassen ist dies überlegenswert. Allerdings erwerben die Beschäftigten im Falle einer Rentenversicherung Pflichtversicherungsjahre und damit Ansprüche auf das Leistungsspektrum der gesetzlichen Rentenversicherung im Alter. Interessant dürfte dies vor allem wegen des gesetzlich beschlossenen Anspruchs auf ein Ausscheiden aus dem Arbeitsleben nach 45 Berufsjahren bei vollen Rentenbezügen sein.

Die An- und Abmeldung von geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen geschieht über ein **vereinfachtes Meldeverfahren** und eine vereinfachte Handhabung bei der Abführung der Sozialbeiträge und Steuern. Zuständig ist die „Minijob-Zentrale“ bei der Bundesknappschaft in Cottbus ([minijob-zentrale.de](http://minijob-zentrale.de)). Dort stehen die entsprechenden Formulare zum Herunterladen zur Verfügung.

Eine gelegentliche und nicht vorhersehbare Überschreitung der 450 EUR-Verdienstgrenze ist möglich. „Gelegentlich“ bedeutet maximal zwei Monate, wobei es keine Lohn-Obergrenze gibt. „Unvorhersehbar“ ist z. B. eine Krankheitsvertretung, nicht aber eine Urlaubsvertretung oder die Zahlung von Weihnachts- oder Urlaubsgeld. Pro Jahr wird allerdings eine „Erholungsbeihilfe“ in Höhe von 156 EUR anerkannt, ohne dass dadurch die Obergrenze überschritten wird.



### 3.7.10 Kurzarbeit

Durch die Einführung von Kurzarbeit im Sinne einer reduzierten Regelarbeitszeit soll für Unternehmen die Möglichkeit geschaffen werden, in Krisenzeiten (z. B. Corona-Pandemie) die Personalkosten zu reduzieren. Dadurch wird der Betrieb einerseits wirtschaftlich entlastet. Andererseits bleiben die Arbeitskräfte dem Betrieb erhalten, Kündigungen werden vermieden. Es besteht allerdings keine Verpflichtung für den Arbeitgeber, Kurzarbeit einzuführen, um z. B. betriebsbedingte Kündigungen zu vermeiden (BAG – 2 AZR 564/85).

Der Arbeitgeber darf Kurzarbeit nur bei Bestehen einer Rechtsgrundlage anordnen. Diese kann sich aus einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung (strittig) oder einer Individualvereinbarung (Arbeitsvertrag) ergeben. In Betrieben mit Betriebsrat ist die Anordnung von Kurzarbeit darüber hinaus nur wirksam, wenn der Betriebsrat der Kurzarbeit zugestimmt hat (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). Eine Anordnung von Kurzarbeit über die bloße Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers (§ 106 GewO) wäre also unzulässig.

Angemeldet werden kann Kurzarbeit nach § 169 SGB III, wenn

- es einen „erheblichen Arbeitsausfall“ gibt, der auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht,
- der Arbeitsausfall vorübergehend ist und
- es begründete Hoffnung auf eine Besserung der Lage gibt.

Zudem müssen im jeweiligen Kalendermonat mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer eines Betriebes oder einer Betriebsabteilung von einer Entgelteinbuße von mehr als 10% ihres Bruttoeinkommens betroffen sein. Der Arbeitsausfall ist der Arbeitsagentur schriftlich durch den Arbeitgeber anzuzeigen und mit einer Stellungnahme des Betriebsrats zu versehen, sofern es in dem Betrieb einen solchen gibt. Die zuständige Agentur für Arbeit entscheidet dann, ob die Voraussetzungen vorliegen. In einer zweiten Stufe wird dann über die Zahlung von Kurzarbeitergeld entschieden. Für das Anmeldeverfahren in beiden Stufen gibt es Vordrucke von der Bundesagentur für Arbeit, deren Verwendung zu empfehlen ist.

Kurzarbeit ist grundsätzlich auf sechs Monate begrenzt (§ 177 Abs. 1 SGB III). Liegen jedoch außergewöhnliche Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt vor, wie dies etwa im Gefolge der Finanzkrise 2008/2009 oder durch die Corona-Pandemie der Fall war, kann sie durch Rechtsverordnung auf bis zu 24 Monate ausgedehnt werden (§ 182 Abs. 1 Nr. 3 SGB III). Auf diese Weise wurde die Bezugsfrist bei Arbeitnehmern, deren Anspruch auf Kurzarbeitergeld im Gefolge der Finanzkrise, d. h. in der Zeit vom 1.1 – 31.12.2010 entstanden war, auf bis zu 18 Monate verlängert. Die Bezugsdauer gilt einheitlich für alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer.

Rechtsfolge einer Anordnung von Kurzarbeit ist, dass die vertraglichen Hauptleistungspflichten aus den jeweiligen Arbeitsverträgen für die Dauer der Anordnung

ganz oder teilweise **suspendiert** sind. Die Arbeitnehmer sind also während der Kurzarbeit nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet, erhalten auf der anderen Seite aber auch entsprechend weniger oder gar kein Gehalt. Der dadurch entstehende Verdienstaufschlag wird durch die Bundesagentur für Arbeit in gewisser Höhe ausgeglichen (sog. **Kurzarbeitergeld**). Voraussetzung ist ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltsausfall. Ausreichend für den Bezug von Kurzarbeitergeld ist grundsätzlich schon die Beschäftigung. Die näheren Vorschriften sind in den §§ 95 ff. SGB III geregelt. Betriebsbedingte Kündigungen während der Kurzarbeit bleiben möglich.

---

## 3.8 Vergütung

### 3.8.1 Allgemeines

Wichtige **Vergütungsgrundsätze** sind in den §§ 107 f. GewO geregelt. Das Arbeitsentgelt ist in Euro zu berechnen und auszuzahlen. Das kann in der Praxis zu Problemen führen, wenn Arbeitnehmer außerhalb des EU-Raums eingesetzt werden. Der **Erhalt von Sachbezügen** anstelle von Geld kann vereinbart werden, wenn dies dem Interesse des Arbeitnehmers und der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Der Arbeitgeber darf dem Arbeitnehmer allerdings keine Waren auf Kredit überlassen. Dadurch sollen über das Arbeitsverhältnis hinausgehende Abhängigkeitsverhältnisse verhindert werden. Weitere Einzelheiten zu Sachbezügen enthält § 107 Abs. 2 GewO. Dass der Arbeitnehmer im Zuge seiner Tätigkeit **Trinkgelder** erhält, gibt dem Arbeitgeber nach § 107 Abs. 3 GewO nicht das Recht, auf die Zahlung einer Vergütung zu verzichten. Die Vorschrift enthält auch eine Definition des Begriffes „Trinkgeld“. Dem Arbeitnehmer muss nach § 108 GewO eine **Abrechnung** des Arbeitsentgelts mindestens in Textform erteilt werden (s. hierzu § 126b, E-Mail oder elektronische Abrechnung genügt). Diese muss mindestens Angaben über den Abrechnungszeitraum und die Zusammensetzung des Arbeitsentgelts enthalten (s. auch die weiteren Gebote des § 108 Abs. 1 S. 2 GewO). Die Verpflichtung zur Abrechnung entfällt gem. § 108 Abs. 2 GewO nur dann, wenn sich die Angaben gegenüber der letzten ordnungsgemäßen Abrechnung nicht verändert haben.

Für gleiche oder gleichwertige Leistung darf der Arbeitgeber nicht wegen des Geschlechts eine unterschiedliche Vergütung zahlen. Dieses Verbot gilt auch in Bezug auf Teilzeitarbeit, bei der nach § 4 TzBfG ein allgemeines Diskriminierungsverbot besteht. Rechtsfolge bei einem Verstoß ist eine „Gleichbehandlung nach oben“. Das bedeutet, dass die benachteiligten Arbeitnehmer Anspruch auf die höhere Leistung haben.

Zur besseren Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs besteht in größeren Unternehmen mit mehr als 200 Mitarbeitern das Recht von Beschäftigten, auf Antrag anonymisierte Auskünfte über die Lohnhöhe vergleichbarer Kollegen zu erhalten (EntgTranspG)

### 3.8.2 Höhe

Hinsichtlich der **Höhe der Vergütung** bestehen außerhalb gesetzlicher Mindestlöhne oder tariflicher Mindestentgelte nur allgemeine gesetzliche Rahmenbedingungen. Der Arbeitgeber ist nach dem AGG verpflichtet, beim Vorliegen vergleichbarer Sachlagen die Arbeitnehmer gleich zu behandeln (Gleichbehandlungs- bzw. Gleichberechtigungsgrundsatz). Wenn und soweit also der Arbeitgeber sämtlichen Beschäftigten nach den von ihm aufgestellten Regeln das Gehalt nach einem gleichen Prinzip gewährt, muss er sich bei jedem einzelnen Arbeitnehmer daran halten. Hierzu müsste er beispielsweise bestimmte Zwecke der Gehaltszahlung festgelegt oder bestimmte allgemeine Vergütungssysteme eingeführt haben (sog. **Gesamtzusage**). „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ gilt also insoweit auch im rechtlichen Sinne. Eine Ungleichbehandlung wäre insoweit als Form von Diskriminierung nicht zu rechtfertigen.

Außerhalb dieses Rahmens gelten für den Arbeitgeber dagegen bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit keine Beschränkungen (BAG – 5 AZR 806/98). Bei der Prüfung von Sittenwidrigkeit legt die Rechtsprechung großes Gewicht auf die Begleitumstände des Vertragsschlusses. Maßgeblich ist, dass das Geschäft nach Inhalt, Zweck, Beweggrund und Gesamtcharakter nicht mehr den guten Sitten entspricht. Insgesamt geht es aber lediglich um den Ausgleich und die Korrektur eklatanter Schieflagen. Soweit diese nicht bestehen, ist also der Arbeitgeber durchaus berechtigt, in individuellen Fällen z. B. individuell unterschiedliche Gehälter mit Arbeitnehmern auszuhandeln (BAG – 5 AZR 43/04). Außerhalb gesetzlicher Mindestlöhne ist es auch nicht automatisch sittenwidrig, wenn niedrige Löhne, z. B. unterhalb des Sozialhilfeniveaus, gezahlt werden (BAG – 5 AZR 303/03). Entscheidend ist, ob Leistung und Entgelt nach den Umständen des Einzelfalls in einem Missverhältnis stehen. Eine Vergütung, die sich am tariflichen Mindestlohn orientiert, kann demgemäß nicht sittenwidrig sein. Hinsichtlich der Vergütung von Auszubildenden hat das BAG entschieden, dass ein Lohn, der weniger als 20 % der tariflichen Ausbildungsvergütung beträgt, unangemessen ist. Rechtsgrundlage ist hier § 17 BBiG, welcher die Zahlung einer angemessenen Ausbildungsvergütung vorschreibt. Bei einer Erkrankung des Arbeitnehmers richtet sich die Zahlung der Vergütung in Form der Entgeltfortzahlung an der tatsächlichen Arbeitszeit, nicht nach der vertraglichen. Falls der Arbeitnehmer in der Vergangenheit regelmäßig Überstunden geleistet hat, sind also entsprechende Höhervergütungen auch im Krankheitsfall zu entrichten (BAG – 5 AZR 457/00).

### 3.8.3 Gesetzlicher Mindestlohn

Rechtsgrundlage ist das Mindestlohngesetz (MiLoG). Darin ist ein gesetzlicher Anspruch des Arbeitnehmers auf einen Mindestlohn geregelt, die eigenständig neben den arbeits- oder tarifvertraglichen Entgeltanspruch tritt. Dieser besteht bezüglich jeder geleisteten Arbeitsstunde („Euro X je Zeitstunde“), nicht jedoch in den Fällen der §§ 615, 616.

Der Anwendungsbereich betrifft alle Arbeitnehmer (§ 1 MiLoG) aller Branchen (§ 2 MiLoG). Auch umfasst sind Beschäftigte in Betrieben mit Sitz im Ausland, die vom ausländischen Arbeitgeber ins Inland entsandt werden oder die im Inland rekrutiert werden (§ 2 Ziff. 9 MiLoG). Die Höhe des gesetzlichen Mindestlohns variiert je nach den Entscheidungen des parlamentarischen Gesetzgebers, seit 01.01.2020 beträgt er 9,35 EUR je Zeitstunde. Anrechenbar auf den Mindestlohn sind Zuschläge oder Zulagen, allgemein jede Form der finanziellen Zuwendung für geleistete Arbeit, die Erfüllungswirkung für die Vergütungspflicht des Arbeitgebers hat (§ 362). Bei Einmalleistungen findet eine monatliche Durchschnittsbetrachtung statt. Keine Anrechnung besteht dagegen bezüglich freiwilliger Gratifikationen, z. B. Urlaubsgeld oder Jahressonderzahlungen. Auch Sachleistungen oder sonstige Leistungen, die keinen Entgeltcharakter haben, werden nicht berücksichtigt (z. B. Trinkgelder).

Schwierigkeiten bereiten in der Praxis die mit der Durchführung des Gesetzes einhergehende Bürokratie sowie bestehende Haftungsrisiken. Beispielsweise unterliegt der Arbeitgeber als Generalunternehmer einer Bürgenhaftung für seine Subunternehmer, wenn dort das MiLoG nicht eingehalten wird. Beschäftigte des Subunternehmers können sich bezüglich ihrer finanziellen Ausfälle direkt an den Generalunternehmer wenden.

---

**Merke**

Der Studienvertrag, den DHBW-Studierende mit ihrem Dualen Partner schließen, stellt ein „anderes Vertragsverhältnis“ im Sinne des § 26 BBiG dar. Die Praxisphasen werden insoweit als „Pflichtpraktika“ angesehen. Deshalb unterfallen sie der „hochschulrechtlichen Bestimmung“ des § 22 Ziff. 1 MiLoG und sind deshalb vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Das heißt, die Vergütung der DHBW-Studierenden orientiert sich nicht an den Vorgaben des gesetzlichen Mindestlohns (vgl. hierzu auch BT-Drs. 18/2010 (neu), S. 24)). ◀

Branchenspezifische Mindestlohnbestimmungen sind vorrangig, z. B. bei Arbeitsüberlassung oder Zeitarbeit (§ 3a AÜG) oder bei Arbeitnehmer-Entsendung (§§ 4, 7a AEntG).

Im Falle einer Klage des Arbeitnehmers auf Gewährung des Mindestlohns gilt zu seinen Gunsten eine **Beweislastumkehr**. Der Arbeitnehmer muss lediglich die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden schlüssig darlegen und im Bestreitensfalle beweisen. Die Vorschriften des MiLoG sind unabdingbar im Sinne des § 3 S.1 MiLoG.

Der gesetzliche Mindestlohn ist für die einen eine der wichtigsten sozialpolitischen Errungenschaften seit Jahren. Für die anderen ist es ein „Schlag ins Gesicht“ einer Marktwirtschaft, bei der Unternehmen durch staatlich verordnete Löhne Produktivitätsverluste erleiden und selbst ungelernte Arbeitskräfte zu teilweise überhöhten Lohnkosten beschäftigen müssen. Auch die Wiedereintrittsbarrieren für Langzeitarbeitslose sind nach Ansicht vieler dadurch gestiegen. In der Praxis hat das MiLoG jedenfalls dazu beigetragen, den Abstand zwischen denjenigen, die einer bezahlten Arbeit nachgehen,

und denjenigen, die ohne Arbeitsleistung Sozialleistungen beziehen, zu vergrößern, was grundsätzlich zu befürworten ist.

### 3.8.4 Vergütung für Mehrarbeit

Im Zweifel hat ein Arbeitnehmer, der Mehrarbeit erbringt, auch ohne besondere Vergütungsabrede **Anspruch auf Vergütung** gem. § 612 Abs. 2. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber die entsprechende Arbeit ausdrücklich angeordnet hat und ihre Verrichtung im betrieblichen Interesse erforderlich war. Die Überstundenvergütung muss selbst dann gezahlt werden, wenn der Arbeitnehmer dabei gegen gesetzliche Arbeitszeitregelungen verstößt (LAG Rheinland-Pfalz – 10 Sa 251/01). Aus dem Rechtsverstoß folgt nicht, dass der Arbeitnehmer während dieser Zeit unentgeltlich arbeiten müsste. Explizite Vergütungsregelungen können aber auch in einem Arbeitsvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag geregelt sein. Die Tarifparteien sind berechtigt, eine unterschiedliche Vergütung bestimmter Arbeitszeiten vorzusehen (BAG – 9 AZR 574/15).

---

#### Fall

3.8.4/Fall 23: Der Standard-Arbeitsvertrag eines kaufmännischen Angestellten enthält die Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung von Mehrarbeit im Rahmen der Grenzen des ArbZG, die durch die Bruttovergütung abgegolten ist. Zu Recht?

Variante: Die entsprechende Klausel sieht eine Verpflichtung zur Mehrarbeit ohne besondere Bezahlung „bei betrieblichem Erfordernis vor“. Wirksam (BAG – 5 AZR 765/10)? ◀

Die unbegrenzte Abgeltung geleisteter Überstunden mit dem Bruttogehalt stellt bei einem „normalen“ Arbeitnehmer einen Verstoß gegen das Transparenzgebot und damit eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 dar. Eine solche Klausel ist daher unzulässig (BAG – 5 AZR 517/09). Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Umfang der Abgeltung nicht klar definiert ist. Eine Grenze könnte z. B. die nach Arbeitszeitgesetz zulässige Höchstarbeitszeit oder eine fest definierte Überstundenzahl sein. Ein Beispiel wäre eine Klausel, wonach die ersten 20 Überstunden des Monats als mit der Vergütung abgegolten gelten. Wenn der Arbeitnehmer „Dienste höherer Art“ erbringt und hierfür ein überdurchschnittlich hohes Jahresgehalt erhält, fällt die Überstundenvergütung aus (BAG – 5 AZR 406/10). In der Praxis wirft die Frage, wann „Dienste höherer Art“ vorliegen, Schwierigkeiten auf.

Wichtig ist, dass ein Arbeitnehmer Überstundenvergütung vor Gericht nur dann erfolgreich einklagen kann, wenn er die zusätzliche Arbeitszeit nachvollziehbar aufgelistet hat (LAG Rheinland-Pfalz – 6 Sa 799/04). Bei Fahrern oder Beifahrern im

Berufsverkehr genügen z. B. Aufzeichnungen nach § 21a ArbZG. Optimalerweise sollte der Arbeitgeber diese Aufzeichnung gegengezeichnet haben, damit im Zweifel der Nachweis gelingt, dass die Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet waren. Pauschale oder unklare Aufzeichnungen gehen im Zweifel zulasten des Arbeitnehmers, denn dieser ist für die Überstunden beweispflichtig. Je länger der Arbeitnehmer mit der Geltendmachung solcher Ansprüche wartet, umso schwerer wird es tendenziell, den erforderlichen Beweis zu erbringen. Im Prozess müssen die Parteien ihre Behauptungen detailliert in Schriftsätzen ausführen. Es genügt nicht, sich lediglich auf beigefügte Anlagen zu beziehen. Denn es ist nicht die Aufgabe des Gerichts, sich den Sachverhalt aus diversen Unterlagen zusammen zu suchen (BAG – 5 AZR 347/11).

### 3.8.5 Variable Bestandteile

Variable Vergütungsmodelle haben in den letzten Jahren insbesondere bezüglich höher qualifizierter Arbeitnehmer zugenommen. Über eine Vereinbarung im individuellen Arbeitsverhältnis hinaus können entsprechende Gehaltsbestandteile auch in Tarifverträgen, beispielsweise im öffentlichen Dienst, oder in Betriebsvereinbarungen geregelt sein.

Ein Beispiel sind **Bonuszahlungen** (Boni). Diese werden z. B. bei Übererfüllung der gesamtunternehmerischen Gewinnziele als Belohnung an die Belegschaft ausbezahlt. Dadurch sollen erbrachte Leistungen honoriert und der Arbeitnehmer soll im Arbeitsverhältnis gehalten bzw. gebunden werden. Vereinbarungen, die beide Ziele in dem Sinne verknüpfen, dass die Gewährung unter dem Vorbehalt einer bestimmten künftigen Beschäftigungszeit im Betrieb steht und bei vorzeitiger Kündigung zurück gezahlt werden müssen (**Sonderzahlung mit Mischcharakter**), können unter dem Gesichtspunkt des § 307 wegen unangemessener Benachteiligung des Arbeitnehmers rechtswidrig und damit unwirksam sein (BAG – 10 AZR 612/10). Das Gericht geht von einer Unvereinbarkeit solcher Klauseln gegen den Grundgedanken des § 611 aus, wonach es verboten ist, dass dem Arbeitnehmer bereits erarbeiteter Lohn wieder entzogen wird. Außerdem werde unter Verstoß gegen Art. 12 GG die Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmer unangemessen erschwert. Im Zweifel sollten also beide Ziele separat belohnt und vergütet werden. In bestimmten Bereichen bestehen gesetzliche Obergrenzen für Bonuszahlungen, z. B. im Bankenbereich nach § 25a KWG. Nach dieser Vorschrift darf die variable Vergütung von Mitarbeitern, Geschäftsführern und Vorständen in Kreditinstituten „nur“ max. 100 % ihrer Fixvergütung betragen. Unter restriktiven Voraussetzungen sind Ausnahmen nach oben möglich. Diese bedürfen allerdings der qualifizierten Mehrheit der Anteilseigner der Bank.

Die Vereinbarung von Sonderzahlungen in Form eines „Gesundheitsbonus“ als Teil des Arbeitsvertrags oder im Wege der Zielvereinbarung sind unwirksam (LAG München – 8 Sa 131/09), weil dem Arbeitnehmer nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz

im Krankheitsfalle kein Nachteil entstehen darf. Als freiwillige Gratifikation (siehe Abschn. 3.8.6) soll dies jedoch möglich sein.

### 3.8.6 Speziell: Zielvereinbarungen

Ein Beispiel moderner Vergütungssysteme sind **Zielvereinbarungen**. Die Arbeitsvertragsparteien vereinbaren darin bestimmte zu erreichende Jahresziele. Bei Übererfüllung werden Zusatzvergütungen fällig, bei Untererfüllung nicht. Die Art und Weise der Zielerreichung wird dabei meist dem Arbeitnehmer eigenständig überantwortet.

Zielvereinbarungen widersprechen den althergebrachten Vorstellungen des Arbeitsrechts, wonach ein Arbeitnehmer keinen Erfolg, sondern lediglich seine Arbeitsleistung als solche schuldet. Gleichwohl sind Erfolgsbeteiligungen dieser Art grundsätzlich möglich und zulässig. Auf diese Weise sollen nicht ausgeschöpfte Leistungspotenziale der Mitarbeiter aktiviert werden. Ggf. ist ein **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats** zu beachten, der in Fragen der betrieblichen Lohngestaltung mitbestimmen kann, wenn es um kollektive Grundsätze geht. Wenn der Arbeitsvertrag variable Gehaltbausteine vorsieht, muss grundsätzlich der Arbeitgeber die Initiative ergreifen und den Arbeitnehmer zum Gespräch über seine Ziele bitten (BAG – 10 AZR 97/07). Die individualvertragliche Einführung von Zielvereinbarungen in den Arbeitsvertrag ist nicht nur einseitige Arbeitgeberweisung (Ausübung des Direktionsrechts), sondern grundsätzlich nur durch eine beiderseitige (schriftliche) Vereinbarung möglich. Empfehlenswerte Bestandteile einer solchen Vereinbarung sind:

- Begrenzung der Zahl zu erreichender Ziele (max. ca. 3–5)
- klare und eindeutige Formulierung der Ziele
- Messbarkeit der Ziele
- ggf. Einbau von Zwischenzielen (Milestones)

Die Festlegung der Höhe der auf der Zielerreichung beruhenden Sonderzahlung steht im Ermessen der Vertragsparteien. Das garantierte Festgehalt muss jedoch mindestens 80 % des branchenüblichen Entgelts betragen, ansonsten kann die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten sein. Es besteht keine Erfüllungspflicht im Hinblick auf die Zielerreichung. Eine Verlustbeteiligung bei Untererfüllung wäre sittenwidrig und damit unzulässig. Auch die Vereinbarung von Rückzahlungspflichten bei unterdurchschnittlicher künftiger Arbeitsleistung ist regelmäßig unwirksam (LAG Hamm – 17 Sa 1185/10). Beweispflichtig für die Zielerreichung ist im Zweifel der Arbeitnehmer. Deshalb empfiehlt es sich auch insoweit, die Leistungen und die Arbeit zu dokumentieren und vom Arbeitgeber gegenzeichnen zu lassen. Ein Anspruch des Arbeitnehmers darauf, dass der Arbeitgeber optimale Bedingungen für eine Zielerreichung schafft, besteht nicht (BAG – 8 AZR 98/11). Bei Krankheit wird der Arbeitnehmer so behandelt, als hätte er in dieser Zeit die gleichen Erfolge erzielt wie in den Monaten zuvor. Dasselbe gilt für



Frauen im Mutterschutz und freigestellte Betriebsräte. Zu beachten ist, dass aufgrund der spezifischeren Festlegungen der vertraglichen Leistungspflichten des Arbeitnehmers aufgrund von Zielvereinbarungen der Kündigungsmaßstab (z. B. für eine verhaltensbedingte Kündigung) zulasten des Arbeitnehmers verschoben sein kann.

Ein in der Praxis häufiges Problem besteht darin, dass der Arbeitsvertrag zwar variable Vergütungsbestandteile enthält. Jedoch fehlt es an der Vereinbarung eines zu erreichenden Zieles, obwohl der Arbeitgeber hierzu verpflichtet ist. Fraglich kann dann sein, ob und wann trotz fehlender Messbarkeit der Zielerreichung Anspruch auf das volle Zielgehalt besteht. Nach den Regeln der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157) darf ein Arbeitnehmer bereits bei durchschnittlicher oder geringfügig überdurchschnittlicher Arbeitsleistung darauf vertrauen, das Gesamtjahreseinkommen verdienen zu können. Vor diesem Hintergrund besteht eine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers, wenn die Sonderzahlung nicht erfolgt. Die Höhe kann jedoch mangels Bemühen des Arbeitnehmers um eine klare Definition der Ziele reduziert sein (Mitverschulden, § 254).

Der Arbeitgeber darf die Auszahlung einer leistungsorientierten Sondervergütung nicht davon abhängig machen, dass das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Auszahlung noch ungekündigt besteht (BAG – 1 AZR 412/09). Bei solchen Sondervergütungen handelt es sich um unmittelbare Gegenleistung für geleistete Arbeit aufgrund eines persönlichen und wirtschaftlichen Erfolgs des Arbeitnehmers und damit um ein „echtes Arbeitsentgelt“. Deshalb stellen entsprechende „**Stichtagsklauseln**“ in der Vereinbarung eine unzulässige Lohnkürzung und Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers dar. Bei nicht personenbezogenen Sondervergütungen (Tantiemen, Gratifikationen oder Prämien) können „Stichtagsklauseln“ jedoch zulässig sein, zumindest dann, wenn sie die Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers nicht unzumutbar einschränken.

### 3.8.7 Gratifikationen

Gratifikationen sind freiwillig gewährte Zusatzvergütungen, beispielsweise in Form von **Urlaubs- oder Weihnachtsgeld** bzw. **Jubiläumszahlungen** aufgrund langer Betriebszugehörigkeit, zu deren Zahlung der Arbeitgeber nicht schon aus anderen Gründen (z. B. Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung) verpflichtet ist. Die Gewährung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld ist in den Unternehmen seit Jahren rückläufig, jedenfalls bei kleineren Unternehmen. Eine gesetzliche Pflicht zur Gewährung solcher Zusatzleistungen besteht nicht. Die Parteien sind aber frei, dies vertraglich zu vereinbaren. In vielen Tarifverträgen sind Gratifikationen wie Weihnachtsgeld als fester Prozentsatz vom Bruttoeinkommen festgeschrieben.

Unter gewissen Umständen kann sich nach der Rechtsprechung für Arbeitgeber auch eine ungeschriebene Pflicht zur Zahlung von Gratifikationen ergeben. Begründet werden kann diese aus einer sog. **betrieblichen Übung**, wenn z. B. das Weihnachtsgeld mehr als dreimal hintereinander vorbehaltlos gewährt wird (BAG – 10 AZR 290/98). Dies kann



dadurch verhindert werden, dass der Arbeitgeber von Beginn an im Arbeitsvertrag einen ausdrücklichen Vorbehalt erklärt.

---

**Merke**

Eine hinreichende Erklärung ist z. B. „Die Zahlung ist einmalig und schließt künftige Ansprüche aus.“ Dies muss er jedem einzelnen Arbeitnehmer gegenüber im Vertrag erklären bzw. mit ihm vereinbaren. Ein allgemeiner Aushang am „Schwarzen Brett“ reicht nicht aus (LAG Rheinland-Pfalz – 1 Sa 1116/03), ebenso wenig ein bloßer allgemeiner Hinweis, dass es sich um eine „freiwillige soziale Leistung“ handelt (BAG – 10 AZR 177/12). ◀

Wenn eine solche Vertragsklausel später hinzukommt, ist zusätzlich erforderlich, dass der Arbeitnehmer einer solchen Erklärung und der neuen Handhabung über Zeitraum von drei Jahren nicht widerspricht. Dadurch kommt ausnahmsweise einem Schweigen der Charakter einer Willenserklärung zu und es kommt eine konkludente Vereinbarung zustande, die eine geänderte betriebliche Übung begründet und aufgrund derer der Arbeitgeber zur Zahlung von Weihnachtsgeld in der Zukunft nicht mehr verpflichtet ist. In diesem Falle zählt die (verobjektivierte) Sichtweise des Arbeitgebers. Wenn dieser unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und vor dem Hintergrund des § 242 damit rechnen konnte, dass der Arbeitnehmer einverstanden ist, weil er nicht widerspricht, wird die Änderung zum Inhalt des Arbeitsvertrages. Über die hier geschilderte Rechtsprechung hinaus kann eine einmal begründete betriebliche Übung nicht durch Gründe wie etwa eine wirtschaftliche Notlage oder dergleichen geändert werden (OLG Hamm – 8 Sa 721/04). Dem Arbeitgeber ist es auch gestattet, Sonderzahlungen wie Weihnachtsgeld mit Bindungsklauseln zu versehen, solange die Zahlungen nicht ausschließlich Gegenleistung für erbrachte Arbeitsleistungen sind (BAG – 10 AZR 261/06).

Eine betriebliche Übung kann nicht nur bezüglich Urlaubs- oder Weihnachtsgeld, sondern z. B. auch bezüglich übertariflicher Leistungen entstehen (BAG – 10 AZR 571/11).

---

## **3.9 Urlaub**

### **3.9.1 Allgemeines**

Rechtsgrundlage ist das **Bundesurlaubsgesetz (BUrlG)**. Danach haben alle Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub (§ 1 BUrlG). Vom Arbeitnehmerbegriff sind in diesem Zusammenhang Arbeiter, Angestellte, Auszubildende und arbeitnehmerähnliche Personen umfasst (§ 2 BUrlG).

Der Urlaubsanspruch ist gesetzlich unabdingbar, ein individueller Verzicht der Arbeitsvertragsparteien ist nicht wirksam. Eine Ausnahme gilt z. B. bei der Inanspruchnahme von Elternzeit.

Voraussetzung ist der Bestand des Arbeitsverhältnisses, nicht ob tatsächlich auch gearbeitet wurde. Der 24.12. (Heiligabend) und der 31.12. (Silvester) sind nach den Feiertagsgesetzen der Bundesländer Werktage, für diese Tage besteht also kein gesetzlicher Freistellungs- oder Urlaubsanspruch. Abweichende Regelungen können sich aus Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder einer individuellen Regelung im Arbeitsvertrag ergeben, ggf. auch aus einer betrieblichen Übung.

### 3.9.2 Dauer

Nach § 3 BUrlG gilt zwar ein gesetzlicher Mindesturlaubsanspruch von 24 Werktagen pro Kalenderjahr. Hierbei ging der Gesetzgeber jedoch noch von einer Sechstage-Werkwoche unter Einschluss des Samstags aus, vgl. § 3 Abs. 2 BUrlG. Vor dem Hintergrund des heutigen Standards einer Fünftage-Werkwoche wendet die Rechtsprechung eine Umrechnungsformel an. Sie dividiert den Gesamtanspruch durch 6 und multipliziert das Ergebnis mit 5. Das Ergebnis ist ein gesetzlicher **Mindesturlaubsanspruch** von 20 Arbeitstagen. Bei Teilzeitbeschäftigungen gilt eine abweichende Berechnungsformel. Erworben wird der volle gesetzliche Urlaubsanspruch nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses (§ 4 BUrlG). Nach § 6 BUrlG reduziert sich die Dauer des Urlaubsanspruchs um den Zeitraum, in welchem der Arbeitnehmer bereits vom früheren Arbeitgeber Urlaub erhalten hat. Der Urlaubsanspruch besteht in vollem Umfang, wenn das Arbeitsverhältnis in der zweiten Jahreshälfte endet.

Eine **Altersdifferenzierung** der Dauer des Urlaubs ist ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes diskriminierend und damit unwirksam. Individual- oder tarifvertragliche Urlaubsprivilegien für „ältere“ Arbeitnehmer, jedenfalls ab dem 30. oder 40. Lebensjahr, sind deshalb im Regelfall rechtswidrig (BAG, 9 AZR 529/10). Ein erhöhtes Urlaubsbedürfnis kann dagegen für Arbeitnehmer ab dem 50. Lebensjahr bestehen, zumal wenn sie körperlich ermüdende und schwere Arbeit leisten (z. B. in der industriellen Produktion).

Bei einer **Teilzeitbeschäftigung** hängt die Zahl der Urlaubstage davon ab, wie die Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage verteilt wird. Wenn der Arbeitnehmer trotz Teilzeitarbeit an fünf Werktagen pro Woche arbeitet, steht ihm dieselbe Anzahl von Urlaubstagen zu wie einem vollzeitbeschäftigten Kollegen. Wenn er an weniger als fünf Wochentagen arbeitet, ist der Urlaub anteilig zu kürzen. Bei zwei Tagen pro Woche erhält er beispielsweise 2/5 des regulären Urlaubsanspruchs für Vollzeitbeschäftigte. Ein Urlaubstag wird immer dann verbraucht, wenn der Mitarbeiter an einem Tag freibekommt, an dem er – wenn auch nur anteilig oder stundenweise – gearbeitet hätte. Resturlaubsansprüche bei einem Wechsel von einer Vollzeit- zu einer Teilzeitbeschäftigung darf der Arbeitnehmer vollständig mitnehmen (EuGH C–15/12). Dies

kommt insbesondere denjenigen Arbeitnehmern zugute, die bei Antritt einer Elternzeit noch Resturlaubsansprüche hatten. Dieser Resturlaub kommt ihnen ungekürzt auch während der anschließenden Teilzeittätigkeit zugute.

### 3.9.3 Gewährung

Urlaub wird auf (nicht formbedürftigen) Antrag vom Arbeitgeber gewährt und dauert einen bestimmten, vom Arbeitnehmer beantragten Zeitraum. Nach § 7 Abs. 2 BUrlG ist der Urlaub zusammenhängend zu gewähren. Das meint, dass eine „Stückelung“ des Urlaubs auf einzelne Tage oder gar nur Stunden keinen echten Erholungswert hat und deshalb grundsätzlich verboten ist bzw. vom Arbeitgeber abgelehnt werden kann. Einem Arbeitnehmer, der Urlaub an einzelnen Tagen begehrt, um WM-Fußballspiele im Fernsehen sehen zu können, müsste ein solcher Urlaub also nicht unbedingt gewährt werden.

Ablehnen kann der Arbeitgeber den Urlaubsantrag im Allgemeinen nur dann, wenn einer Gewährung **dringende betriebliche Belange** entgegen stehen (§ 7 Abs. 1 BUrlG). Beispiele wären ein hoher Krankenstand, eine unerwartete Auftragsfülle oder die Vorfestlegung auf bestimmte Betriebsferien („Handwerkerferien“). Bei Letzterem ist allerdings die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich. Konkret hat der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans. Eine weitere Ausnahme von der Urlaubsgewährungspflicht ist dann gegeben, wenn ein Arbeitnehmer am Ende des Kalenderjahres noch keine sechs Monate im Betrieb beschäftigt war und er deshalb nur anteiligen Anspruch auf Urlaub hat. Diesen darf er dann im Verlauf des gesamten Folgejahres nehmen.

Ein **eigenmächtiger Urlaubsantritt** stellt eine Arbeitsvertragsverletzung dar, die ggf. sogar eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann. Dies gilt selbst dann, wenn der Urlaubsantrag unberechtigterweise abgelehnt wurde. Seine Gewährung ist dann im Zweifel per gerichtlicher Eilentscheidung (einstweilige Verfügung) zu erzwingen. Auch die Drohung mit Krankheit, wenn der Urlaub nicht gewährt wird, kann eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Dasselbe gilt, wenn der Arbeitnehmer seinen vom Arbeitgeber genehmigten Urlaub eigenmächtig und ohne Vorliegen wichtiger Gründe (z. B. Erkrankung des mitgereisten Kindes am Urlaubsort) verlängert, insbesondere wenn der Arbeitgeber hierüber nicht unverzüglich eine Mitteilung erhält. Dann ist auch eine Abmahnung vor dem Ausspruch einer Kündigung entbehrlich (ArbG Frankfurt – 1 Ca 2483/07).

Der Arbeitgeber ist an einen genehmigten Urlaub gebunden. Das BUrlG gewährt dem Arbeitgeber keinen Rechtsanspruch auf eine vorzeitige Rückkehr des Arbeitnehmers. Dies würde dem Erholungszweck des Urlaubs zuwiderlaufen. Das heißt, der Widerruf eines einmal genehmigten Urlaubs ist grundsätzlich nur bei gegenseitigem Einvernehmen möglich. Standardmäßige Einvernehmensklauseln in Arbeitsverträgen bzw. Klauseln, die dem Arbeitnehmer eine dauernde Erreichbarkeit während des Urlaubs

aufzwingen wollen, sind im Regelfall aufgrund unangemessener Benachteiligung rechtswidrig. Dementsprechend müssen betroffene Arbeitnehmer einer entsprechenden Aufforderung zur vorzeitigen Rückkehr aus dem Urlaub keine Folgen leisten. Ausnahmen sind bei unvorhergesehenen Ausnahmesituationen möglich, wobei eine enge Personaldecke aufgrund verfehlter Personalplanung für sich allein gesehen keine solche Ausnahme darstellt.

#### Fall

3.9.3./Fall 24: Wegen krankheits- und urlaubsbedingter Ausfälle sowie einer verfehlten Personalpolitik stehen am Hauptbahnhof der Stadt M. nicht genügend Fahrdienstleiter zur Verfügung, um den Zugverkehr reibungslos aufrecht zu erhalten. Kann die Deutsche Bahn die Fahrdienstleiter aus dem Urlaub holen (vgl. hierzu auch BAG – 9 AZR 405/99)? ◀

### 3.9.4 Entgeltfortzahlung

Zu unterscheiden ist zwischen dem Urlaubsentgelt und dem Urlaubsgeld. Ersteres ist gem. § 11 BUrlG zu gewähren. Der Arbeitnehmer hat also grundsätzlich einen **Anspruch auf Entgeltfortzahlung** während des Urlaubs. Einen Anspruch auf Urlaubsgeld enthält das Gesetz dagegen nicht. Die Gewährung einer solchen Zusatzleistung (Gratifikation) durch den Arbeitgeber erfolgt entweder aufgrund einer arbeits- oder tarifvertraglichen Regelung, einer Betriebsvereinbarung oder kraft einer betrieblichen Übung.

Individuell vereinbart werden kann auch **unbezahlter Urlaub**. Dies geschieht z. B. im Rahmen eines „Sabbatical“ oder „Sabbat-Jahres“, durch das sich Arbeitnehmer eine „persönliche Auszeit“ nehmen, ohne dass dies auf der Basis eines Wertkontenmodells geschieht (s. hierzu die Auführungen im Abschnitt "Vergütung"). Teilweise bestehen auch gesetzliche Ansprüche auf die Gewährung eines bestimmten Umfangs an unbezahltem Urlaub, z. B. für die ehrenamtliche Tätigkeit in der Kinder- und Jugendhilfe (Zeltlagerleitung, Sportverein-Reise) oder beim Vorliegen bestimmter Ausnahmesituationen (Tod oder Krankheit von Angehörigen, Betreuung eines erkrankten eigenen Kindes gem. § 45 III, V SGB V).

### 3.9.5 Übertragung, Abgeltung

Nicht genommener Urlaub kann unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 BUrlG ausnahmsweise bis max. auf das 1. Quartal des Folgejahres übertragen werden. Eine Ausnahme besteht bei **unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit**, z. B. wegen Krankheit. Die gesetzliche Regelung in § 7 Abs. 3 BUrlG ist insoweit europarechtswidrig, als der Urlaubsanspruch auch dann verfällt, wenn er wegen unverschuldeter Arbeitsunfähig-

keit bis zum Ende des Urlaubsjahrs bzw. des Übertragungszeitraums nicht genommen werden kann (EuGH – C-350/06). Insoweit darf die Vorschrift also nicht angewandt werden. Betroffene Arbeitnehmer können also im Zweifel noch Jahre danach Urlaubsgewährung oder -abgeltung einfordern. Laut BAG verfällt gleichwohl bei langjährig arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmern der Urlaubsanspruch spätestens 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres, wenn dies in einem Tarifvertrag geregelt ist (BAG – 9 AZR 353/10).

Übertragungen von Urlaub auf einen Zeitraum über das erste Quartal eines Folgejahres hinaus sind nicht nachteilig im Sinne des § 13 Abs. 1 BUrlG und können deshalb durch Individualvereinbarung wirksam geschlossen werden. Auch durch tarifvertragliche Regelungen sind Abweichungen möglich.

Für die **Abgeltung** ganz oder teilweise nicht mehr gewährten Urlaubs bei **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** gilt § 7 Abs. 4 BUrlG. Zu beachten ist auch die „Zwölfstel-Regelung“ des § 5 BUrlG beim Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis vor dem Ablauf eines Kalenderjahres. Beim Wechsel des Arbeitgebers wird ein bislang gewährter Urlaub im neuen Arbeitsverhältnis angerechnet (§ 6 BUrlG). Endet das Arbeitsverhältnis wegen Todes des Arbeitnehmers, geht der Urlaubsanspruch nicht unter, sondern wandelt sich in einen Abgeltungsanspruch i.S.d. § 7 Abs. 4 BUrlG um (EuGH, Rs. C-118/13). Die vormals gegenteilige Rechtsprechungspraxis des BAG wird vom EuGH nicht geteilt. Arbeitgeber müssen somit den Erben der verstorbenen Mitarbeiter den noch ausstehenden Resturlaub entgeltlich abgelden.

### 3.9.6 Erkrankung während des Urlaubs

Während des Urlaubs darf der Arbeitnehmer keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit leisten (§ 8 BUrlG). Eine **Erkrankung während des Urlaubs** vereitelt den Erholungszweck und schmälert den Urlaubsanspruch nicht (§ 9 BUrlG). Nach erfolgter Krankmeldung und Vorlage eines entsprechenden ärztlichen Attestes bleiben die „Kranktage“ des Urlaubs dem Urlaubskonto erhalten. Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation („Kuren“) können ggf. auf denjenigen Urlaubsanspruch angerechnet werden, der den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch übersteigt (§ 10 BUrlG i. V. m. dem Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz).

### 3.9.7 Arbeitsfreistellung

Der Arbeitnehmer kann in bestimmten Fällen familiärer Krisen- und Notsituationen **Freistellung von der Arbeitsleistung** verlangen. Ein Beispiel ist die akut auftretende Notwendigkeit der **Pflege** oder der **Sterbebegleitung** naher Angehöriger. Nach § 2 des Pflegezeitgesetzes (PflegeZG) ist die Dauer auf 10 Arbeitstage je Akutfall begrenzt. Nahe Angehörige im Sinne des Gesetzes sind Eltern, Großeltern, Schwiegereltern, Ehegatten, Lebenspartner und Geschwister. Eine Entgeltfortzahlungspflicht für den Arbeitgeber

besteht nach dem Pflegezeitgesetz nicht. Im Einzelfall kann aber eine Fortzahlungspflicht aus § 616 bestehen. Der Entgeltanspruch besteht jedoch nur für eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“. Wie lange das ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Kriterien sind die Dauer der Freistellung, die objektiv notwendige Betreuungszeit oder das Verhältnis der Zeit der Verhinderung zur Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses.

Ein weiteres Beispiel ist die **Erkrankung eines im Haushalt des Arbeitnehmer lebenden Kindes**. Wenn das Kind unter 12 Jahre alt ist, kann der Arbeitnehmer zur Betreuung und Pflege des Kindes nach § 45 SGB V ebenfalls Freistellung von der Arbeit verlangen. Voraussetzung hierfür ist ein ärztliches Attest, welches bescheinigt, dass der Arbeitnehmer zur Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege des erkrankten Kindes zuhause bleiben muss. Der Freistellungsanspruch besteht nur insoweit, als keine andere Person im Haushalt lebt, die das Kind betreuen kann. Die Dauer ist pro Kind und Kalenderjahr auf 10 Arbeitstage, bei Alleinerziehenden auf 20 Arbeitstage begrenzt. Die Höchstdauer im Falle mehrerer Kinder liegt bei 25 Arbeitstagen (Alleinerziehende 50 Arbeitstage). Während der Zeit der Freistellung erhält der Arbeitnehmer Krankengeld von der Krankenkasse. Insoweit ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, Vergütung zu bezahlen. Da es sich jedoch um einen Fall unverschuldeter Versäumnis der Arbeitsleistung handelt, bleibt der Arbeitgeber nach § 616 subsidiär vergütungspflichtig, soweit erforderlich (vgl. hierzu auch § 2 PflegeZG).

---

### 3.10 Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit

Die Pflichten des Arbeitnehmers im Krankheitsfalle sowie die Voraussetzungen der **Fortzahlung der Vergütung** regelt das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG).

#### 3.10.1 Anzeige, Glaubhaftmachung

Nach § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber im Krankheitsfalle die Arbeitsunfähigkeit unverzüglich anzuzeigen. „Unverzüglich“ bedeutet „ohne schuldhaftes Zögern“, das heißt im Regelfalle am ersten Arbeitstag während der ersten Betriebsstunden, auch wenn der Arbeitnehmer Urlaub hat, falls der Arbeitnehmer hierzu aufgrund der Krankheit nicht völlig außerstande ist. Eine bestimmte Form der Anzeige ist nicht erforderlich, im Zweifel genügt auch ein Telefonanruf. Eine Beschränkung auf ein bestimmtes Kommunikationsmittel besteht nicht. Im Zweifel kann eine Anzeige z. B. auch per WhatsApp oder SMS erfolgen. Allerdings muss dieser Kommunikationskanal im Betrieb üblicherweise eröffnet sein, es müssen die inhaltlichen Vorgaben einer Anzeige erfüllt werden und die Anzeige muss an die richtige Person oder Stelle im Betrieb gerichtet werden. Anzuzeigen sind das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit sowie die voraussichtliche Dauer. Im Zweifel muss

die voraussichtliche Dauer abgeschätzt und mitgeteilt werden. Wenn dies nicht möglich ist, muss die Information nach einem Arztbesuch nachgereicht werden. Die Krankheit als solche muss nicht mitgeteilt werden. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, muss der Arbeitnehmer eine **ärztliche Bescheinigung** beschaffen (sog. **Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung**), in welcher das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer vom Arzt bestätigt werden. Diese landläufig „gelber Zettel“ genannte gedruckte Bescheinigung soll durch ein elektronisches Meldeverfahren ersetzt werden. Diese ist spätestens an dem nach dem dritten Kalendertag der Krankheit folgenden Arbeitstag dem Arbeitgeber vorzulegen. Der Arbeitgeber kann allerdings verlangen (allg. Weisung nach § 106 GewO genügt) bzw. zulässigerweise im Arbeitsvertrag regeln, dass bereits vom ersten Krankheitstag an eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt wird. Einer sachlichen Rechtfertigung bedarf es hierzu nicht (BAG – 5 AZR 886/11). Die weit verbreiteten Klauseln dieser Art in Arbeitsverträgen sind also zulässig. Verstöße gegen die Anzeigepflicht stellen eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten dar, die vom Arbeitgeber abgemahnt werden kann. Bei wiederholtem Verstoß kann darauf eine Kündigung, ggf. eine fristlose, gestützt werden.

Der Arbeitgeber hat kein Recht, eine von einem zugelassenen Arzt ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung anzuzweifeln (LAG Rheinland-Pfalz – 4 Sa 728/04). Eine Ausnahme gilt bei ernsthaften Zweifeln. Dann aber ist eine nähere Begründung erforderlich. Der Arbeitgeber kann auch nicht verlangen, dass der Arbeitnehmer eine durch einen vom Arbeitgeber ausgewählten Vertrauensarzt ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt (**Prinzip der freien Arztwahl**). Lediglich die Krankenkassen können in gewissen Fällen, z. B. bei häufigen oder lang anhaltenden Erkrankungen, verlangen, dass sich der Arbeitnehmer einer Untersuchung durch den Medizinischen Dienst der Krankenkasse unterzieht, damit dieser eine gutachterliche Stellungnahme abgeben kann. Die Untersuchungsergebnisse dürfen dem Arbeitgeber jedoch nicht mitgeteilt oder übermittelt werden. Eigene Aufklärungsmaßnahmen darf der Arbeitgeber bei begründetem Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung, z. B. einer nur vorgetäuschten Erkrankung, in verhältnismäßigem Ausmaß ergreifen. So kann es zulässig sein, einen Detektiv zu beauftragen. Unverhältnismäßig und damit unzulässig ist es jedoch, wenn der Arbeitgeber eine heimliche DNA-Analyse vornimmt, indem er Speichelproben vom Trinkglas des Arbeitnehmers nimmt (VGH Bad.-Württ., PL 15 S 2838/99, wobei es im Streitfall nicht um Krankheit ging, sondern der Arbeitgeber den Arbeitnehmer als Verfasser eines anonymen Schmähbriefs vermutete).

Der Arbeitnehmer hat einen **gesetzlichen Anspruch auf Entgeltfortzahlung** im Krankheitsfalle. Fortgezahlte Löhne aufgrund Krankheit kann ein Arbeitgeber eines kleineren Unternehmens (bis 30 Personen) auf der Grundlage der ihm vorliegenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen bei der zuständigen Krankenkasse des Arbeitnehmers in einer Höhe zwischen 40 und 80 % seiner Aufwendungen wieder einfordern („Umlage U1“). Die Höhe hängt davon ab, welchen Prämiensatz der Arbeitgeber bei der Einzahlung des Pflichtbeitrags zum Umlageverfahren gewählt hat.



### 3.10.2 Arbeiten trotz Krankheit?

Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist entgegen einer landläufigen Meinung nicht gleichbedeutend mit einem Arbeitsverbot. Der Arzt bescheinigt darin nur die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit. Der genannte Zeitraum darf, aber muss nicht ausgeschöpft werden. Wird er nicht ausgeschöpft, verliert der Arbeitnehmer weder den gesetzlichen Unfallschutz der Berufsgenossenschaft noch hat er krankenversicherungsrechtliche Nachteile zu befürchten. Der Arbeitgeber kann allerdings kraft seiner Fürsorgepflicht gehalten sein, sorgfältig zu prüfen, ob der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitsfähig ist.

Die Teilnahme an einem Personalgespräch während der Krankheit ist nicht verpflichtend. Eine entsprechende Weisung des Arbeitgebers wäre ein Verstoß gegen § 106 GewO. Eine solche Teilnahme wäre Arbeitsleistung, und zu einer solchen ist der Arbeitnehmer während der Krankheit nicht verpflichtet (BAG – 10 AZR 596/15). Ein Erscheinen im Betrieb kann ausnahmsweise dann verpflichtend sein, wenn dies aus betrieblichen Gründen unverzichtbar ist und der Arbeitnehmer dazu gesundheitlich in der Lage ist.

### 3.10.3 Wiedereingliederung

Bei länger andauernder Erkrankung sind Arbeitgeber unabhängig von der Betriebsgröße gesetzlich verpflichtet, die Einführung eines **Betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM)** für Arbeitnehmer zu prüfen (§ 84 Abs. 2 SGB IX). Ziel eines solchen, mit der Zustimmung des Mitarbeiters einberaumten „Runden Tisches“ ist es, mögliche Ursachen der Dauererkrankung zu erkennen und Abhilfemaßnahmen zu vereinbaren, damit es künftig möglichst nicht mehr zu weiteren krankheitsbedingten Ausfallzeiten kommt. Länger andauernd ist eine Erkrankung dann, wenn der Mitarbeiter innerhalb eines Zeitraums von 12 Monaten länger als 6 Wochen arbeitsunfähig erkrankt ist. Das gilt auch bei Einzelerkrankungen von jeweils kürzerer Dauer, die diesen Zeitraum überschreiten. Eine Voraussetzung für eine Kündigung ist die Durchführung des Verfahrens allerdings nicht.

Zur konkreten Ausgestaltung eines BEM sowie zu den Mitteln oder Ergebnissen bestehen keine gesetzlichen Vorgaben. Üblicherweise verläuft ein BEM nach dem folgenden Schema:

- Information des Betriebsrats
- Kontaktaufnahme mit dem Arbeitnehmer
- Belehrung, Einholung einer Zustimmung
- bejahendenfalls Erstgespräch, ggf. weitere Gespräche
- Entwicklung eines Wiedereingliederungskonzepts (z. B. Reha oder Umsetzung auf anderen Arbeitsplatz)
- Umsetzung und Erfolgskontrolle



Zum Zwecke der Erkennung der Einleitung von BEM-Maßnahmen müssen die Krankheitsdaten vom Betrieb erfasst und dokumentiert werden. Hierzu besteht auch eine gesetzliche Pflicht zur Dokumentation nach dem SGB IX. Bei Überschreiten der oben genannten Krankheitszeiten kann vom Datensystem eine entsprechende Mitteilung an die Personalabteilung ausgegeben werden, in der diese darüber informiert wird, dass die Voraussetzungen für die Einleitung von BEM-Maßnahmen gegeben sind. Aus einer Weigerung des Arbeitnehmers, sich an diesem Prozedere zu beteiligen, dürfen diesem keine Nachteile entstehen. Wenn etwaige Datenerfassungen nicht mehr gebraucht werden, weil etwa das BEM stattgefunden hat oder sich der Arbeitnehmer geweigert hat, sind die entsprechenden Daten zu löschen.

Nach der Rechtsprechung ist der Betriebsrat in BEM-Maßnahmen einzubeziehen, auch im Vorfeld. Beispielsweise hat der Betriebsrat einen Anspruch, dass ihm die Namen der betroffenen Arbeitnehmer übermittelt werden (BAG – 1 ABR 46/10). Dadurch kann krankheitsbedingten Kündigungen des Arbeitgebers früher entgegen gewirkt werden. Der Betriebsrat hat auch ein Initiativrecht, gemeinsam mit dem Arbeitgeber die konkreten, auch psychischen, Gesundheitsgefahren der Beschäftigten zu analysieren. Weitergehende Voraussetzungen an ein BEM bestehen bei schwerbehinderten Menschen

---

### 3.11 Weiterbildung

Arbeitnehmer sind im Zuge der sich rasch wandelnden Arbeitswelt zu „lebenslangem Lernen“ aufgerufen. In diesem Abschnitt wird erläutert, ob und ggf. welche Ansprüche hier für Arbeitnehmer bestehen.

Eine Rechtsgrundlage im Bundesrecht für ein bestimmtes Maß an Weiterbildung besteht nicht. Etwaige Ansprüche ergeben sich somit aus dem Arbeitsvertrag, aus einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung. Die Bundesländer haben teilweise Bildungsurlaubsgesetze erlassen, in denen Freistellungsansprüche unter Fortzahlung der Vergütung für selbstbezahlte berufliche, ggf. auch politische Fortbildungen geregelt sind. Eine berufliche Fortbildung ist dann gegeben, wenn das gelehrt Wissen im Arbeitsverhältnis verwendet werden kann.

#### Beispiel

Eine Krankenschwester, die überwiegend italienische Patienten betreut, belegt einen selbstbezahlten Kurs „Italienisch für Anfänger“. Hierbei handelt es sich um eine berufliche Fortbildung (BAG – 9 AZR 261/90).

Für Betriebsräte besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Freistellung bei erforderlichen Schulungen sowie Erstattung der Kosten für solche Schulungen.

**Beispiel**

Der Betriebsrat belegt eine Mobbing-Schulung und verlangt hierfür vom Arbeitgeber Kostenersatz. Bislang hat es allerdings keine gemeldeten Mobbing-Vorfälle im Betrieb gegeben. Die Schulung war deshalb nicht „erforderlich“, sodass der Betriebsrat die Kosten selbst tragen muss (BAG – 7 AZR 14/96).

Arbeitnehmer können eine Pflicht haben, Weiterbildungsmaßnahmen zu belegen. Eine entsprechende Weisung des Arbeitgebers (§ 106 GewO) kann je nach den Gegebenheiten im Betrieb und nach den Umständen des Einzelfalls wirksam sein. Falls sich der Arbeitnehmer weigert, kann ihn der Arbeitgeber ermahnen, bei fortdauernder Weigerung abmahnen und bei weiterer Fortdauer auch kündigen. Auf der anderen Seite kann auch der Arbeitgeber kraft seiner Fürsorgepflicht zu einem bestimmten Angebot von Fort- oder Weiterbildungsmaßnahmen verpflichtet sein, z. B. bei Veränderungen im Betriebsalltag.

Die Ausführungen zu einer etwaigen Rückzahlungspflicht bezüglich Aus- und Weiterbildungskosten finden sich im nachfolgenden Kapitel.

---

## 3.12 Einsatz von Medien im Arbeitsleben

In diesem Abschnitt werden zum einen Möglichkeiten und Grenzen der privaten Nutzung von sog. Fernkommunikationsmitteln besprochen. Dies sind Kommunikationsmittel, die ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der kommunizierenden Personen eingesetzt werden können, z. B. Telefon, E-Mails oder das Internet. Weiter geht es um Rechtsfragen in Bezug auf Kommunikationsformen, die gemeinhin unter „Web 2.0“ bekannt sind, z. B. soziale Netzwerke. Gegenstand der Betrachtung ist auch die Nutzung visueller Medien, insbesondere zum Zwecke der Überwachung (Videoüberwachung). Abschließend wird kurz auf moderne Arbeitsformen eingegangen, die mit der Nutzung solcher Medien zu tun haben, insbesondere Telearbeit.

### 3.12.1 Grundsätze

Grundsätzlich muss der Arbeitnehmer davon ausgehen, dass ihm alle Arbeitsmittel nur für dienstliche Zwecke zur Verfügung gestellt werden. Eine private Nutzung bedarf einer Erlaubnis oder jedenfalls einer Duldung des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber kann kraft seines Weisungsrechts die Möglichkeiten und Grenzen der Nutzung seiner Arbeitsmittel bestimmen. Möglich und sinnvoll kann auch eine Regelung in einer Betriebsvereinbarung sein. Ein Anspruch auf Privatnutzung aus **betrieblicher Übung** kann bestehen, wenn der Arbeitgeber diese Form der Nutzung fortgesetzt duldet, ohne dagegen einzuschreiten bzw. ohne ein bestehendes Verbot – zumindest stichprobenartig – zu überwachen.

Die folgenden Ausführungen zeigen, dass es im Unternehmen eine möglichst funktionierende und klar kommunizierte **Compliance-Strategie**, also die Beachtung und Befolgung rechtlicher Rahmenbedingungen und/oder die Festlegung von betrieblichen Verhaltenskodizes geben sollte, um die vielen bislang weder gesetzlich noch höchst-richterlich geklärten Fragen zu klären.

### 3.12.2 Internet, E-Mail und Telefon

Der Arbeitgeber kann die **private Nutzung von Internet und E-Mail** am Arbeitsplatz gestatten. Mit Eröffnung eines Zugangs zu Internet und E-Mail fungiert der Arbeitgeber als **Access-Provider** und damit als Diensteanbieter im Sinne des Telemediengesetzes (TMG). Ihm kommt die Möglichkeit einer Haftungsprivilegierung nach § 8 TMG zugute, wonach er für die bloße Übermittlung von fremden Informationen nicht verantwortlich ist. Die Nutzung des Dienstrechners für private Zwecke am Arbeitsplatz ist erlaubt, wenn entweder eine ausdrückliche Erlaubnis seitens des Arbeitgebers vorliegt oder wenn nachweisbar eine stillschweigende Duldung erfolgt. Reine Passivität, ggf. in Unkenntnis der tatsächlichen Nutzungsgewohnheiten der Belegschaft, begründet jedoch keine entsprechende betriebliche Übung).

Wenn und soweit keine Erlaubnis oder stillschweigende Duldung besteht, ist die Nutzung untersagt, sowohl während der Arbeitszeit als auch außerhalb. Zum Zwecke der Überprüfung, ob die Nutzungsuntersagung eingehalten wird, sind stichprobenweise Kontrollen unter Beachtung etwaiger datenschutzrechtlicher Grenzen zulässig. Insoweit kommt dem Arbeitgeber zugute, dass er beim Bestehen einer Nutzungsuntersagung nicht zwingend auf private Inhalte stoßen muss. Werden diese jedoch gefunden, z.B. private E-Mails, ist eine Kenntnisnahme vom Inhalt nur mit Einwilligung des Betroffenen möglich. Ein vollständiges Privatnutzungsverbot entspricht im Regelfall jedoch nicht der beidseitigen Interessenlage bzw. der realistischen Praxis. Verstöße gegen ein bestehendes Verbot bzw. bei nicht vorhandener Erlaubnis stellen **arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen** dar. Diese können, abhängig von Art und Umfang, eine ordentliche (verhaltensbedingte) oder außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Privatnutzung zu einer erheblichen Beeinträchtigung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung führt (LAG Rheinland-Pfalz, 6 Sa 682/09). Bei den hier vorliegenden Störungen im Vertrauensbereich ist aber immer zu prüfen, ob zunächst eine **Abmahnung** erfolgen muss. Bei ausschweifenden und exzessiven verbotenen Nutzungen während der Arbeitszeit kann eine Abmahnung entbehrlich sein. Dies gilt auch bei langer Betriebszugehörigkeit (LAG Schleswig – 1 Sa 421/13).

Wenn ein Arbeitnehmer erkrankt ist, ist häufig fraglich, ob und ggf. in welchem Umfang ein Zugriff auf dessen E-Mails erfolgen kann. Hier muss unterschieden werden: Wenn ein Verbot privater E-Mail-Nutzung besteht, kann der Arbeitgeber ohne Weiteres auf den dienstlichen E-Mail-Schriftverkehr zugreifen, um entweder die dienstlichen Vorgänge zu steuern oder – im Zweifel stichprobenartig – die Leistung des Arbeitnehmers zu kontrollieren. Anders ist die Lage bei gemischter Nutzung (dienstlich/privat).

Für Privatmails gilt dann das **Telekommunikationsgeheimnis**. Diesem strengen Prinzip unterliegt hier der Arbeitgeber als Telekommunikations-Diensteanbieter (vgl. § 88 Abs. 2 TKG). Es wird allerdings unterschieden zwischen Mails, die gerade neu eingegangen sind und solchen, die der Arbeitnehmer bereits gesehen und bewusst im elektronischen Postfach belassen hat. Im letzteren Falle soll das Telekommunikationsgeheimnis nicht mehr gelten, sondern nur noch das allgemeine Datenschutzrecht. Denn der Arbeitnehmer nutzt in diesem Falle das E-Mail-Postfach nicht mehr als Teil eines Telekommunikationsvorgangs, sondern nur noch als Datenspeicher. Bei Anwendung des Datenschutzrechts ist dem Arbeitgeber der Zugriff auf private Mails dann gestattet, wenn ein Verdacht schwerer Pflichtverletzungen besteht und wenn „erhebliche Nachteile“ abgewendet werden sollen, wobei im Einzelfall eine Abwägung der widerstreitenden Interessen erfolgen muss. Wenn eingehende Mails lediglich nach Absender und Betreffzeile sortiert werden und offensichtlich private Mails nicht gelesen werden, werden meist die Interessen des Arbeitgebers hinsichtlich der Durchsicht des E-Mail-Postfachs überwiegen (LAG Berlin-Brandenburg – 4 Sa 2132/10).

### 3.12.3 Soziale Netzwerke

Soziale Netzwerke sind Mitgliedergemeinschaften, bei denen die Mitglieder mittels einer bestimmten Technologieplattform über verschiedene Kommunikationskanäle miteinander kommunizieren bzw. untereinander vernetzt sind. Auch Arbeitnehmer tauschen sich auf diese Weise vielfach untereinander aus. Für die rechtliche Einordnung von Äußerungen muss unterschieden werden, ob sie öffentlich oder nicht öffentlich erfolgten. Bei **öffentlichen Äußerungen** (Posts) über soziale Netzwerke wie Facebook handelt es sich um öffentliche Meinungskundgaben (LAG Hamm – 3 Sa 644/12). Dies gilt auch dann, wenn diese nur an einen begrenzten Kreis von Empfängern (z. B. sog. Freunde) gepostet wurden, wenn es sich jedenfalls nicht nur um einzelne, sondern eine Mehrzahl oder gar Vielzahl handelt. Diese dürfen von Dritten, auch vom Arbeitgeber, frei verwertet werden. Dagegen sind Mitteilungen, die nur einem einzelnen Netzwerkteilnehmer oder einem definierten Nutzerkreis zur Verfügung gestellt werden, nicht öffentlich und unterliegen dem Vertrauensschutz.

#### Beispiel

Das BAG hat in Bezug auf beleidigende Äußerungen über den Arbeitgeber gegenüber „Freunden“ des Arbeitnehmers entschieden, dass der betroffene Arbeitnehmer die berechnete Erwartung aufstellen kann, dass diese Äußerungen nicht über den Kreis der Gesprächspartner hinaus dringen. Hebt der Gesprächspartner später gegen den Willen des Arbeitnehmers die Vertraulichkeit auf, geht dies nicht zulasten des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer kann also in diesem Falle davon ausgehen, dass die „Freunde“ die Äußerungen nicht weitergeben, sondern für sich behalten.

Daraus kann sich ggf. ein Beweisverwertungsverbot im Prozess ergeben.

#### Fall

3.11.3/Fall 25: AN äußert seinen Unmut über den früheren Arbeitgeber (AG) in „Facebook“, indem er AG als „armseligen Saftladen“ und „Drecksladen“ bezeichnet. Der Dialog kann nur von Ex-Beschäftigten und deren „Freunden“ gelesen werden. Sind diese Äußerungen von der Meinungsfreiheit geschützt (ArbG Bochum – 3 Ca 1203/11)? ◀

In der Praxis ist die Erstellung **unternehmerischer Richtlinien** für den Umgang mit sozialen Netzwerken zu empfehlen. Dabei muss unterschieden werden zwischen Nutzungen mit Unternehmensbezug und rein privaten Nutzungen. Die Regelbarkeit hat allerdings Grenzen, z. B. in Form der Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen.

### 3.12.4 Telearbeit

Telearbeit und Arbeit im „Home Office“ folgen einem modernen Trend zur Dezentralisierung von Entscheidungsabläufen und Arbeitsvorgängen in einer zunehmend flexibleren und digitalisierten Arbeitswelt oder sind in Zeiten der Corona-Pandemie zur verbreiteten Notwendigkeit geworden. In diesem Zuge verlagert sich die Arbeit aus dem Betrieb heraus in die Privatwohnung. („Clickarbeiter“, „Crowdworking“). Die Vorteile sind eine flexiblere und autonomere Gestaltung der Arbeitszeit, der Wegfall von Anfahrzeiten, eine bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie sowie eine Senkung von Kosten durch die Einsparung von Arbeitsplatzkosten. Auf diese Weise erlebt die Heimarbeit eine Renaissance.

Telearbeitsplätze sind nach § 2 Abs. 7 ArbStättV vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten, für die der Arbeitgeber eine mit den Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat.

Die häufigsten Formen sind die alternierende und die mobile Telearbeit. In der ersten Variante besteht der Arbeitsplatz im Betrieb fort, in der letzteren hat der Arbeitnehmer keinen eigenen Arbeitsplatz im Betrieb mehr, sondern nur noch wechselnde bei verschiedenen Kunden. Dies führt zu einer fortschreitenden Fragmentierung von Arbeit, was auch arbeitsrechtlich eine Herausforderung darstellt. Vom Telearbeiter zu unterscheiden sind die sog. **Heimarbeiter**, für die das Heimarbeitsgesetz (HAG) gilt. Dieses ist nur für Beschäftigungen einfacher Art anwendbar, vergleichbar der gewerblichen Tätigkeiten der Arbeiter. Eine Anwendung des HAG auf Telearbeitsverhältnisse ist nicht möglich.

Spezielle Rechtsgrundlagen für Telearbeit bestehen nicht. Viele Betriebe arbeiten daher mit selbst gestalteten Vertragsmustern. Rechtliche Probleme können sich in der Praxis z. B. bei der Frage nach dem **Arbeitsort** ergeben. Daran orientieren sich z. B. die landesspezifischen Feiertagsregelungen. Im Zweifel, d.h. bei fehlender arbeitsvertraglicher Regelung, gilt § 269. Danach liegt der Arbeitsort letztlich an dem Ort, der die Arbeitsleistungen auf Dauer und im Ganzen gesehen bestimmt.

Ein gesetzlicher Anspruch, im Home-Office arbeiten zu dürfen, besteht nicht, entsprechende Vorschläge werden jedoch politisch diskutiert. Umgekehrt besteht auch für den Arbeitgeber kein gesetzlicher Anspruch, dass oder in welchem Umfang seine Mitarbeiter Arbeitsleistungen von zu Hause aus erbringen. Der Arbeitgeber hat bei der Frage der **Ausübung des Direktionsrechts** weitgehende Kontrollbefugnisse. Fraglich ist, wie diese ausgeübt werden können, wenn sich der Arbeitsplatz maßgeblich in der Privatwohnung des Arbeitnehmers befindet. Nach Art. 13 GG („Unverletzlichkeit der Wohnung“) gilt für die Wohnung ein weitreichender Grundrechtsschutz. Auf der anderen Seite wäre für den Arbeitgeber eine Zugangsmöglichkeit zur Wohnung des Telearbeiters bereits aus Gründen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes notwendig. Die Vorschriften des ArbSchG und der ArbStättV gelten gleichermaßen auch für Telearbeitsplätze. Auch kann der Arbeitgeber ein konkretes (und berechtigtes) Interesse an der Verwendung von Arbeitsmitteln oder an der konkreten Ausgestaltung des Arbeitsplatzes haben. Weiter können Datenschutzgesichtspunkte eine Rolle spielen. Und auch der Betriebsrat kann seine Überwachungspflichten nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG im Grunde nur dann wahrnehmen, wenn er Zugangsmöglichkeiten zur Wohnung hat. Ein Ausweg kann eine individuelle arbeitsvertragliche Vereinbarung sein. Fehlt eine solche, dürfte eine pauschale Zugangsverweigerung des Arbeitnehmers aufgrund seines Hausrechts (§§ 854 ff.) als Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht anzusehen sein. An eine pauschale Zugangsverweigerung könnten sich folglich eine Abmahnung und im Anschluss daran eine verhaltensbedingte Kündigung anschließen.

Schließlich können auch Probleme bei der Frage der **Arbeitnehmerhaftung** entstehen. Gesteigerte Gefahren bestehen z. B. durch den erleichterten Zugriff unbefugter Dritter auf Unternehmensdaten. Hier ist eine generelle Haftungsbeschränkung zugunsten des Arbeitnehmers auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit angebracht. Vertraglich vereinbart werden sollte auch eine Höchsthaftung bei grober Fahrlässigkeit, z. B. bei zwei Monatsgehältern.

Für die Einhaltung der rechtlichen Grenzen der Arbeitszeit gilt uneingeschränkt das ArbZG, auch wenn die Parteien eine Vertrauensarbeitszeit vereinbart haben. Die Überwachungsmöglichkeit des Arbeitgebers ist hier jedoch ebenfalls eingeschränkt, v. a. im Hinblick auf die Möglichkeit einer heimlichen Aushebelung des Verbots der Sonn- und Feiertagsarbeit. Hier sollte der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit durch entsprechende Delegation auf die betreffenden Home-Office-Beschäftigten nachkommen.

Der Arbeitgeber trägt grundsätzlich die Kosten oder entsprechende Anteile an den Kosten für die Einrichtung und den Betrieb des Telearbeitsplatzes einschließlich

etwaiger Anteile an Mietkosten. Mangels klarer gesetzlicher Regelung ist es auch hier ratsam, die Einzelfragen in einer vertraglichen Vereinbarung zu regeln.

Die Beendigung von Telearbeitsverhältnissen verläuft ebenfalls meist nach vertraglichen Regeln, wobei hier im Regelfall AGB-Recht zur Anwendung kommt. Wenn der Vertrag eine Beendigungsmöglichkeit für den Arbeitgeber vorsieht, ohne dass die Interessen des Arbeitnehmers berücksichtigt werden, ist dies nach § 307 unwirksam (LAG Düsseldorf – 12 Sa 509/14). Zudem ist die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich (§ 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG), zumal damit meist Versetzungen verbunden sind (§ 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG). Im Einzelfall kann es ratsam sein, entweder Befristungen vertraglich zu regeln, wobei hierfür im Regelfall sachliche Gründe erforderlich sind oder es sollte für beide Seiten eine an klare Rahmenbedingungen gebundene Widerrufsmöglichkeit vereinbart werden.

---

### 3.13 Beschäftigtendatenschutz

#### 3.13.1 Allgemeines

Der Schutz personenbezogener Daten spielt auch im Arbeitsverhältnis eine bedeutende Rolle. Das gilt insbesondere für Daten, die die Privatsphäre des Arbeitnehmers betreffen.

Nach dem **Grundsatz in § 26 BDSG** dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. „Erforderlich“ bedeutet, dass das Interesse des Arbeitgebers gegenüber dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers überwiegen muss. Bei dieser Abwägung gegenseitiger Interessen muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden. Die Vorschrift gilt nicht nur für Arbeitnehmer, sondern für alle Beschäftigten (also etwa auch Auszubildende oder Beschäftigte bei öffentlichen Stellen). Vom Umfang her umfasst sind alle denkbaren personenbezogenen Daten, also etwa auch im Zusammenhang mit Fragen im Bewerbungsgespräch, im Rahmen der Personalverwaltung, bei der Lohn-/Gehaltsabrechnung, aber auch im strafrechtlich relevanten Bereich. Eine Datenverarbeitung zur Aufdeckung einer Straftat ist unter den strengen Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG möglich.

---

#### Fall

3.13.1/Fall 26: Darf der Arbeitgeber die Einhaltung der Arbeitszeiten durch Zeiterfassungssysteme („Stechuhr“) kontrollieren? Darf er jeden Toilettengang elektronisch kontrollieren? ◀



§ 26 Abs. 7 BDSG stellt klar, dass die Vorschrift auch anzuwenden ist, wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden, ohne dass sie in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.

Bei Datenverarbeitungen zum Zwecke der Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses ist § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG als speziellere Vorschrift einschlägig. Für alle anderen Datenverarbeitungen im Betrieb kann auf die allgemeinere Normen der DS-GVO zurück gegriffen werden, insbesondere auf die Erlaubnistatbestände in Art. 6 DS-GVO.

Die Wirksamkeit einer Einwilligung nach § 26 Abs. 2 hängt von den dort genannten Kriterien ab. Die Einwilligung hat schriftlich oder elektronisch zu erfolgen, soweit nicht wegen der besonderen Umstände eine andere Form angemessen ist.

Auch die Veröffentlichung personenbezogener Daten des Arbeitnehmers im **Internet-Auftritt** (Website) des Unternehmens bedarf grundsätzlich der Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmers. Die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung ergeben sich aus Art. 4 Ziff. 1 DSGVO sowie § 26 Abs. 2 BDSG. Eine einmal erteilte Einwilligung kann allerdings widerrufen werden bzw. endet konkludent mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Das bedeutet, dass Arbeitgeber personenbezogene Daten ausgeschiedener Arbeitnehmer unverzüglich von der Website löschen müssen (Hess. LAG – 19 SaGa 1480/11). Ansonsten liegt eine Persönlichkeitsrechtsverletzung vor. Umgekehrt ist auch der Arbeitnehmer verpflichtet, bestehende Internetprofile (z. B. bei Xing) unverzüglich nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses anzupassen. Er darf allerdings weiterhin auf sein ehemaliges Beschäftigungsverhältnis bei diesem Arbeitgeber und seine konkrete Tätigkeit bzw. Position im Unternehmen verweisen.

Das Zweckbindungsgebot der DSGVO besagt, dass eine Verarbeitung personenbezogener Daten, hier der Arbeitnehmer, nur gemäß des Zwecks erfolgen darf, über den der Betroffene zuvor vollständig und klar informiert wurde. Deshalb ist bereits im Einzelfall kritisch zu prüfen, ob Unternehmensanalysen oder sonstige Big-Data-Analysen, zu denen personenbezogene Daten des betroffenen Arbeitnehmers (mit) verarbeitet werden, zulässig sind. Die Zulässigkeit kann an fehlenden Erlaubnissen (Einwilligung bzw. bei Gesundheitsdaten sogar ausdrückliche Einwilligung, vgl. Art. 9 DSGVO), an einem fehlenden berechtigten Interesse, an unvollständigen oder nicht erteilten Informationen oder an sonstigen gesetzlichen Einschränkungen (z. B. Datenübermittlung an Dritte, Art. 44 ff. DSGVO) scheitern. Das Ziel einer Optimierung von Betriebsabläufen und damit verbundenem Erkennen von Zusammenhängen im Personalbereich ergibt in vielen Fällen noch nicht das erforderliche berechtigte Interesse.

### 3.13.2 Überwachung

Spezifische gesetzliche Grundlagen zum Beschäftigtendatenschutz in Bezug auf Überwachungsmaßnahmen bestehen bislang nicht. Praktisch relevant ist vor allem die Frage der **Videoüberwachung am Arbeitsplatz**.



Videoüberwachung ist in Anlehnung an die Definition des § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG zunächst dann gegeben, wenn die eingesetzten Geräte eine technische Überwachungseinrichtung darstellen. Dies ist grundsätzlich sowohl bei Kameras mit als auch ohne Aufzeichnungsfunktion der Fall. Bei ersterer ist freilich die Intensität des Eingriffs in Persönlichkeitsrechte umso größer, je mehr und intensiver aufgezeichnet wird. Weiter müssen diese Überwachungseinrichtungen dazu bestimmt sein, das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers zu überwachen. Es genügt, wenn die Einrichtung objektiv dazu geeignet ist, die Überwachung muss also nicht der Hauptzweck sein. Dann besteht auch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung von Videoüberwachungsmaßnahmen.

Gesetzliche Grundlagen bestehen bislang über § 4 BDSG nur für die Videoüberwachung im Bereich öffentlicher Plätze. Abs. 2 der Vorschrift fordert eine Kenntlichmachung der Überwachung, welche z. B. durch ein Hinweisschild erfüllt werden kann. Abzuwarten bleibt, ob und in welchem Umfang § 4 BDSG angesichts der strengeren Vorschriften der DSGVO Bestand hat. Das BVerwG (6 C 2.18) geht jedenfalls von einer unionsrechtlichen Rechtswidrigkeit des § 4 BDSG in Bezug auf die Videoüberwachung privater Verantwortlicher aus und sieht die ausschließliche Rechtsgrundlage in den Regelungen der DSGVO, konkret Art. 6 DSGVO. Umstritten war bislang der Einsatz verdeckter Videokameras an öffentlich zugänglichen Arbeitsplätzen. Die Rechtsprechung erkennt in engen Grenzen ein Recht des Arbeitgebers zur verdeckten Videoüberwachung an. Diese ist zulässig,

- wenn ein konkreter Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schwerwiegenden Verfehlung zulasten des Arbeitgebers durch einen eingegrenzten Kreis von Arbeitnehmern besteht und dieser durch die Maßnahme aufgedeckt werden soll,
- wenn weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung ergebnislos ausgeschöpft sind und die Videoüberwachung so gesehen das einzige erfolgversprechende verbleibende Mittel ist,
- und wenn die Maßnahme auch unter Berücksichtigung der Interessen der betroffenen Arbeitnehmer nicht unverhältnismäßig ist

#### Fall

3.13.3/Fall 27: Der Arbeitgeber (AG) installiert mit Zustimmung des Betriebsrats eine verdeckte Videokamera in den Verkaufsräumen eines Einzelhandelsgeschäfts. Auf einem der Aufzeichnungen ist die Kassiererin (K) zu sehen, wie sie sich heimlich Zigaretten aneignet. Wäre das Videomaterial im Falle eines gerichtlichen Prozesses über eine ausgesprochene Kündigung verwertbar (BAG – 2 AZR 153/11)? ◀

Überwachungsmaßnahmen sind auch außerhalb des Videobereichs möglich. Das heimliche Installieren eines sog. Keyloggers, also eines Programms zur Überwachung der Tastatureingaben des Arbeitnehmers, „ins Blaue hinein“, also ohne Beachtung der

strengen Vorgaben wie bei Videoüberwachung, ist rechtswidrig (BAG – 2 AZR 681/16). Die Anbringung von GPS-Sendern an Dienstfahrzeugen der Mitarbeiter, die auch privat genutzt werden dürfen, ohne deren freiwillige informierte Einwilligung ist ebenfalls rechtswidrig (VG Lüneburg – 4 A 12/19). Die Arbeitszeiterfassung durch ein Zeiterfassungssystem mittels Fingerprint ist nicht "erforderlich" im Sinne des § 26 BDSG und damit ebenfalls ohne Einwilligung der Betroffenen nicht zulässig (ArbG Berlin – 29 Ca 5451/19).

### 3.13.3 Verwertbarkeit von Daten

Nach den Prozessordnungen im Zivil- und Strafrecht besteht bei rechtswidriger Erlangung von Beweismitteln ein **Beweisverwertungsverbot** im Prozess. Rechtswidrig ist z. B. das gezielte Mithörenlassen eines Dritten bei einem Telefongespräch, ohne dass der Gesprächspartner eingewilligt hat (BAG – 6 AZR 189/09). Ein aktives zielgerichtetes Handeln wird beispielsweise dadurch ermöglicht, dass das Mobiltelefon auf volle Lautstärke gestellt, der Dritte gezielt an sich herangeholt oder eine bestehende Mithörmöglichkeit erkannt und nichts dagegen unternommen wird. Keine Persönlichkeitsrechtsverletzung liegt dagegen vor, wenn der Dritte das Gespräch nur zufällig mitbekommt, ohne dass der Beweispflichtige etwas dafür kann oder dies aktiv befördert hat (BAG aaO.).

Wenn der Arbeitnehmer illegale Aktivitäten gegen seinen Arbeitgeber entwickelt, also z. B. im Betrieb gestohlene Waren auf „eBay“ verkauft, muss er damit rechnen und es akzeptieren, dass private digitale Spuren auf seinem Arbeitsplatzrechner (hier: private Chat-Protokolle) gegen ihn verwendet werden (LAG Hamm – 14 Sa 1711/10).

### 3.13.4 Personalakte und Auskunftsanspruch

Als Personalakte bezeichnet man eine Sammlung von personenbezogenen Daten über den Arbeitnehmer, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen. Grundsätzlich darf der Arbeitgeber alle Informationen, ob mit oder ohne Personenbezug, in die Personalakte aufnehmen, an deren Dokumentation er ein berechtigtes Interesse hat. Wegen des entgegenstehenden Grundsatzes der Zweckbindung ist eine Weitergabe der personenbezogenen Daten und Informationen an betriebsfremde Personen ohne Einwilligung des Betroffenen unzulässig. Auch innerhalb des Unternehmens darf nur ein möglichst begrenzter Personenkreis mit der Bearbeitung der Akten betraut werden. Besonders sensible (z. B. Gesundheitsdaten, Art. 9 DS-GVO) müssen sogar in einer Nebenakte erfasst und gegen unbefugten Zugriff besonders gesichert werden. Solche besonderen Datenkategorien können z. B. Informationen über Erkrankungen wie eine Alkoholerkrankung oder, Ergebnisse von psychologischen Tests sein.

Der Arbeitnehmer hat ein **gesetzliches Einsichtsrecht** in die Personalakte sowie in etwaigen Nebenakten (§ 83 BetrVG). Er darf von Teilen der Akte auch einzelne Kopien anfertigen sowie Notizen erstellen. Das Recht kann während der Arbeitszeit ausgeübt werden, die Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds ist möglich, aber nicht zwingend notwendig. Im Falle unrichtiger Angaben hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entfernung aus der Personalakte. In der Praxis häufig sind insoweit Gerichtsverfahren über das Entfernen von Abmahnungen aus der Personalakte. Das Einsichtsrecht besteht auch nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses (BAG – 9 AZR – 573/09).

Ergänzt wird das Einsichtsrecht nach § 83 BetrVG durch den allgemeinen Auskunftsanspruch nach Art. 15 DSGVO. Die Auskunft umfasst sämtliche denkbaren personenbezogene Informationen, im Zweifel auch solche, die nicht in der Personalakte, sondern an anderer Stelle im Unternehmen vorgehalten oder gespeichert werden. Der Auskunftsanspruch ist unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats zu erfüllen (Art. 12 Abs. 3 S. 1 DSGVO) und umfasst auch das Recht zum Erhalt einer unentgeltlichen Kopie (Art. 15 Abs. 3 DSGVO). Die Unternehmen sind hier faktisch gezwungen, organisatorische Konzepte bereitzuhalten, die es ermöglichen, diesen Auskunftsanspruch rechtskonform und ohne nachteilige Rechtsfolgen zu erfüllen. Der Auskunftsanspruch reicht sogar so weit, dass ein Arbeitgeber auch die Identität eines anonymen Whistle-Blowers preisgeben muss (LAG Baden-Württemberg – 17 Sa 11/18).

Auskunftsansprüche dieser Art werden zunehmend auch in Kündigungsschutzprozessen geltend gemacht. Abgelehnt werden kann dies nur bei fehlendem Eigeninteresse oder bei ausschließlicher Schädigungsabsicht (Rechtsmissbrauch). Ein solcher wäre anzunehmen, wenn es dem Arbeitnehmer mit der Geltendmachung ausschließlich darum geht, das Unternehmen durch den abzusehenden Arbeitsaufwand unter Druck zu setzen, um im Prozess eine höhere Abfindung zu erstreiten.

### 3.13.5 Betrieblicher Datenschutzbeauftragter

Rechtsgrundlage sind die Vorschriften der Art. 37 ff. DSGVO, bei öffentlichen Stellen die §§ 5 – 7 BDSG. Die Benennung erfolgt zwingend in den Fällen des Art. 37 Abs. 1 DSGVO, wobei drei mögliche Fallkonstellationen geregelt sind: Anknüpfungspunkt sind zwei Situationen mit spezifischem Risiko (lit. b) und c)) sowie eine ergänzende Regelung in § 38 Abs. 1 BDSG. Nach der letztgenannten Vorschrift erfolgt eine Benennung, soweit der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter in der Regel **mindestens 20 Personen** mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt. „In der Regel“ bezieht sich dabei auf die durchschnittliche Zahl beschäftigter Arbeitnehmer. Abzugrenzen ist der Datenschutzbeauftragte vom **Datensicherheitsbeauftragten**. Ersterer hat eine rechtliche, letzterer eine ausschließlich technische Aufgabe.

Weitere Vorschriften über die Bestellung und die Aufgaben des betrieblichen Datenschutzbeauftragten sind in Art. 37 DSGVO enthalten. Voraussetzung ist eine vorhandene „Fachkunde“ des Datenschutzbeauftragten, die sich am Maßstab der Angemessenheit

beurteilt, also letztlich am Umfang und am Schutzbedarf der tatsächlich stattfindenden Datenverarbeitung. Gemäß Art. 37 Abs. 6 können auch Externe, die Berufs- oder Geheimnisträger sind, als Datenschutzbeauftragte bestellt werden.

---

**Merke**

Nach Ansicht des Sächsischen LAG (Urteil v. 19.8.2019 – 9 Sa 268/18) kann Datenschutzbeauftragter auch ein Betriebsratsvorsitzender sein, soweit kein Interessenskonflikt zwischen diesen Tätigkeiten vorliegt. Das BAG hatte dies zuvor bereits (Urteil v. 23.3.2011 – 10 AZR 562/09) für einfache Betriebsratsmitglieder angenommen. ◀

Hinsichtlich des Aufgabenbereichs gehen die Vorschriften über den Datenschutzbeauftragten vom **Prinzip der betrieblichen Eigenkontrolle** aus. Dies äußert sich z. B. bei der Meldepflicht hinsichtlich Verfahren automatisierter Datenverarbeitungen. Diese sind vor ihrer Inbetriebnahme der zuständigen Aufsichtsbehörde zu melden. Allerdings entfällt die Meldepflicht, wenn die verantwortliche Stelle einen Datenschutzbeauftragten bestellt hat. Ferner entfällt die Meldepflicht nach Abs. 3 bei Kleinbetrieben, in denen höchstens vier datenverarbeitende Arbeitnehmer beschäftigt sind (detaillierte Voraussetzungen der Vorschrift beachten!). Der Datenschutzbeauftragte hat ein **prozessuales Zeugnisverweigerungsrecht** und unterliegt einem **Beschlagnahmeschutz**. Er hat das Recht, die Beratung der Aufsichtsbehörde in Anspruch zu nehmen.

Die **Abberufung** eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist nach der Rechtsprechung des BAG als Teilkündigung des Arbeitsvertrages (mit entsprechenden rechtlichen Einschränkungen) zu bewerten. Ein Widerruf der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten ist nur aus wichtigem Grund möglich. Kein wichtiger Grund ist die Berufung in den Betriebsrat oder die Entscheidung eines Arbeitsgerichts, dass künftig ein externer Dritter dieser Funktion ausführt (BAG – 10 AZR 562/09).

---

### 3.14 Arbeitssicherheit, Gesundheitsschutz, Fürsorge

#### 3.14.1 Arbeitssicherheit

Es existieren eine Vielzahl einschlägiger Bestimmungen und Gesetze zur Arbeitssicherheit. Eines davon ist das hier bereits behandelte Arbeitszeitgesetz. An dieser Stelle kann nur exemplarisch auf wenige weitere Bereiche eingegangen werden. Die **Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV)** dient der Sicherheit und dem Gesundheitsschutz der Beschäftigten beim Einrichten und Betreiben von Arbeitsstätten.

### 3.14.2 Betrieblicher Gesundheitsschutz

§ 5 ArbStättV schützt die nichtrauchenden Beschäftigten vor gesundheitsschädlichem Passivrauchen in allen Arbeitsstätten. Im Rahmen von Bundeseinrichtungen oder in öffentlichen Verkehrsmitteln gilt ergänzend das Bundesnichtraucherschutzgesetz (BNichtrSchG). Der Arbeitgeber hat hier die erforderlichen Schutzmaßnahmen zu treffen. Die Vorschrift enthält eine **Beweislastumkehr**: Der betroffene Arbeitnehmer muss lediglich behaupten, aber im Zweifel nicht beweisen, dass er gesundheitlich gefährdet ist. In diesem Fall muss der Arbeitgeber beweisen, dass keine Gefahr vorliegt oder er wirksame erforderliche Maßnahmen getroffen hat.

Bei der Auswahl von Maßnahmen kommt dem Arbeitgeber ein Ermessen zu. Es kann sich um bauliche, lüftungstechnische oder organisatorische Maßnahmen handeln. Dies hängt von der Natur des Betriebes und der Art der Beschäftigung ab (BAG – 9 AZR 347/15). Wenn diese nicht ausreichend oder nicht wirksam sind, kann das Ermessen ausnahmsweise insoweit reduziert sein, als der Arbeitgeber verpflichtet ist, ein prinzipielles Rauchverbot in den Betriebsräumen auszusprechen. Eine Pflicht, Raucherräume einzurichten, besteht nicht. Rauchen auf dem Freigelände kann der Arbeitgeber jedoch nicht gänzlich verbieten. Eingeschränkt ist die Maßnahmepflicht bei Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr (z. B. Gastgewerbe). Schutzmaßnahmen sind hier nur insoweit zu ergreifen, als die Natur des Betriebes und die Art der Beschäftigung es zulassen. Bei Gastronomiebetrieben bedeutet dies im Regelfall nur, dass sich der Arbeitgeber um eine regelmäßige Belüftung bemühen muss. Ein vollständiges Beschäftigungsverbot besteht nicht, ein solches ergibt sich auch nicht aus den landesrechtlichen Nichtraucherschutzgesetzen.

#### Merke

Der verstärkte Fokus auf den Schutz der Nichtraucher im Betrieb veranlasste das LAG Nürnberg zu der Entscheidung, dass Unternehmen bisher gewährte bezahlte Raucherpausen einstellen dürfen (2 Sa 132/15). Die betroffenen Arbeitnehmer können sich nur dann auf eine betriebliche Übung berufen, wenn sie darlegen und ggf. beweisen, dass der Arbeitgeber über Häufigkeit und Dauer der Raucherpausen seiner Mitarbeiter im Einzelnen informiert war. Dieser Nachweis wird in vielen Fällen nicht gelingen. ◀

Die Aufsichtsbehörden (Gewerbeaufsichtsämter) sind zur Durchführung der Arbeitsstättenverordnung berufen.

Im Bereich Arbeitsschutz muss nach § 5 Abs. 1 ArbSchG eine Gefährdungsbeurteilung durchgeführt werden. Dies gilt z. B. bezüglich psychischer Belastungen (§ 3 Ziff. 6 ArbSchG) oder bezüglich der Anforderungen an die Raumgestaltung und

die Arbeitsplatzsicherheit. In Zeiten von Großraumbüros und wechselnden Arbeitsplätzen („shared desk“) gelten besondere Anforderungen an Brandschutz oder nach der Arbeitsstättenverordnung. Nach § 6 ArbSchG besteht eine entsprechende Dokumentationspflicht. Entsprechende Maßnahmen für Sicherheit und Gesundheit der Mitarbeiter sind in der Gefährungsbeurteilung festzulegen und umzusetzen. Entsprechende Kosten dürfen nicht den Beschäftigten auferlegt werden (§ 3 Abs. 3 ArbSchG).

### 3.14.3 Mutterschutz

Gesetzliche Vorschriften zum Mutterschutz enthält das **Mutterschutzgesetz (MuSchG)**. Der Zweck ist es, eine in einem Arbeitsverhältnis stehende schwangere Frau und ihr Kind vor Gefahren, Überforderung und Gesundheitsschädigung am Arbeitsplatz zu schützen. Das Gesetz gilt für alle Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen, einschließlich der Auszubildenden. Für Beamtinnen gelten besondere Regelungen.

Die Schutzwirkungen des MuSchG beginnen erst dann, sobald der Arbeitgeber Kenntnis von der Schwangerschaft hat. Deshalb „soll“ die Schwangere sich laut Gesetz unverzüglich nach Kenntnis dem Arbeitgeber offenbaren. Dieser hat die Pflicht, das Amt für Arbeitsschutz sowie den Betriebsrat zu informieren, damit diese überwachen können, ob die gesetzlichen Schutzvorschriften eingehalten werden. Hauptbestandteile sind der gesetzliche Freistellungsanspruch, der gesetzliche Kündigungsschutz sowie bestimmte Mindestanforderungen an die Gestaltung von Arbeitsplätzen.

Der **gesetzliche Freistellungsanspruch** von der Arbeitsleistung, unabhängig vom Bestehen einer Beschäftigungsverbots oder einer Krankheit, besteht im Zeitraum zwischen sechs Wochen vor und acht Wochen nach dem Entbindungstermin. Bei Früh- und Mehrlingsgeburten verlängert sich die Frist auf 12 Wochen nach der Entbindung. Die Arbeitnehmerin erhält während dieser Zeit keinen Mutterschutzlohn vom Arbeitgeber, sondern **Mutterschaftsgeld** von der gesetzlichen Krankenkasse. Die Höhe richtet sich nach dem Netto-Arbeitslohn, der Höchstsatz beträgt 13 EUR/Tag. Den darüber hinaus gehenden Betrag bis zur Höhe des Nettolohns muss der Arbeitgeber aufstocken. Steuern und Sozialabgaben fallen hierfür nicht an. Es besteht Beitragsfreiheit in der gesetzlichen Renten-, Pflege-, Kranken- und Arbeitslosenversicherung. Voraussetzung ist, dass die Arbeitnehmerin dort schon vorher versichert war und dass sie keine weiteren beitragspflichtigen Einnahmen hat. Hinsichtlich der Einzelheiten und der jeweils aktuellen Zuschüsse und Lohnersatzzahlungen wird auf die entsprechenden Veröffentlichungen des Bundesfamilienministeriums (auch im Internet verfügbar) verwiesen.

Der **gesetzliche Kündigungsschutz** beginnt mit der Schwangerschaft und endet mit dem Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung (§ 9 MuSchG). Er gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber von der Schwangerschaft nichts wusste (BAG – 8 AZR 742/12) und die betroffene Mitarbeiterin ihn innerhalb von zwei Wochen nach einer Kündigung darüber informiert. Allerdings kann die Arbeitnehmerin kündigen, im

Zweifel auch ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist. Sofern nach dem Ende des Mutterschutzes Erziehungsurlaub (Elternzeit) in Anspruch genommen wird, verlängert sich der gesetzliche Kündigungsschutz um diesen Zeitraum. Ausnahmen vom gesetzlichen Kündigungsschutz bestehen nur in Ausnahmefällen, z. B. bei kompletter Schließung des Betriebes.

Das Gesetz stellt aus dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes auch Anforderungen an die **Gestaltung des Arbeitsplatzes** einer schwangeren bzw. einer stillenden Arbeitnehmerin auf. Der Arbeitgeber hat den Arbeitsplatz einschließlich der Maschinen, Werkzeuge und Geräte entsprechend einzurichten. Ggf. muss er zusätzliche Maßnahmen zum Gesundheitsschutz treffen. Bestimmte Tätigkeiten darf die Arbeitnehmerin nicht ausüben, z. B. schwere körperliche Arbeit, Akkordtätigkeit, Fließbandarbeit bei vorgeschriebenem Arbeitstempo, Schichtarbeit usw. (vgl. die Liste in § 4 Abs. 2 MuSchG). Vorbehaltlich eines ärztlichen Attestes kann auch ein generelles Beschäftigungsverbot für den betreffenden Arbeitsplatz gelten. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers, die Schwangere anderweitig im Betrieb zu beschäftigen, ist eingeschränkt. Arbeiten, die nichts mit der Tätigkeitsbeschreibung zu tun haben, muss die Schwangere nicht ausführen. Eine Flugbegleiterin kann aber z. B. verpflichtet sein, auch am Schalter der Fluggesellschaft im Flughafen zu arbeiten. Wenn und soweit die Beschäftigte danach einem Beschäftigungsverbot unterliegt, muss ihr der Arbeitgeber gleichwohl einen „Mutterschutzlohn“ in Höhe des Durchschnittsgehalts der vergangenen 13 Wochen zahlen (§ 11 Abs. 1 MuSchG). Im Falle von Krankheit besteht (vorrangig) Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Im Zweifel muss also ein Arzt entscheiden, ob ein Beschäftigungsverbot oder eine Krankheit besteht.

Die Schwangere ist nicht verpflichtet, die Schutzwirkungen des MuSchG in Anspruch zu nehmen. Sie könnte theoretisch auch bis zum letztmöglichen Tag arbeiten. Bis acht Wochen nach der Entbindung besteht jedoch ein absolutes Beschäftigungsverbot. Verstöße werden mit Geldbußen zulasten des Arbeitgebers sanktioniert.

### 3.14.4 Elternzeit und Elterngeld

Nach dem Bundeselterngeld-/Elternzeitgesetz (BEEG) besteht in den dort genannten Grenzen ein Anspruch auf das Ruhen des Arbeitsverhältnisses sowie den Bezug von Elterngeld-Zahlungen.

Arbeitnehmer müssen sich vor Beginn einer Elternzeit entscheiden, für welche Zeiten innerhalb von zwei Jahren sie diese beanspruchen wollen und müssen dieses Elternzeitverlangen schriftlich beim Arbeitgeber einreichen (§ 16 Abs. 1 BEEG). Der maßgebliche

Zeitraum ist damit festgelegt und kann von der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer nicht mehr ohne Zustimmung des Arbeitgebers geändert werden. Anträge von Arbeitnehmern auf Verlängerung einer bislang nicht ausgeschöpften Elternzeit dürfen vom Arbeitgeber nicht grundlos abgelehnt werden, müssen also geprüft, nach billigem Ermessen beurteilt und nachvollziehbar kommuniziert werden (BAG –, 9 AZR 315/10).

Die Rechtsfolge einer gewährten Elternzeit ist, dass das Arbeitsverhältnis als solches fortbesteht, es ruhen jedoch die Pflichten daraus. Nach § 18 BEEG besteht ein spezieller Kündigungsschutz.

---

#### Kontrollfragen

1. Darf ein Arbeitsverhältnis ohne Vorliegen eines Sachgrundes befristet werden?
2. Darf einem Arbeitnehmer in der Probezeit auch dann gekündigt werden, wenn er sich im Arbeitsverhältnis bewährt hat?
3. Darf der Arbeitgeber die Zahlung der Vergütung verweigern, wenn der Arbeitnehmer sich bei der Ausübung eines Extremsports in seiner Freizeit (z. B. Freiklettern) am Wochenende verletzt und deshalb in der darauf folgenden Woche arbeitsunfähig krank ist?
4. Muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, den er als Berufskraftfahrer beschäftigt, das Bußgeld erstatten, das dieser aufgrund angeordneter Lenkzeitenüberschreitung im Rahmen einer Verkehrskontrolle erhält?
5. Haftet ein Arbeitnehmer dem Arbeitgeber für den eingetretenen Schaden, wenn der Arbeitnehmer während der Dienstfahrt mit dem Dienstfahrzeug ohne Freisprecheinrichtung mit dem Handy telefoniert, dabei versehentlich das Rotlicht der Ampel übersieht und einen Unfall mit Fremd- und Eigenschaden verursacht?
6. Hat der Arbeitnehmer einen gesetzlichen Anspruch auf Verringerung seiner Arbeitszeit?
7. Müssen geleistete Überstunden vergütet werden?
8. Was gilt, wenn der Arbeitnehmer während des Urlaubs erkrankt?
9. Kann der Arbeitgeber die private Nutzung von Internet und E-Mail am Arbeitsplatz verbieten?



# Beendigung des Arbeitsverhältnisses

# 4

## Lernziele

**Dieses Kapitel vermittelt:**

- einen Überblick über die verschiedenen Varianten einer Beendigung von Arbeitsverhältnissen,
- Kenntnisse zur Rechtswirksamkeit von Kündigungen,
- Erläuterungen zu „rechtlichen Fallstricken“ bei Aufhebungsverträgen,
- eine Darstellung der Rechtsfolgen, insbesondere im Hinblick auf Arbeitszeugnis und Wettbewerbsverbot

## 4.1 Einleitung

Beendet wird ein Arbeitsverhältnis durch

- Tod des Arbeitnehmers (Arbeitsverhältnisse sind unvererbbar, außer hinsichtlich der Abgeltung von Urlaubsansprüchen)
- Zeitablauf bei Befristung
- Erreichen der Altersgrenze, soweit vertraglich oder tariflich festgelegt
- Auflösungsentscheidung eines Gerichts nach §§ 9, 10 KSchG
- Kündigung durch eine der beiden Vertragsparteien
- Schließung eines Aufhebungsvertrages

Im Folgenden wird auf die genannten Punkte (außer Tod) näher eingegangen. Da in den meisten Fällen ein Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendet wird, liegt der Schwerpunkt im Folgenden auf Fragen der formellen und materiellen Wirksamkeit einer Kündigung.

## 4.2 Altersgrenzen

### 4.2.1 Gesetzliches Rentenalter

Ein automatisches gesetzliches Ausscheiden aus Altersgründen kennt das deutsche Recht nicht. Das Erreichen des „normalen“ Ruhestandsalters nach 67 Lebensjahren stellt nach dem Gesetz auch keinen Kündigungsgrund dar. Allerdings kann in einem Einzelvertrag, Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung bestimmt sein, dass das Arbeitsverhältnis automatisch endet, wenn der Arbeitnehmer diese Altersgrenze erreicht hat und zugleich Rentenansprüche entstehen („**Regelaltersgrenze**“). Dies stellt auch unter der Geltung des AGG (vgl. § 10 S. 3 Ziff. 5 AGG) keine verbotene Altersdiskriminierung dar (vgl. Hess. LAG – 17 Sa 809/07). Voraussetzung für diskriminierungsfreie „Ausscheidungsklauseln“ ist das Vorliegen eines sachlichen Grundes. Das tarifvertragliche Ausscheiden eines Piloten mit Erreichen der Altersgrenze von 60 Jahren ist jedoch in dieser Pauschalität nicht rechtmäßig (EuGH, C-447/09).

Eine Weiterarbeit nach Erreichen der Regelaltersgrenze ist selbstverständlich zulässig (und wird auch häufig praktiziert).

### 4.2.2 Altersteilzeit

Die Bundesagentur für Arbeit fördert diese Form des „gleitenden Ruhestandes“ durch Erstattungsleistungen sechs Jahre lang entsprechend § 237 SGB VI und den Vorschriften des Altersteilzeitgesetzes (AltTZG).

Voraussetzung für Altersteilzeit ist eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien oder ein Tarifvertrag bzw. Betriebsvereinbarung. Der Arbeitnehmer (Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigter) muss mindestens das 55. Lebensjahr vollendet haben (in manchen Branchen 57. Lebensjahr oder später). Weiter muss ein gewisser Mindestumfang (1080 Kalendertage) einer versicherungspflichtigen Beschäftigung vorliegen. Der Arbeitnehmer muss also mindestens ca. 3 Jahre beschäftigt gewesen sein. Schließlich muss sich die Vereinbarung bis zu dem Zeitpunkt erstrecken, bis eine Rente beansprucht werden kann (weitere Voraussetzungen siehe § 3 AltTZG). Verringert werden kann die Arbeitszeit auf bis zu 50% des bisherigen Umfangs, nicht jedoch unter 18 h pro Woche. Die Verteilung ist Sache der Vertragsparteien. Demnach ist auch Blockarbeit möglich (z. B. 1 Woche Arbeit – 1 Woche Freizeit oder volle Arbeit und nach der Hälfte der Zeit in Ruhestand, sog. **Blockmodell**). Der wesentliche Unterschied zur Teilzeitarbeit ist, dass z. B. bei einer Halbierung der Arbeitszeit das Teilzeitentgelt um mindestens 20% aufgestockt wird. Unter gewissen Voraussetzungen trägt die Staatskasse dieses erhöhte Vergütung.

Wenn Arbeitnehmer sich für Altersteilzeit entscheiden, darf dies vom Unternehmen nicht einfach aus Kostengründen abgelehnt werden. Der Regelfall ist allerdings, dass die Unternehmen in der Vergangenheit gerne von diesem Instrument der Arbeitsförderung

Gebrauch gemacht haben. Die Altersteilzeit war als Instrument zur Schaffung neuer Arbeitsplätze gedacht. In der Praxis hat sie sich allerdings hauptsächlich zu einem Instrument des Arbeitsplatzabbaus entwickelt, weshalb die Leistungen dann auch eingeschränkt wurden.

---

## 4.3 Zulässigkeit der Kündigung

Für die Kündigung als den wichtigsten Beendigungsgrund müssen sowohl formelle als auch materielle (= inhaltliche) Voraussetzungen erfüllt sein. Geprüft werden in der Praxis zunächst die formellen Voraussetzungen. Nur wenn diese erfüllt sind und die Kündigung damit zulässig ist, ist es notwendig, auch etwaige materielle Voraussetzungen zu prüfen.

### 4.3.1 Kündigungserklärung

Im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit einer Kündigung muss zunächst geprüft werden, ob eine **wirksame Kündigungserklärung** vorliegt. Grundsätzlich muss eine Kündigung bestimmt und unmissverständlich erklärt werden. Der Wille, das Arbeitsverhältnis beenden zu wollen, muss ausdrücklich zu erkennen sein. Das Wort „Kündigung“ muss allerdings nicht zwangsläufig enthalten sein. Zur Bestimmtheit gehören auch Angaben zum Beendigungsdatum (BAG – 6 AZR 805/11). Es genügt allerdings, wenn die Kündigung einen Hinweis auf die maßgeblichen gesetzlichen Fristen enthält und der Arbeitnehmer das konkrete Ende unschwer selbst ermitteln kann.

---

#### Fall

4.3.1/Fall 1: AG kündigt AN „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“. Das Kündigungsschreiben führt im Weiteren aus, welche Kündigungsfristen sich aus § 622 ergeben und dass § 113 InsO eine Begrenzung der gesetzlichen, tariflichen oder arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist auf drei Monate bewirkt, sofern sich eine längere Frist ergibt. Wirksam (BAG – 6 AZR 805/11)? ◀

Die Angabe von Kündigungsgründen ist nicht unbedingt erforderlich. Eine Kündigung unter einer Bedingung wäre allerdings unwirksam. Die Kündigungserklärung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Derjenige, der kündigt, muss dies in der Form einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung tun. Es bedarf keiner korrespondierenden Willenserklärung des Kündigenden.

Die Kündigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit zunächst gem. § 623 der **Schriftform** (vgl. hierzu § 126). Eine Ersetzung der Schriftform durch die elektronische Form (§ 126a) ist nicht möglich. Das Schriftformerfordernis dient dem Schutz vor

Übereilung (Warnfunktion) und der Rechtssicherheit (Klarstellungs- und Beweisfunktion). Kündigungen, die dem Formerfordernis nicht entsprechen, sind gem. § 125 S. 1 grundsätzlich nichtig. Eine Mindermeinung geht davon aus, dass ausnahmsweise eine Berufung auf die nicht erfüllte Form gegen Treu und Glauben (§ 242) verstoßen kann. Die Vertreter dieser Ansicht legen strenge Anforderungen an Ausnahmen an, um die Formvorschriften nicht auszuhöhlen. Richtigerweise muss es jedoch ausschließlich und ausnahmslos auf die Einhaltung oder Nichteinhaltung der gesetzlichen Formen ankommen.

#### Fall

4.3.1/Fall 2: AN kündigt per E-Mail. Zulässig?

4.3.1/Fall 3: AN hat Streit mit seinem Vorgesetzten (AG). Im Zuge dieses Gesprächs kündigt AN dem AG spontan und im Affekt mündlich. Später macht er geltend, die Schriftform sei nicht eingehalten worden. Liegt eine wirksame Kündigung vor (BAG – 2 AZR 659/03)? ◀

Auf Anstellungsverhältnisse von Organen (z. B. GmbH-Geschäftsführer, AG-Vorstände) ist § 623 nicht anzuwenden, auch nicht analog. Denn Organmitglieder stehen in den meisten Fällen nicht in einem Arbeitsverhältnis, weil sie nicht fremdbestimmte abhängige Arbeit leisten, sondern selbst die Weisungsbefugnis eines Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern ausüben.

Zu ihrer Wirksamkeit ist weiter die **Unterschrift** des Arbeitgebers oder eines bevollmächtigten Vertreters erforderlich. Die Anforderungen an eine hinreichende Unterschrift sind im Gesetz nicht geregelt. Eine wirksame Unterschrift kann jedenfalls auch im Falle ihrer Unleserlichkeit vorliegen. Lediglich das Handzeichen (Paraphe) erfüllt nicht die Anforderungen an die Schriftform. Maßgeblich ist das Erscheinungsbild. Danach ist jeder Schriftzug, der nicht nur aus einem oder zwei Buchstaben besteht, oder durch Punkte eine Abkürzung symbolisiert, eine wirksame Unterschrift (BAG – 6 AZR 519/07). Entscheidend ist vor allem, ob der Aussteller identifizierbar ist. Eine lediglich mit dem Zusatz „i.A.“ (= „im Auftrag“) versehene Kündigungserklärung eines Assistenten der Geschäftsführung wäre nicht ausreichend (ArbG Hamburg – 27 Ca 21/06). Durch diesen Zusatz würde klar gemacht werden, dass der Unterzeichnende die Kündigung nicht selbst aussprechen wolle oder könne. Er sei demgemäß nur Bote einer fremden Kündigungserklärung, die wiederum mangels persönlicher Unterschrift nicht formwirksam sei. Wird eine Erklärung „i.V.“ unterzeichnet, muss die Vertretungsposition deutlich erkennbar sein. Wenn bei einer GbR im Kündigungsschreiben alle Gesellschafter im Briefkopf und Unterschriftenzeile aufgeführt sind, müssen auch alle unterschreiben. Die Schriftform ist nicht gewahrt, wenn nur ein Teil der Gesellschafter (also z. B. nur zwei von dreien) das Kündigungsschreiben unterzeichnet, ohne dass

durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt, dass auch der nicht Unterzeichnende vertreten werden soll (BAG – 2 AZR 162/04).

---

**Fall**

4.3.1/Fall 4: Geschäftsführer G einer GmbH (= Arbeitgeber, AG), die einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat, erklärt ohne Beteiligung des vorläufigen Insolvenzverwalters gegenüber dem Arbeitnehmer (AN) in Schriftform die Kündigung. Wirksam (BAG – 2 AZR 403/07)? ◀

Weitere Voraussetzung ist die Abgabe und der wirksame **Zugang** der Kündigung. Unter Anwesenden wird der Zugang üblicherweise durch persönliche Übergabe des Kündigungsschreibens bewirkt. Aus Beweisgründen sollte dies gegen Empfangsquittung geschehen. In den meisten Fällen wird die Kündigung während der betrieblichen Arbeitszeiten händisch übergeben. Hier ist der Arbeitnehmer aufgrund seiner Treuepflicht verpflichtet, die Kündigung entgegen zu nehmen. Eine Weigerung der Entgegennahme bewirkt eine Zugangsfiktion (BAG – 2 AZR 483/14). Unter **Abwesenden** ist ein wirksamer Zugang nach der Rechtsprechung gegeben, wenn die Kündigungserklärung derart in den Machtbereich des Empfängers geraten ist, dass dieser sie unter normalen Umständen zur Kenntnis nehmen kann. An die Art und Weise, wie eine Kündigung dem Empfänger zugestellt wird, werden keine gesetzlichen Anforderungen gestellt. Aus Beweisgründen ist zu empfehlen, das Schreiben entweder unter Zeugen in den Briefkasten des Empfängers einzuwerfen oder per Einschreiben an ihn zustellen zu lassen. Zu empfehlen ist ein Einwurf-Einschreiben. Beim Einschreiben mit Rückschein ist die Rechtsprechung der Ansicht, dass ein wirksamer Zugang einer Kündigung nicht gegeben ist, wenn der Empfänger nicht angetroffen wird, der Zusteller daraufhin einen Benachrichtigungsschein in den Briefkasten einwirft, die Sendung aber dann nicht abgeholt wird.

---

**Fall**

4.3.1/Fall 5: Arbeitgeber AG will seinem Arbeitnehmer AN kündigen. Er verfasst ein dem § 623 entsprechendes Kündigungsschreiben. Ist der Zugang der Kündigung bei folgenden Situationen zu bejahen, und wenn ja, wann?

1. AG trifft AN nach Geschäftsschluss zufällig im Supermarkt. Er nutzt die Gelegenheit und übergibt das Schreiben dort.
2. Er wirft die Kündigung aus dem fahrenden Auto in den Garten des Wohnhauses des AN, wo sie AN zwei Wochen später zufällig beim Rasenmähen findet.

3. Er wirft die Kündigung um 19.00 Uhr in den Briefkasten des Wohnhauses des AN.
4. Er läutet an der Tür und übergibt das Schreiben an die Haushaltshilfe des AN, die die Tür öffnet. Diese steckt das Schreiben in ihre Hosentasche und vergisst es.
5. Er sendet das Schreiben per Einschreiben mit Rückschein. Weil AN nicht zuhause ist, hinterlässt der Briefzusteller einen Benachrichtigungsschein mit der Bitte, die Sendung innerhalb einer bestimmten Frist bei der Post abzuholen, was AN vergisst (BAG – 2 AZR 13/95, aber BAG – 2 AZR 475/01).
6. AN fliegt für vier Wochen in die Türkei in den Urlaub, was AG weiß. Am zweiten Tag dieser Urlaubsabwesenheit wirft AG das Kündigungsschreiben in den Briefkasten des AN ein. AN fragt sich, ob die Dreiwochenfrist (§ 4 KSchG) für die Kündigungsschutzklage bereits abgelaufen ist. ◀

Ein Zugang am Tag des Einwurfs in den Briefkasten kommt nach der Rechtsprechung nur dann in Betracht, wenn zu diesem Zeitpunkt nach der Verkehrsanschauung, ohne Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des Empfängers, noch mit einer Leerung an diesem Tag zu rechnen ist (BGH – XII ZR 148/05). Bei Minderjährigen muss die Kündigung zu ihrer Wirksamkeit den gesetzlichen Vertretern (im Regelfall den Eltern) zugehen, nicht den Minderjährigen.

### 4.3.2 Kündigungsfristen

§ 622 enthält die gesetzlichen Kündigungsfristen im Falle der ordentlichen Kündigung (siehe hierzu auch den in der Praxis nicht sehr bedeutsamen § 624). Diese gelten immer dann, wenn der Arbeitsvertrag oder ein Tarifvertrag keine (zulässigerweise) abweichenden Regelungen enthält. Zu beachten ist, dass für eine Arbeitgeberkündigung **gestaffelte Kündigungsfristen** gelten, je nachdem, wie lange das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers im Betrieb ununterbrochen bestanden hat (vgl. § 622 Abs. 2).

Fristbeginn und Fristende berechnen sich jeweils nach den allgemeinen Vorschriften des (§§ 187 ff.). § 193.

#### Fall

4.3.2/Fall 6: AN erhält am Mittwoch, den 1.4., eine zulässige Kündigung in der Probezeit mit zweiwöchiger Kündigungsfrist. Wann endet das Arbeitsverhältnis? ◀

§ 193 enthält die wichtige Einschränkung, dass Samstage (Sonnabende) sowie Sonn- und Feiertage bei der Berechnung eines Fristendes unbeachtlich sind. Das Ende der Frist wird also in diesem Falle auf den darauf folgenden Werktag verschoben.

Fraglich ist, ob bei einer mit einer falschen Kündigungsfrist ausgesprochenen Kündigung eine **Umdeutung** in eine solche zum nächstmöglichen Zeitpunkt erfolgen

kann (§ 140). Das BAG (2. Senat) hat dies jedenfalls dann bejaht, wenn der Arbeitgeber, z. B. durch Angabe eines falschen Beendigungsdatums, zumindest zu erkennen gibt, dass er sich an Kündigungsfristen halten möchte. Der 5. BAG-Senat geht demgegenüber davon aus, dass eine Auslegung nicht möglich ist, wenn der Arbeitgeber einen bestimmten Beendigungstermin in der Kündigung angibt (BAG – 5 AZR 700/05).

Von den gesetzlichen Kündigungsvorschriften der Abs. 1 – 3 des § 622 kann durch Tarifvertrag abgewichen werden (§ 622 Abs. 4). Es könnten also auch kürzere Fristen festgelegt werden. Einzelvertraglich kann eine kürzere Frist dagegen nur in den in § 622 Abs. 5 genannten Fällen verkürzt werden. Eine Verlängerung der Fristen ist dagegen einzelvertraglich möglich. In diesem Falle darf allerdings die Frist für eine Kündigung durch den Arbeitnehmer nicht länger sein als die Frist für die Arbeitgeberkündigung. Hinsichtlich der maximalen Höchstdauer solcher „gleichlaufender“ Kündigungsfristen ist zu beachten, dass die Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers (Art. 12 GG) nicht unzumutbar eingeschränkt werden darf.

---

**Fall**

4.3.2/Fall 7: Der Arbeitsvertrag enthält folgende Regelung: „Die Kündigungsfrist beträgt für beide Parteien drei Monate.“ Zulässig oder nicht? ◀

Auf die Einhaltung einer tariflich vorgegebenen Kündigungsfrist können Arbeitnehmer nicht verzichten (BAG – 2 AZR 147/99). Ein solcher Verzicht verstößt gegen § 4 Abs. 4 TVG. Die Vorschrift lässt einen Verzicht nur dann wirksam sein, wenn die Tarifvertragsparteien einen entsprechende Vereinbarung (Vergleich) schließen. Sonst könnten Arbeitgeber möglicherweise zu Unrecht Vergütungsansprüche einsparen.

### 4.3.3 Anhörung von Gremien und Organisationen

Gem. § 102 BetrVG ist der **Betriebsrat**, falls es ihn im Betrieb gibt, vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber teilt dem Betriebsrat auch die Gründe für die Kündigung mit. Der Betriebsrat hat die Möglichkeit, etwaige Bedenken dem Arbeitgeber binnen einer Woche in **Schriftform** („schriftlich“) mitzuteilen. Unterlässt er dies, gilt die Zustimmung als erteilt. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

---

**Fall**

4.3.3/Fall 8: Der Betriebsrat wird gem. § 102 BetrVG angehört und formuliert fristgerecht per E-Mail seine Bedenken. Muss der Arbeitgeber die Bedenken berücksichtigen, und wenn ja, in welcher Form? ◀

Kündigt der Arbeitgeber, obwohl der Betriebsrat der Kündigung widersprochen hat, so hat er dem Arbeitnehmer mit der Kündigung eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrats zuzuleiten (§ 102 Abs. 4 BetrVG). Die Kündigung ist in diesem Falle also nicht unwirksam. Der Arbeitnehmer erhält auf diese Weise lediglich eine Hilfestellung für den Fall einer eventuellen Klage.

Darüber hinaus bei schwerbehinderten Arbeitnehmern kann auch eine Anhörung der **Schwerbehindertenvertretung** erforderlich sein. Dieses Gremium besteht in Unternehmen, die mindestens fünf schwerbehinderte Menschen nicht nur vorübergehend beschäftigen. Das Gremium muss „unverzüglich und umfassend“ informiert werden und es muss Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Ein Verstoß gegen das Anhörungsrecht führt nach § 178 Abs. 2 SGB IX zur Unwirksamkeit der Kündigung.

#### 4.3.4 Einhaltung der Klagefrist

Wenn der Arbeitnehmer die Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung gerichtlich einklagen will, ist dies nur dann zulässig, wenn er die Klage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung beim zuständigen Arbeitsgericht einreicht und Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses begehrt (**Klagefrist für Feststellungsklage**, § 4 KSchG). Die Vorschrift gilt analog auch für Klagen, die nicht auf dem KSchG beruhen. Ausnahmsweise können unter den Voraussetzungen des § 5 KSchG verspätet eingereichte Klagen noch berücksichtigt werden. Arbeitnehmer, denen mit einer Wiedereinstellungszusage gekündigt wird (z. B. während der Wintermonate am Bau oder während der Winterferien des Freizeitparks), sollten zur Wahrung ihrer Rechte eine Kündigungsschutzklage einreichen. Sonst besteht das Risiko, die Dreiwochenfrist zu versäumen. Die Rechtsprechung verneint die Möglichkeit der Einreichung einer verspäteten Klage, wenn der Arbeitgeber entgegen der Zusage den Arbeitnehmer (z. B. wegen schlechter wirtschaftlicher Lage) nicht wieder einstellt (vgl. LAG Rheinland-Pfalz – 4 Ta224/05).

#### 4.3.5 Schema Zulässigkeit der Kündigung

Zusammenfassend unterliegt die Zulässigkeit einer Kündigung den folgenden Voraussetzungen:

1. Vorliegen einer (wirksamen) Kündigungserklärung
  - bestimmte und unmissverständliche Erklärung
  - Angaben zum Beendigungsdatum (ggf. spezielle Kündigungsfristen aus Vertrag, Tarifvertrag oder in der Insolvenz (§ 113 InsO) beachten)



- Schriftform / hinreichende Unterschrift
  - Zugang
2. Anhörung des Betriebsrats (§ 102 BetrVG)
  3. ggf. Beteiligung einer anderen Stelle (z. B. § 17 MuSchG für bei Wunsch nach Aufhebung des Kündigungsverbots oder §§ 178 Abs. 2 SGB IX für schwerbehinderte Menschen oder § 102 BetrVG)

Die nach § 2 Abs. 2 S. 2 Ziff. 3 SGB III gebotene Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer frühzeitig, spätestens im Rahmen der Kündigung über die Notwendigkeit eigener Aktivitäten bei der Suche nach einer anderen Beschäftigung sowie über die Verpflichtung zur Meldung nach § 38 Abs. 1 SGB III bei der Bundesagentur für Arbeit spätestens drei Tage nach Kenntnis des Beendigungszeitpunkts zu informieren, ihn hierzu freizustellen und die Teilnahme an erforderlichen Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung zu ermöglichen, wird in diesem Schema nicht eigens genannt. Denn laut Gesetz ist die Einhaltung dieser Pflicht keine zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Kündigung. Im Übrigen begründet das Unterlassen der Pflicht keinen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber (BAG – 8 AZR 571/04, vgl. auch Abb. 4.1).

---

## 4.4 Begründetheit der ordentlichen Kündigung

Die Anforderungen an die materiell-rechtliche Wirksamkeit einer Kündigung (Begründetheit) richten sich danach, ob eine ordentliche oder eine außerordentliche (fristlose) Kündigung vorliegt. Als ordentliche Kündigung wird eine Kündigung bezeichnet, die die gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten („ordentlichen“) Kündigungsfristen einhält. Dagegen kann eine außerordentliche Kündigung mit sofortiger Wirkung, also ohne Einhaltung einer Frist, erfolgen oder die Frist kann frei gewählt werden.

### 4.4.1 Kleinbetriebe

In **Kleinbetrieben** mit bis zu 10 Arbeitnehmern (vorbehaltlich § 23 Abs. 1 KSchG bei älteren Arbeitsverhältnissen 5 Arbeitnehmer, siehe unten) gelten hierfür grundsätzlich keine besonderen sachlichen Voraussetzungen.

Ausnahmsweise kann aber auch eine solche Kündigung unbegründet sein. Das ist dann der Fall, wenn sie sittenwidrig (§ 138), willkürlich (§ 242) oder diskriminierend (§ 1 AGG i. V. m. § 134) ist. Dasselbe gilt für Kündigungen innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG (s. u.). Eine willkürliche Kündigung liegt beispielsweise vor, wenn



**Abb. 4.1** Zulässigkeit der Kündigung

ausschließlich aus Rache oder Vergeltung (etwa bei abgewiesenem „Liebeswerben“) gekündigt wird. Der Grundsatz von Treu und Glauben beinhaltet die Pflicht zur Einhaltung eines Mindestmaßes an sozialer Rücksichtnahme. Danach kann auch ein widersprüchliches Verhalten, eine Kündigung zur Unzeit, eine Kündigung in einer bestimmten ehrverletzenden Form oder die Auswahl der konkret von einer Kündigung Betroffenen im Betrieb rechtswidrig sein. Allerdings ist der gerichtliche Prüfungsmaßstab in allen Fällen auf die reine **Missbrauchskontrolle** beschränkt. Eine Kündigung, die der Arbeitgeber kurz vor Ablauf der Wartefrist nach § 1 Abs. 1 KSchG ausspricht, ist allein deshalb nicht treuwidrig.

### Fall

4.4.1/Fall 9: Sind die folgenden Kündigungen eines Arbeitgebers (AG) im Kleinbetrieb wirksam?

1. AG kündigt aus betrieblichen Gründen dem deutlich älteren AN und belässt einen deutlich jüngeren Arbeitnehmer im Betrieb.
2. AG kündigt dem AN ausschließlich wegen seiner Homosexualität.

3. AG kündigt dem AN, nachdem dieser eine Chinesin geheiratet hat. AG ist ein Unternehmen, das auch die Bundeswehr beliefert, AG befürchtet Industriespionage. Konkrete Anhaltspunkte hierfür liegen nicht vor (LAG Schleswig-Holstein – 3 Sa 95/11). ◀

Ein durch langjährige Mitarbeit verdientes Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses darf im Rahmen der Prüfung der Treuwidrigkeit nicht unberücksichtigt bleiben (BVerfG – 1 BvL 15/87). Hat der Arbeitgeber keine spezifisch eigenen Interessen, einem bestimmten Arbeitnehmer zu kündigen bzw. anderen Arbeitnehmern nicht zu kündigen, und entlässt er dennoch den Mitarbeiter mit der bei Weitem längsten Betriebszugehörigkeit, so spricht alles dafür, dass der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme außer Acht gelassen hat (BAG – 2 AZR 15/00).

**Unkündbarkeitsklauseln** in Tarifverträgen (z. B. öffentlicher Dienst: mind. 40 Jahre alt und 15 Jahre dabei) sind zwar zu beachten. Die Tarifparteien sind aber frei, solche Vereinbarungen zu ändern, selbst wenn dadurch die bisher bestehende Unkündbarkeit einiger Mitarbeiter aufgehoben wird (BAG – 2 AZR 58/08). Auch im Falle der dauerhaften Krankheit des Arbeitnehmers oder der Streichung des Arbeitsplatzes gelten etwaige Unkündbarkeitsklauseln nicht. Im letzteren Falle kann dem Unternehmen nicht zugemutet werden, ein Arbeitsverhältnis aufrecht zu erhalten, für das keinerlei Bedarf besteht (BAG – 2 AZR 227/97).

#### 4.4.2 Geltungsbereich des KSchG

Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) ist gem. § 23 Abs. 1 KSchG bei Arbeitgeberkündigungen in Betrieben mit mehr als zehn Arbeitnehmern anwendbar. Dies gilt aber nur dann, wenn der betroffene Arbeitnehmer ab 1.1.2004 neu eingestellt wurde. Ansonsten bleibt es bei der früheren Schwelle von mehr als fünf Arbeitnehmern. Durch die gesetzliche Anhebung der Schwelle im Jahre 1996 waren 80 % aller früher einbezogenen Betriebe und 30 % aller Arbeitnehmer aus dem Anwendungsbereich des KSchG herausgefallen.

Die Berechnung der Zahl der Arbeitnehmer richtet sich ebenfalls nach § 23 Abs. 1 KSchG. Der betroffene Arbeitnehmer wird in die Berechnung einbezogen. Das gilt selbst dann, wenn sein Arbeitsplatz nicht mehr besetzt wird (BAG – 2 AZR 237/03). Teilzeitkräfte und „Mini-Jobber“ (bis 20 Std./Woche) werden mit einer Quote von 0,5 (also als „halbe Arbeitnehmer“) und Teilzeitkräfte, die zwischen 21 und 30 Std./Woche arbeiten, mit einer Quote von 0,75 eingerechnet. Zeit- oder Leiharbeiter werden dann berücksichtigt, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht (BAG – 2 AZR 140/12). Dagegen bleiben Auszubildende, freie Mitarbeiter und Praktikanten und (selbstverständlich) auch der Arbeitgeber selbst (z. B. mitarbeitender

Chef einer Einzelfirma) unberücksichtigt. Etwaige Befristungen sind für die Berechnung genauso unbeachtlich wie ruhende Arbeitsverhältnisse, führen also nicht zu einem Abzug oder einer Teilquote.

### Fall

4.4.2/Fall 10: Der gekündigte AN ist seit 1999 im Betrieb beschäftigt. Ende 2003 hatte der Betrieb acht Vollzeit-Mitarbeiter, 2005 waren es nur vier, heute sind es wieder acht Vollzeit-Mitarbeiter sowie sechs „Mini-Jobber“ und drei Auszubildende. Gilt für AN das Kündigungsschutzgesetz? ◀

Bei Arbeitsverhältnissen mit Auslandsbezug, z. B. beim ausländischen Arbeitgeber angestellten, jedoch im Inland tätigen Vertriebsmitarbeitern, müssen die Anwendungsvoraussetzungen des KSchG gänzlich im Inland erfüllt sein (BAG – 2 AZR 906/02).

Eine weitere Voraussetzung der Geltung des KSchG ist, dass das Arbeitsverhältnis formalrechtlich gesehen mindestens sechs Monate bestanden haben muss (§ 1 Abs. 1 KSchG). Ob die Beschäftigung in dieser Zeit tatsächlich ausgeübt wurde, ist nicht erheblich.

Wenn die Schutzvorschriften des KSchG eingreifen, bedarf es zu einer wirksamen Arbeitgeberkündigung der **sozialen Rechtfertigung**. Die Gründe für eine solche soziale Rechtfertigung sind (abschließend): dringendes betriebliches Erfordernis sowie Gründe, die im Verhalten oder in der Person des Arbeitnehmers liegen. Weitere, nach privaten und öffentlichen Betrieben aufgeteilte, Rechtfertigungsgründe enthält § 1 Abs. 2 KSchG (lesen! Vgl auch Abb. 4.2).

## Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes

### § 1 KSchG

#### *persönlicher Geltungsbereich*

Arbeitnehmer bei Kündigungszugang  
länger als 6 Monate beschäftigt  
(entscheidend: Bestand des  
Arbeitsverhältnisses)

### § 23 Abs. 1 KSchG

#### *betrieblicher Geltungsbereich*

In der Regel mehr als 10 Arbeitnehmer  
beschäftigt

- Auszubildende zählen nicht mit
- Inhaber zählt nicht mit
- Teilzeitbeschäftigte zählen anteilig mit  
Faktor = regelmäßige Wochenarbeitszeit  
bis einschl. 20 Std. - Faktor 0,5  
bis einschl. 30 Std. - Faktor 0,75

**Abb. 4.2** Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG)

#### 4.4.2.1 Betriebsbedingte Kündigung

Die Einschätzung darüber, ob ein betriebliches Erfordernis vorliegt, welches vor allem auch dringend ist, wird in einer im Grundsatz freien Wirtschaftsordnung wie in Deutschland zunächst einmal dem Arbeitgeber überlassen. Das heißt, unternehmerische Entscheidungen unterliegen grundsätzlich der Freiheit des Arbeitgebers. Die Rechtsprechung nimmt im Streitfall eine Prüfung nur unter dem Gesichtspunkt vor, ob eine solche Arbeitgeberentscheidung nachvollziehbar ist und den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht. In jedem Falle muss sich die Einschätzung auf einen gegebenen Zustand in der Gegenwart beziehen. Bloße, sachlich nicht durch gegenwärtige Zahlen oder Fakten begründete Mutmaßungen über Umstände, die in der Zukunft liegen, ergeben im Regelfall kein „dringendes“ betriebliches Erfordernis. So muss ein befürchteter Auftragsrückgang entweder tatsächlich eingetreten oder jedenfalls durch aktuelle Daten begründet sein. Dasselbe gilt für Rationalisierungsmaßnahmen. Innerbetriebliche Gründe rechtfertigen dann eine betriebsbedingte Kündigung, wenn sich der Arbeitgeber im Unternehmensbereich zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (ArbG Bielefeld – 6 Ca 2886/06 unter Bezugnahme auf die BAG-Rechtsprechung).

##### Fall

4.4.2.1/Fall 11: Aufgrund einer von Wirtschaftsverbänden prognostizierten negativen Wirtschaftsentwicklung in den kommenden beiden Jahren plant Unternehmer U, eine Produktionslinie einzustellen. Hierzu kündigt er 5 von 20 Arbeitnehmern. Ist die Kündigung des mitbetroffenen Arbeitnehmers (AN) sozial gerechtfertigt?

Abwandlung: AG führt ein neues Vertriebssystem ein, welches maßgeblich auf die Tätigkeit freier Handelsvertreter setzt. Der interne Vertriebsmitarbeiter AN wird gekündigt. Rechtens? ◀

Eine vermeintliche Unrichtigkeit unternehmerischer Entscheidungen kann im Kündigungsschutzverfahren grundsätzlich nicht mit Erfolg geltend gemacht werden. Der Arbeitgeber muss sie im Gerichtsverfahren ggf. nur insoweit unternehmenspolitisch rechtfertigen, als er im Bedarfsfalle ein schlüssiges Konzept vorlegen muss, worauf diese beruhen und was sie bewirken. Das BAG macht eine Ausnahme bei offensichtlich unsachlichen, unvernünftigen oder willkürlichen Entscheidungen oder im Falle einer Gesetzeswidrigkeit. Als unvernünftig wird es aber nicht angesehen, wenn das Unternehmen trotz hoher Gewinne Arbeitsplätze abbauen will. Er muss in diesem Falle bei Überschreiten bestimmter Schwellenwerte (z. B. Zahl der abzubauenen Arbeitsplätze) den Betriebsrat einschalten. Auch der Betriebsrat kann einen Stellenabbau lediglich verzögern, aber nicht verhindern.

**Fall**

4.4.2.1/Fall 12: AG betreibt „Outsourcing“ in der Form, dass er die Aufgaben einer ganzen Abteilung auf eine neu gegründete GmbH verlagert. Den Mitarbeitern der ganzen Abteilung wird betriebsbedingt wegen Wegfall ihres Arbeitsplatzes gekündigt. Die „neuen“ Mitarbeiter der GmbH, die personenidentisch mit den gekündigten der alten Abteilung sind, verrichten de facto dieselbe Arbeit unter denselben räumlichen und organisatorischen Bedingungen wie im vorherigen Betrieb, erhalten allerdings weniger Vergütung. Sind die Kündigungen berechtigt (vgl. Urteil BAG – 2 AZR 636/01)? ◀

Gleichwohl kann der Arbeitgeber trotz sachlicher Nachvollziehbarkeit einer unternehmenspolitischen Entscheidung zur Ergreifung bestimmter **„Kündigungsvermeidungsstrategien“** verpflichtet sein, bevor er betriebsbedingt kündigt. Eine solche Pflicht ist aber nur in Sonderfällen denkbar und verlangt eine Abwägung der Gesamtumstände. Das kann dazu führen, dass ggf. vor einer Kündigung z. B. (zumindest) vorübergehend Kurzarbeit eingeführt werden muss. In Grenzen kann es auch heißen, zunächst zu versuchen, den betroffenen Arbeitnehmer an einen anderen Arbeitsplatz zu versetzen. Da der Betriebsrat ein Initiativrecht zur Einführung von Kurzarbeit hat, kann er insoweit auch die Unternehmenspolitik mitgestalten. Vor dem Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen kann von dem Arbeitgeber verlangt werden, dass er etwaige tarifvertragliche Möglichkeiten zur Vermeidung eines Personalabbaus ausschöpft.

Soweit ein dringendes betriebliches Erfordernis vorliegt, ist die Kündigung gem. § 1 Abs. 3 KSchG dennoch sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des „freigesetzten“ Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Zu den Kriterien einer solchen **Sozialauswahl** zählen jedoch nur die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, bestehende Unterhaltspflichten und eine etwaige Schwerbehinderung des Arbeitnehmers. In der Praxis werden die zu berücksichtigenden Sozialfaktoren häufig über ein **Punktesystem** bewertet. Altersgruppenbildungen zur Erhaltung einer gegebenen Personalstruktur entsprechen dabei einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers und sind nicht altersdiskriminierend (str., vgl. zustimmend BAG – 2 AZR 509/05). Insbesondere solche Arbeitnehmer, die das Regelalter für den Bezug von Altersrente erreicht haben, sind bei der Sozialauswahl hinsichtlich des Kriteriums „Lebensalter“ deutlich weniger schutzbedürftig als Arbeitnehmer, die noch keine Regelaltersrente beziehen können (BAG – 2 AZR 67/16).

Zu beachten ist die **„Leistungssträgerklausel“** (auch „Olympionikenregelung“ genannt), in § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG. Bestimmte für den Betrieb des Unternehmens wichtige Personen werden nicht in die Sozialauswahl mit einbezogen. Das sind solche Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung beispielsweise aufgrund ihrer Fachkenntnisse oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur im „berechtigten betrieblichen Interesse“ liegt. Gleichwohl verlangt die Rechtsprechung im Einzelfall eine Abwägung

zwischen dem Interesse eines sozial schwächeren Arbeitnehmers und dem betrieblichen Interesse an der Herausnahme eines Leistungsträgers (BAG – 2 AZR 706/00).

Zusammenfassend geht die Prüfung einer Sozialauswahl in vier Schritten vonstatten:

1. Bildung eines Kreises vergleichbarer Arbeitnehmer, wobei als vergleichbar diejenigen Arbeitnehmer gelten, die durch Weisungen im Rahmen des Direktionsrechts austauschbar wären;
2. Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz herausnehmen, weil ansonsten das Auswahlergebnis grob fehlerhaft wäre (BAG - 2 AZR 295/12), beispielsweise Mitarbeiter in Elternzeit oder Mutterschutz, tariflich Unkündbare oder schwerbehinderte Mitarbeiter mit Kündigungsschutz;
3. Anwendung der vier Sozialkriterien, wobei häufig ein Punkteschema angewandt wird;
4. Herausnahme von Leistungsträgern.

Die **Beweispflicht** für das Vorliegen einer sozial ungerechtfertigten Kündigung trägt der Arbeitnehmer. Dies stößt in der Praxis auf verbreitete Kritik, vor allem, weil dadurch einem unkollegialen Verhalten Vorschub geleistet wird (nach dem Motto, dieser oder jene muss aus diesen oder jenen Gründen vor mir gehen).

**Abfindungen** sind vom Gesetz her nur im Rahmen des § 1a KSchG vorgesehen. Bei einer Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, bereits in der Kündigungserklärung oder im Rahmen der Kündigungs-erklärung eine Abfindung anzubieten. Das Angebot gilt nur, wenn der Arbeitnehmer nicht innerhalb der Dreiwochenfrist eine Kündigungsschutzklage erhebt. Die Höhe einer solchen Abfindung ist gesetzlich in § 1a Abs. 2 KSchG festgelegt. Sie beträgt 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. Bei der Ermittlung der Dauer des Arbeitsverhältnisses wird ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten auf ein volles Jahr aufgerundet. Der Arbeitnehmer hat also im Falle eines solchen Vorgehens des Arbeitgebers die Möglichkeit, entweder das Abfindungsangebot anzunehmen und keine Kündigungsschutzklage zu erheben oder es abzulehnen und innerhalb von drei Wochen seit Zustellung der Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung zu erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht beendet wurde. Dann kann es immer noch im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses auf die Zahlung einer Abfindung hinauslaufen. Im Rahmen des Verhandlungstermins beim Arbeitsgericht (Gütetermin) wird häufig das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer entsprechenden Abfindungssumme doch aufgelöst. Möglich ist, dass sich in diesem Falle in Zukunft die Höhe einer Abfindung an den Vorgaben des § 1a KSchG orientieren wird.

Eine Klausel in einem standardmäßigen, unter die AGB-Vorschriften fallenden Arbeitsvertrag, die einen Klageverzicht des Arbeitnehmers ohne Gegenleistung enthält, ist wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam (BAG – 2 AZR 722/06).

#### 4.4.2.2 Verhaltensbezogene Kündigung

Eine Kündigung ist nach § 1 Abs. 2 KSchG auch dann sozial gerechtfertigt, wenn der Grund für die Kündigung im Verhalten des Arbeitnehmers liegt. Voraussetzung hierfür ist eine nicht nur unerheblichen Verletzung von Arbeitsvertragspflichten. Diese können vielfältiger Art und Natur sein, es können geschriebene oder ungeschriebene Haupt- oder Nebenpflichten sein. Eine abschließende Aufzählung ist nicht möglich.

Verhaltensbedingte Kündigungen wegen schlechter Leistung im Arbeitsverhältnis (*low performance*) unterliegen strengen Voraussetzungen. Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum schuldhaft deutlich weniger erledigt hat als vergleichbare Kollegen. Kritisch ist hier bereits, die richtigen Maßstäbe zu finden, die eine Vergleichbarkeit ermöglichen. In zwei wegweisenden Entscheidungen (2 AZR 667/92, 2 AZR 752/06) hat das BAG klargestellt, dass ein Arbeitnehmer nicht in Anlehnung an § 241 a. F. eine „objektive Normalleistung“ schuldet. Der Inhalt seines Leistungsversprechens richtet sich vielmehr zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers. Diesen Maßstab hat das Gericht in der Aussage zusammengefasst: „Der Arbeitnehmer muss das tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann.“ Hierzu muss sich der Arbeitnehmer „angemessen anstrengen“, ohne zu Höchstleistungen verpflichtet zu sein. Von Bedeutung kann hier auch das Alter des Arbeitnehmers sein, demgemäß können ggf. altersbedingte Minderleistungen außer Betracht bleiben. Es gilt die Faustformel, dass der Arbeitgeber nicht dulden muss, wenn ein Arbeitnehmer ein Drittel weniger leistet als vergleichbare Mitarbeiter. Schwierigkeiten bereitet neben der konkrete Messung und Messbarkeit auch das Fehlen von Dokumentationen in den Personalabteilungen und damit das Fehlen von gerichtsverwertbaren Beweisen. Um etwaige Schwierigkeiten zu umgehen, wird stattdessen in der Praxis häufig gezielt nach „handfesten“ bzw. verwertbaren Verstößen des Arbeitnehmers gesucht, wenn der Arbeitgeber diesen loswerden will. Das können z. B. Fehler in Spesenabrechnungen, ein treuwidriges Verhalten auf Dienstreisen, der unerlaubte Verzehr restlicher Lebensmittel in einer Kantine oder Kleindiebstähle wie die Mitnahme von Kugelschreibern sein. Ein solches gezieltes Suchen und Aufspüren konkreter (vermeintlich „kleinkariierter“) Fehl-Verhaltensweisen gilt nicht als Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben im Umgang mit dem Arbeitnehmer. Werden z. B. Betrügereien (bei Spesenabrechnungen oder dergleichen) aufgedeckt, zählt nur dieses – im Regelfall schwerwiegend vertragswidrige – Verhalten. Der Umstand, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer offensichtlich dringend loswerden wollte und gezielt nach solchen Verstößen gesucht hat, bleibt außer Betracht.

Im Regelfall hat einer verhaltensbedingten Kündigung eine **Abmahnung** (ggf. auch mehrere Abmahnungen) vorauszugehen (vgl. vorstehend, Abschn. 3.5). Das ist bei **Störungen im Verhaltensbereich** insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer davon ausgehen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber zumindest nicht als ein den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Verhalten angesehen. Bei einer **Störung im Vertrauensbereich** muss zunächst abgemahnt



werden, wenn es sich um ein steuerbares Verhalten handelt und die Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden kann. Eine Abmahnung ist Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Eine Kündigung ist deshalb nicht gerechtfertigt, wenn es andere geeignete mildere Mittel gibt, um die Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen. Dies ist auch bei Abmahnungen wegen Störungen im Vertrauensbereich, etwa bei Eigentums- oder Vermögensdelikten des Arbeitnehmers. So muss nach der Rechtsprechung grundsätzlich dann abgemahnt werden, wenn dem Arbeitnehmer die Verbotswidrigkeit seines Verhaltens hinreichend klar ist, er aber Grund zu der Annahme haben durfte, der Arbeitgeber würde dieses nicht als ein so erhebliches Fehlverhalten werten, dass dadurch der Bestand des Arbeitsverhältnisses auf dem Spiel stünde (BAG – 2 AZR 103/08).

Eine Abmahnung ist dann entbehrlich, wenn erwartet werden kann, dass die wesentlichen Funktionen der Abmahnung, z. B. die Warnfunktion, nicht greift. Dies ist z. B. bei ersichtlich ignoranten Arbeitnehmern der Fall, die ihr Verhalten trotz Kenntnis der Vertragswidrigkeit hartnäckig fortsetzen. Bei gravierenden Pflichtverstößen kann ein Arbeitnehmer von vornherein nicht mit einer Billigung seines Verhaltens rechnen und muss sich bewusst sein, dass er seinen Arbeitsplatz riskiert. Die früher vielfach in der Rechtsprechung erfolgte Differenzierung nach Leistungs- und Vertrauensbereich besteht in dieser strengen Form nicht mehr. Bei Geschäftsführern und Vorständen bedarf es regelmäßig keiner Abmahnung, denn diese kennen regelmäßig ihre Pflichten und sind sich über die Tragweite etwaiger Pflichtverletzungen auch ohne besondere Ermahnung im Klaren (BGH – II ZR 218/98).

#### 4.4.2.3 Personenbezogene Kündigung

Von den verhaltensbedingten Gründen sind solche abzugrenzen, die ihre Ursache in der Person des Arbeitnehmers haben, die also auf den Zustand der Person und nicht auf die Erfüllung von Vertragspflichten abzielen. Der soziale Rechtfertigungsmaßstab bestimmt sich bei personenbezogenen Kündigungen nach der vom BAG entwickelten „Drei-Stufen-Prüfung“:

- Negative Prognose,
- erhebliche betriebliche Beeinträchtigung und
- Interessenabwägung.

Die Anforderungen müssen in Summe (kumulativ) gegeben sein und sind tendenziell streng zu handhaben.

Hauptanwendungsfall ist die **Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit**. Eine personenbezogene Kündigung kann hier in Betracht kommen, wenn die Krankheit lang anhält oder wenn sie häufig auftritt und wenn jeweils die oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Bei **häufigen Kurzerkrankungen** ist die Prognose negativ, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung objektive Tatsachen vorliegen, welche die ernste Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang rechtfertigen. Bisherige Fehlzeiten können dabei Indizwirkung haben. Bei häufigen Kurzerkrankungen besteht aufgrund

des vorliegenden Dauertatbestands (im Sinne des § 626 Abs. 2) sogar die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung (BAG – 2 AZR 582/13). Bei lang andauernden Erkrankungen ergibt sich die negative Gesundheitsprognose daraus, dass entweder die dauernde Leistungsunfähigkeit feststeht oder der Arbeitnehmer krank und die Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit völlig ungewiss ist. Im letzteren Falle ist regelmäßig ein 24-Monatszeitraum anzusetzen (LAG Nürnberg – 4 (9) Sa 933/05). Aber auch nach Ablauf des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums kann in Ausnahmefällen bereits eine negative Prognose ausgesprochen werden.

#### Beispiel

Ein Berufskraftfahrer ist seit sechs Monaten ununterbrochen krankgeschrieben. Weder er selbst noch seine Ärzte können einen konkreten Termin für eine Rückkehr an den Arbeitsplatz nennen. Hier ist von einer negativen Prognose auszugehen (LAG Hamm – 10 Sa 1282/06).

Im Falle der krankheitsbedingten dauerhaften Leistungsunfähigkeit ist im Regelfall von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen des Arbeitgebers auszugehen. Die erforderliche **Interessenabwägung** kann dann zugunsten des Arbeitnehmers ausgehen, wenn er besonders schutzbedürftig ist und der Arbeitgeber trotz der erheblichen Störung des Arbeitsverhältnisses dessen Fortsetzung billigerweise weiter hinnehmen muss (BAG – 2 AZR 759/05). Das Bestehen einer Suchterkrankung ist ausreichend für eine personenbezogene Kündigung, wenn der Betroffene infolge der Sucht eine erhebliche Gefährdung für sich und andere Kollegen im Betrieb darstellt (BAG – 2 AZR 565/12). In diesem Fall geht auch der Versicherungsschutz der Berufsgenossenschaft im Falle von Arbeitsunfällen verloren. Ein Indiz dafür kann auch die Ablehnung eines Therapieangebots des Arbeitgebers durch den Betroffenen sein.

#### Fall

4.4.2.3/Fall 13: AN arbeitet als Busfahrer im Linienverkehr und ist alkoholabhängig. Auf Anraten des AG unterzieht er sich einer Entziehungskur, wird allerdings nach wenigen Wochen wieder rückfällig. Liegt eine soziale Rechtfertigung für eine personenbezogene Kündigung nach dem KSchG vor? ◀

Fälle von **Minder- oder Schlechtleistung** werden im Regelfall nicht unter personenbezogener, sondern verhaltensbezogener Kündigung behandelt. Wenn der Arbeitnehmer allerdings die erforderliche persönliche Eignung oder Fähigkeit nicht (mehr) besitzt, um zukünftig die geschuldete Arbeitsleistung ganz oder teilweise zu erbringen, kann neben einer verhaltensbezogenen auch eine personenbezogene Kündigung wegen Schlecht- oder Minderleistung gerechtfertigt sein. Voraussetzung ist allerdings, dass für die

Zukunft nicht mit einer Wiederherstellung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung zu rechnen sein darf und kein milderes Mittel zur Verfügung stehen darf.

---

**Fall**

4.4.2.3/Fall 14: AN hat familiäre Probleme. Über Wochen hat er einen trübseligen Blick und ist in sich gekehrt. AG kündigt personenbezogen. Zu Recht? ◀

In sicherheitsrelevanten Bereichen kann eine personenbezogene Kündigung auch dann gerechtfertigt sein, wenn schwerwiegende Sicherheitsbedenken gegen den Arbeitnehmer bestehen. Bloße Vermutungen reichen nicht aus. Auch wegen **haftbedingter Arbeitsverhinderung**, z. B. bei Untersuchungshaft, kommt eine personenbedingte Kündigung in Frage (BAG – 2 AZR 120/12). Die notwendige Grundlage einer anzustellenden Prognose muss nicht zwingend eine bereits erfolgte rechtskräftige – strafrechtliche – Verurteilung sein. Der Arbeitgeber muss jedoch alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen haben, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben. Im zugrunde liegenden Fall musste mit einer mehrjährigen haftbedingten Abwesenheit des Arbeitnehmers gerechnet werden, so dass die Kündigung insoweit gerechtfertigt war.

#### 4.4.2.4 Nachschieben von Kündigungsgründen

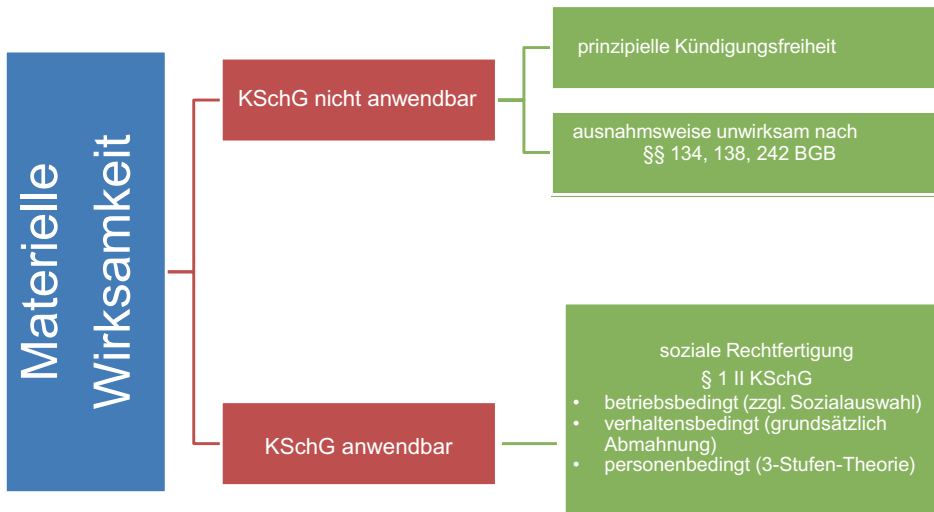
Ein Nachschieben von – bislang nicht vorgebrachten – Kündigungsgründen im Prozess ist erlaubt, solange die Gründe aufgetreten sind, bevor die Kündigung ausgesprochen wurde. Dann ist es dem Arbeitgeber sogar erlaubt, die Kündigungsgründe nachzuschieben, obwohl er im Zeitpunkt der Kündigung schon davon wusste. Eine Ausnahme gilt dann, wenn ein Betriebsrat besteht. Dieser ist bei der notwendigen Anhörung über alle Kündigungsgründe zu informieren. Ereignete sich der nachgeschobene Kündigungsgrund dagegen nach dem Ausspruch der Kündigung, muss der Arbeitgeber eine erneute Kündigung aussprechen. Bei außerordentlichen Kündigungen ist ein Nachschieben erlaubt, wenn der Grund sich vor der Kündigung ereignete und der Arbeitgeber ihn erst nachträglich entdeckt hat (BAG – 2 AZR 362/96, vgl. auch Abb. 4.3).

---

## 4.5 Begründetheit bei außerordentlicher Kündigung

„Außerordentlich“ ist eine Kündigung dann, wenn sie sich nicht an den gesetzlichen oder vertraglichen Fristen orientiert, sondern entweder das Arbeitsverhältnis sofort oder mit einer angemessen festgesetzten Frist beendet. Eine solche Kündigung ist unter den Voraussetzungen der §§ 626, 314 in jeder Lage und zu jedem Zeitpunkt möglich. Einschränkungen des Kündigungsschutzgesetzes oder anderer Schutzgesetze gelten für eine solche Kündigung nicht (Ausnahme § 13 KSchG). Ein vertraglicher Ausschluss der fristlosen Kündigung wäre sowohl im Standard-Vertrag als auch im Individualvertrag unwirksam.

## Begründetheit der ordentlichen Kündigung



**Abb. 4.3** Begründetheit der ordentlichen Kündigung

Die Voraussetzungen sind

- die Einhaltung der Kündigungsfrist,
- das Vorliegen eines wichtigen Grundes sowie
- ggf. die vorherige Aussprache einer Abmahnung.

### 4.5.1 Wichtiger Grund

Ein wichtiger Grund liegt nach § 626 vor, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dies erfordert eine Beurteilung im Einzelfall auf der Grundlage der Gesamtumstände und einer Abwägung der widerstreitenden Interessen.

Die Rechtsprechung nimmt eine **zweistufige Prüfung** vor. Zunächst wird geprüft, ob ein bestimmter Vorfall an sich, also ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls, zur Annahme eines wichtigen Grunde geeignet ist. Bei strafrechtlich relevanten Handlungen eines Arbeitnehmers ist dies im Regelfall zu bejahen. Das gilt auch z. B. bei der Entwendung geringwertiger Sachen. Bejahendenfalls wird in einer zweiten Stufe geprüft,

ob die konkrete Kündigung auch unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Seiten gerechtfertigt war. Interessensfaktoren können hier auch die Dauer der Betriebszugehörigkeit, die Position des Mitarbeiters im Betrieb, das Alter, die Arbeitsmarktchancen, die Schwere des Schadens, Art und Ausmaß des Vertrauensverlustes und das Interesse beider Seiten an einer Prävention sein.

---

**Fall**

4.5.1/Fall 15: Verkäuferin AN entwendet aus dem Lagerraum des Arbeitgebers (AG) 62 Minifläschchen Alkohol, deren Mindesthaltbarkeitsdatum abgelaufen war, und zwei angebrochene Rollen Küchenpapier. AG kündigt daraufhin fristlos ohne Abmahnung. AN war davon ausgegangen, dass AG die Waren entsorgen wollte. Tatsächlich spendet AG Artikel, die noch brauchbar sind, für karitative Zwecke und hatte sie deshalb gelagert. Liegt ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vor (BAG – 2 AZR 36/03)?

4.5.1/Fall 16: Altenpflegerin (AN) ist seit fast 20 Jahren unbeanstandet in einem Seniorenheim (AG) beschäftigt. Eines Tages nimmt sie sechs Maultaschen mit, die ursprünglich für Bewohner des Seniorenheims bestimmt waren, aber ansonsten im Müll gelandet wären. AG kündigt ihr fristlos ohne Abmahnung. Zu Recht? ◀

Auch vermeintliche „**Bagatelverstöße**“ können einen wichtigen Grund ergeben. Ein Beispiel ist die Veruntreuung von Kleinstbeträgen am Arbeitsplatz. Wird eine Kassiererin einer Schnellimbisskette von einem Gast dabei beobachtet, wie sie statt des Kaufpreises von 6 EUR nur 1 EUR in die Kasse eintippt und den Differenzbetrag in die eigene Tasche steckt, ist eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund ohne Abmahnung gerechtfertigt (ArbG Frankfurt – 22 Ca 803/06). **Sexuelle Belästigung** am Arbeitsplatz führt als Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten (§ 2 Abs. 3 BeschSchG) häufig zum Vorliegen eines wichtigen Grundes. Eine Definition des Begriffs enthält § 2 Abs. 2 BeschSchG. Eine „erkennbare Ablehnung“ gem. Ziff. 2 dieser Vorschrift ist gegeben, wenn und soweit die Ablehnung des sexuellen Verhaltens ausdrücklich nach außen in Erscheinung tritt oder sich zumindest aus den Umständen ergibt (BAG – 2 AZR 341/03). In **Tendenzbetrieben** ist ein wichtiger Grund auch bei privaten Verhaltensweisen in erleichtertem Maße denkbar. Beispielsweise kann der Austritt eines in einer kirchlichen (katholischen) Einrichtung beschäftigten Arbeitnehmers aus der katholischen Kirche aufgrund der Verletzung kirchlicher Loyalitätsanforderungen und einer damit verbundenen Vertragsverletzung dazu führen, dass der betreffende Arbeitnehmer fristlos gekündigt werden kann (BAG – 2 AZR 579/12). Umstände, die im Risikobereich des Kündigenden liegen, ergeben im Regelfall keinen wichtigen Grund (vgl. BGH – I ZR 18/02). Ein Unternehmen kann deshalb laufende Verträge nicht einfach unter Hinweis auf eine drohende Insolvenzgefahr und eine absehbare Einstellung des Geschäftsbetriebs fristlos kündigen.

Besondere Probleme bereiten Fälle, in denen der wichtige Grund nicht auf Tatsachen, sondern (ggf. auch) auf **Verdachtsmomenten** beruht („fristlose Kündigung auf Verdacht“). Voraussetzung ist der objektive, das heißt auf Tatsachen beruhende, Verdacht einer schweren Pflichtverletzung oder Straftat sowie der dringende Tatverdacht. Als ausreichend wird hierbei angesehen, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung mit „großer Wahrscheinlichkeit“ davon ausgegangen werden kann, dass die Pflichtverletzung oder Straftat begangen wurde. Schließlich muss bereits der Verdacht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen (BAG – 2 AZR 700/11). Der Arbeitgeber muss allerdings vor Ausspruch einer solchen Kündigung alles ihm Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhalts tun. Insbesondere muss er den Arbeitnehmer anhören. Infolge der Anhörung muss der Verdacht nicht ausgeräumt werden können. Ohne eine Anhörung vor Ausspruch der Kündigung ist die Kündigung unwirksam.

#### Fall

4.5.1/Fall 17: L ist Leiter eines kommunalen Kindergartens. Im Zuge staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen und einer Wohnungsdurchsuchung bei L findet die Kripo auf dessen PC 60 aus dem Internet heruntergeladene Bilddateien kinderpornografischen Inhalts. Das Ermittlungsverfahren läuft noch. Gleichwohl kündigt der Kindergartenträger (AG) dem L fristlos und ohne Abmahnung. L bestreitet die strafrechtlichen Vorwürfe und wehrt sich gegen die Kündigung mit dem Argument, er sei als Kind selbst sexuell misshandelt worden und wolle einen „privaten Feldzug“ gegen die Anbieter solchen Materials führen. Dazu sei es erforderlich gewesen, in den Besitz der Dateien zu gelangen. Eine frühere Strafanzeige bei der Polizei zu einem ähnlichen Vorgang sei nicht verfolgt worden. Ist die Kündigung wirksam (vgl. Arbeitsgericht Braunschweig – 3 Ca 370/98)?

4.5.1/Fall 18: AN postet öffentlich bei Facebook den Eintrag „Ab zum Arzt und dann Koffer packen“. Sodann lässt sie sich krankschreiben und fliegt (zunächst ohne Kenntnis des Arbeitgebers) nach Mallorca. Von dort postet sie Fotos bei Facebook, wodurch der Arbeitgeber davon erfährt und ihr fristlos kündigt. Die Fotos zeigen die AN u. a. auch in Discos und beim Stechen eines Tattoos. AN hätte die Reise in Absprache mit ihrem Arzt angetreten, weil diese aufgrund ihrer Neurodermitis gesundheitsfördernde Wirkungen hätte. Ist die Kündigung wirksam? (AG Düsseldorf – 7 Ca 2591/11). ◀

Bei **Auszubildenden** sind besondere Schutzbedürfnisse zu beachten, so dass eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund nur das allerletzte Mittel darstellen darf. Selbst im Falle schlechter Arbeitsleistungen darf einem Auszubildenden nur dann fristlos gekündigt werden, wenn die schlechten Leistungen gravierende negative Auswirkungen für die Zukunft des Ausbildungsverhältnisses erwarten lassen und deshalb die Fortsetzung des Ausbildungsverhältnisses unzumutbar erscheint (ArbG Essen – 2 Ca 2427/05). Im Regelfall bedarf es selbst dann der vorherigen Abmahnung.

### 4.5.2 Sonstige Voraussetzungen

Eine fristlose Kündigung kann im Regelfall nur innerhalb der **Ausschlussfrist von zwei Wochen** nach Kenntnis der sie begründenden Umstände erfolgen (§ 626 Abs. 2). Die allgemeinere Regelung des § 314 Abs. 3 spricht dagegen nur von einer „angemessenen Frist“, so dass es auch vertretbar ist, lediglich von einer Mindestfrist von zwei Wochen auszugehen. Die Frist beginnt ab Kenntnis vom wichtigen Grund. Wenn die zugrunde liegenden Umstände zunächst nicht feststehen und sich der Arbeitgeber zunächst entschließt, weitere Ermittlungen durchzuführen, beginnt die Zweiwochenfrist erst nach Abschluss der Ermittlungen zu laufen. Allerdings ist die Frist zur Vornahme der Ermittlungen kurz bemessen, im Regelfall dürfen diese nicht länger als eine Woche dauern. Bei der Kenntnis kommt es auf die Kenntnis des Kündigungsberechtigten an. Das sind entweder der Firmeninhaber oder Geschäftsführer (z. B. bei GmbH) oder die von diesen zulässigerweise bevollmächtigten Personen (z. B. Prokurist bei kaufmännischem Unternehmen). Bei sog. Dauertatbeständen, z. B. häufigen Kurzerkrankungen, ist die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 gewahrt, wenn die Umstände, auf die der Arbeitgeber die Kündigung stützt, noch bis mindestens zwei Wochen vor Zugang der Kündigung gegeben waren (BAG – 2 AZR 582/13).

Bei schwerbehinderten Arbeitnehmern ist nach § 168 SGB IX die Wirksamkeit der Kündigung von der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts abhängig. Von diesem Grundsatz bestehen in § 173 SGB IX einige Ausnahmen. Beispiele sind eine unter sechs Monate bestehende Beschäftigung.

Auch bei fristlosen Kündigungen geht die Rechtsprechung von einer analog aus § 4 KSchG abgeleiteten Klagefrist aus. Wenn also Klage gegen eine fristlose Kündigung eingereicht werden soll, ist diese ebenfalls innerhalb einer Frist von drei Wochen nach Zugang der Kündigung beim zuständigen Gericht einzureichen (Abb. 4.4).

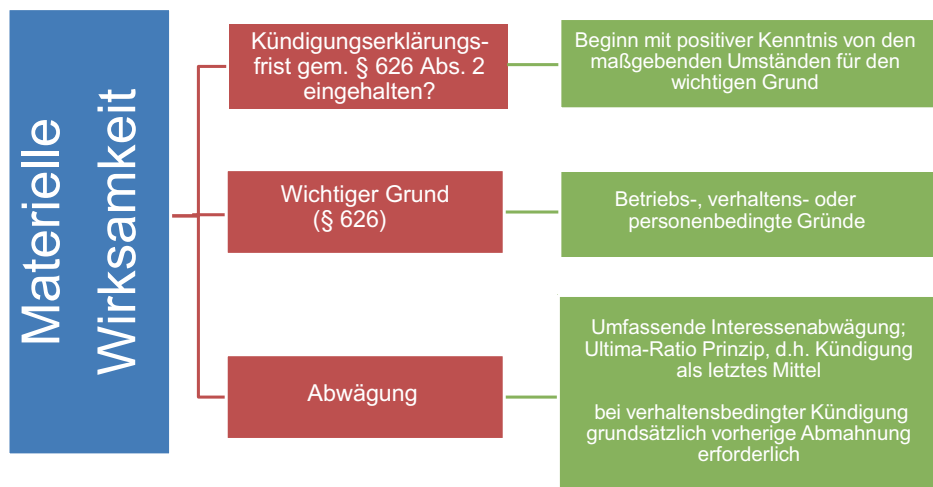
---

## 4.6 Aufhebung

### 4.6.1 Allgemeines

Eine Möglichkeit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen ist neben der Kündigung der **Abschluss eines Aufhebungsvertrages**. Dabei handelt es sich um eine beidseitige vertragliche Vereinbarung, wonach das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt beendet ist. Ein Aufhebungsvertrag kann für eine oder beide Parteien je nach Lage der Dinge eine vorteilhafte Alternative zur Kündigung sein: Es besteht keine Notwendigkeit der Einhaltung gesetzlicher, tariflicher oder vertraglicher Kündigungsfristen, keine Einschränkungen durch allgemeinen oder besonderen Kündigungsschutz und keine Beteiligungsrechte des Betriebsrats. In Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen können Vorschriften zu Aufhebungsverträgen enthalten sein, die zu beachten sind. Insoweit gilt der Grundsatz der Privatautonomie nicht uneingeschränkt.

## Begründetheit der außerordentlichen Kündigung



**Abb. 4.4** Begründetheit der außerordentlichen Kündigung

Bei Standard-Aufhebungsverträgen, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer stellt, ist AGB-Recht zu beachten. Nach § 623 ist Schriftform erforderlich. Meist erfolgt der Abschluss eines Aufhebungsvertrages zur Vermeidung einer Arbeitgeberkündigung oder in Fällen, in denen das Vertrauensverhältnis zwar gestört ist, aber eine Kündigung nicht oder nicht ohne weiteres wirksam wäre. Im letzteren Falle enthält die Vereinbarung meist die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung einer Abfindung. Deren Höhe unterliegt der freien Vereinbarung der vorbehaltlich abweichender Regelungen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen. In steuerrechtlicher Hinsicht sind Abfindungen innerhalb gesetzlich festgelegter Grenzen steuerfrei oder unterliegen einem ermäßigten Steuersatz. Wenn der Arbeitnehmer zum Geschäftsführer seiner Gesellschaft aufsteigt, gilt der bisherige Arbeitsvertrag in der Regel mit dem Abschluss des Geschäftsführervertrages als aufgehoben (BAG – 6 AZR 774/06).

Häufig werden Arbeitnehmer unvermittelt am Arbeitsplatz damit konfrontiert, entweder einen vorbereiteten Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen oder aufgrund einer Unternehmenskrise oder aus sonstigen unvermittelten Gründen bis hin zu vermeintlich schwerwiegenden Pflichtverletzungen gekündigt zu werden. Eine gesetzliche Pflicht für Unternehmen, betroffenen Beschäftigten eine Bedenkzeit einzuräumen, besteht nicht. Wenn der Arbeitnehmer in einer solchen Situation den Aufhebungsvertrag sofort unterzeichnet, kann er seine Erklärung grundsätzlich nicht anfechten oder sich wegen vermeintlicher „Überrumpelung“ auf die Unwirksamkeit berufen. Etwas anderes gilt



dann, wenn der Arbeitnehmer durch widerrechtliche Drohung oder das Vorspiegeln falscher Tatsachen zum Vertragsschluss gedrängt wird. Dann kann er seine auf den Vertrag bezogene Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung (§ 123) anfechten. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein verständiger Arbeitgeber die angedrohte Kündigung nicht ernsthaft in Erwägung ziehen durfte (BAG – 6 AZR 82/14).

Einige Besonderheiten ergeben sich aus dem **Sozialversicherungsrecht**. Diese Fragen spielen nur dann keine Rolle, wenn der Arbeitnehmer sogleich eine neue Beschäftigung antritt. Wer sich dagegen zunächst arbeitslos melden muss, hat eine Reihe von Vorschriften des Sozialgesetzbuchs zu beachten. Wenn der Arbeitslose das Beschäftigungsverhältnis durch Aufhebungsvertrag gelöst und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat, wird der Bezug von Arbeitslosengeld nach § 159 Abs. 1 Nr. 1 SGB III für drei Monate gesperrt. Das Gesetz geht in diesem Falle davon aus, dass sich der Arbeitnehmer versicherungswidrig verhält, jedenfalls dann, wenn kein wichtiger Grund vorliegt. Beim Arbeitslosengeld II wird nach § 31, §31a und §31b SGB II die Regelleistung drei Monate lang um mindestens 30% abgesenkt, Zuschläge nach § 24 SGB II fallen in dieser Zeit ebenfalls weg. Wenn das Arbeitsverhältnis ohne den Aufhebungsvertrag durch Kündigung geendet hätte, dauert die Sperrzeit zumindest bis zum Ende der maßgeblichen Kündigungsfristen. Arbeitslosengeld wird dann erst nach dem Ende dieser Frist gewährt. Bei Arbeitsverhältnissen, in denen eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist (z. B. befristete Arbeitsverträge), wird eine Kündigungsfrist vom Gesetz fingiert.

Probleme bestehen dann, wenn das Unternehmen nach der Unterzeichnung eines Aufhebungsvertrages **Insolvenz** anmeldet und die vereinbarte Abfindung nicht auszahlt. Zwar kann die Abfindung als Insolvenzforderung geltend gemacht werden, etwaige Gläubigerforderungen sind aber im Regelfall kaum (mehr) werthaltig (BAG – 2 AZR 42/11). Aufgekündigt werden kann der Vertrag jedenfalls auch bei Insolvenz nicht mehr.

#### 4.6.2 „Abwicklungsverträge“

Diese Konstellation hat sich in den letzten Jahren verstärkt in der Unternehmenspraxis durchgesetzt. In einem ersten Schritt kündigt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer (einseitig), meist zur Wahrung der ungekürzten Ansprüche auf Arbeitslosengeld. In einem zweiten Schritt wird dann die **Abwicklung** dieser Kündigung festgelegt, d. h. es werden die Modalitäten im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen eines zweiseitigen Vertrages vereinbart. Durch § 1a KSchG ist diese Lösung sogar legalisiert worden.

Die rechtlichen Einzelfragen in Bezug auf Möglichkeiten und Grenzen von Abwicklungsverträgen sind noch nicht ausdiskutiert und befinden sich im Fluss. Soweit eine Kündigung gar nicht ernsthaft im Raum stand und diese Verfahrensweise auf einer bloßen Absprache der Parteien zulasten der Sozialkassen beruht, liegt ein verbotener Missbrauch vor, der zur Nichtigkeit entsprechender Vereinbarungen nach § 134 führt.

Wenn der Arbeitnehmer innerhalb der Frist nach § 4 KSchG eine Vereinbarung über die Hinnahme der Kündigung trifft, soll die Sperrzeit nach sozialgerichtlicher Rechtsprechung für das Arbeitslosengeld gleichwohl eintreten (vgl. z. B. BSG- B 11 AL 35/03 R). Angesichts dessen, dass der Arbeitnehmer keine Pflicht hat, eine Kündigungsschutzklage einzureichen, ist diese Rechtsprechung umstritten. Abgesehen von den sozialversicherungsrechtlichen Fragen muss sich der Arbeitgeber bei dieser Verfahrensweise bewusst sein, dass er allen Nachteilen einer Kündigung ausgesetzt ist (z. B. Anhörung des Betriebsrats).

---

## 4.7 Besondere Konstellationen

### 4.7.1 Betriebsübergang

Nach § 613a gelten besondere Regelungen bzw. Arbeitnehmerschutzrechte beim Betriebsübergang. Damit ist der Übergang eines Betriebes oder Betriebsteiles auf einen neuen Inhaber gemeint. Die Frage, wann ein Betriebsübergang vorliegt, kann häufig problematisch sein. Entscheidend ist, ob die Identität der wirtschaftlichen Einheit erhalten bleibt.

---

#### Merke

Ein Betriebs(teil)übergang liegt auch dann vor, wenn ein Unternehmen sämtliche Reinigungskräfte mittels Aufhebungsverträge auf eine eigens für diesen Zweck gegründete Service-GmbH „ausgründet“, um sie zeitgleich und nahtlos anschließend im Wege genehmigter Arbeitnehmerüberlassung weiter zu beschäftigen (BAG – 8 AZR 481/07). ◀

Kein Betriebsübergang liegt beispielsweise bei einem „share deal“ vor, bei dem nur Anteile übertragen werden, während die Rechtsform unverändert bleibt. Demgegenüber gilt § 613a auch bei grenzüberschreitenden Vorgängen, z. B. einer Produktionsverlagerung in das Ausland.

Der neue Arbeitgeber tritt in sämtliche Rechte und Pflichten ein, die zur Zeit des Übergangs bestehen. Auf diese Weise soll vermieden werden, dass der Belegschaft Nachteile aus dem Arbeitgeberwechsel entstehen. Zur Sicherung der Löhne und Gehälter haftet beispielsweise der Verkäufer (ehemalige Arbeitgeber) für alle Verbindlichkeiten aus den Arbeitsverhältnissen, die vor dem Übergang entstanden sind und vor Ablauf eines Jahres nach der Veräußerung fällig werden. Darüber hinaus greift ein **besonderer Kündigungsschutz**. Nach Abs. 4 sind Kündigungen durch den bisherigen oder den neuen Arbeitgeber aufgrund des Betriebsübergangs unwirksam. Dies gilt allerdings nur, wenn der neue Arbeitgeber die 10-Arbeitnehmer-Grenze überschreitet (BAG – 8 AZR 397/66). Umgehungen dieses Kündigungsverbots (z. B. durch Schließung von Aufhebungsverträgen) stellen ebenfalls

einen Verstoß gegen dieses gesetzliche Verbot dar, wodurch die Aufhebungsverträge nichtig sind (§ 134). Auch Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen werden automatisch Inhalt des Arbeitsvertrages zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer.

Der Arbeitnehmer muss den Wechsel zum neuen Arbeitgeber nicht akzeptieren. Der Arbeitgeber hat hier eine umfassende Informationspflicht, welche in der Praxis große Probleme aufwirft. Zu informieren ist nicht nur über den Übergang als solchen. Unter anderem ist auch schriftlich und in verständlicher Form zu erläutern, welche rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen er für die Arbeitnehmer hat. Nach der Unterrichtung haben die Arbeitnehmer das Recht, binnen eines Monats **Widerspruch** einzulegen. In diesem Falle besteht das Arbeitsverhältnis zum alten Arbeitgeber bis auf Weiteres fort. Allerdings kann er hier dann betriebsbedingten Kündigungen ausgesetzt. Zuzüglich kann eine Sperrzeit von bis zu 12 Wochen beim Arbeitslosengeld bestehen, wenn ohne nachvollziehbare Begründung Widerspruch eingelegt wird.

#### 4.7.2 Massenentlassungen

Der Begriff der Massenentlassung ist gem. § 17 KSchG relativ. Das heißt, eine Massenentlassung liegt vor, wenn in einem Betrieb mit mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mindestens sechs Arbeitnehmer innerhalb von 30 Tagen entlassen werden. In diesem Falle ist der Arbeitgeber verpflichtet, diesen Umstand im Vorfeld der Entlassungen der Bundesagentur für Arbeit anzuzeigen (Massenentlassungsanzeige). Als Arbeitnehmer zählen auch Fremdgeschäftsführer (EuGH – C-229/14). „Entlassung“ bezieht sich dabei nach bereits auf den Zeitpunkt der Kündigungserklärung bzw. des Abschlusses eines Aufhebungsvertrages, nicht erst auf das tatsächliche Ende des Arbeitsverhältnisses (z. B. durch Ablauf der Kündigungsfrist). Das heißt, die Anzeige muss bereits vor dem Ausspruch von Kündigungen erfolgen. Soweit ein Betriebsrat besteht, muss dieser nach § 17 Abs. 2 KSchG schriftlich über eine beabsichtigte Massenentlassung unterrichtet werden sowie Gelegenheit zur Beratung bzw. Stellungnahme erhalten. In diesem Rahmen kann auch ein Interessenausgleich erfolgen (muss aber nicht).

Nach § 18 Abs. 1 KSchG hat die Anzeige zur Folge, dass Entlassungen, die auf anzeigepflichtigen Kündigungen beruhen, grundsätzlich erst einen Monat nach Eingang der Anzeige wirksam werden. Die Frist kann von der Arbeitsagentur ausnahmsweise verkürzt oder auf bis zu zwei Monate verlängert werden. „Wirksam werden“ heißt hier die tatsächlich Entlassung aus dem Arbeitsverhältnis. Nach Ablauf der Sperrfrist hat der Arbeitgeber dann nach § 18 Abs. 4 KSchG drei Monate Zeit, die angezeigten Entlassungen tatsächlich durchzuführen. Werden die Entlassungen nicht innerhalb dieser Frist durchgeführt, bedarf es einer neuen Anzeige.

Ein Verstoß gegen die Anzeigepflicht bewirkt nach der aktuellen EuGH-Rechtsprechung wohl nicht nur eine Entlassungssperre, sondern bereits die Unzulässigkeit der Kündigungen.

### 4.7.3 Insolvenz

**Lohnrückstände** der Mitarbeiter werden gem. §§ 165 ff. SGB III aus den drei Monaten vor dem Tag der Beantragung des Insolvenzverfahrens (nicht Eröffnung des Insolvenzverfahrens, EuGH, C-160/01) durch das **Insolvenzgeld** abgedeckt.

**Kündigungen** müssen auch im Insolvenzverfahren den Anforderungen des KSchG bzw. des § 626 genügen. Der Insolvenzverwalter hat jedoch nach der Insolvenzordnung (InsO) einige erleichterte, spezialgesetzliche Möglichkeiten der Personalreduzierung, um den Betrieb oder lukrative Betriebsteile veräußern zu können. Nach § 113 InsO kann die Kündigungsfrist einheitlich auf drei Monate verkürzt werden, auch wenn ein Tarifvertrag längere Fristen vorsieht oder der Arbeitnehmer gar faktisch unkündbar ist. § 125 InsO enthält eine Vermutung, dass die Kündigungen derjenigen Arbeitnehmer, die in einer Namensliste bezeichnet sind, durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt sind. Darüber hinaus gelten Einschränkungen zulasten der gekündigten Arbeitnehmer bei der Sozialauswahl. Aus dem Sozialgesetzbuch ergeben sich weitere Möglichkeiten einer weitgehend konfliktfreien Personalreduzierung. Beispiele sind die Überleitung von Personal in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft. Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis zunehmend Gebrauch gemacht. Die Überleitung geschieht auf der Grundlage von Aufhebungsvereinbarungen. Solche Gesellschaften werden teilweise aus Mitteln der staatlichen Arbeitsmarktförderung gefördert. Einen Teil der Kosten muss aber auch die Insolvenzmasse tragen. Als Ausgleich für die insolvenzbedingte Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährt § 113 S. 3 InsO einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch. Auch besonders geschützte Arbeitnehmergruppen, z. B. Arbeitnehmer in Elternzeit, sind vor insolvenzbedingten Kündigungen nicht geschützt (BAG – 6 AZR 301/12).

Bei **Betriebsveräußerungen** gilt § 613 Abs. 1 S. 1 auch dann, wenn diese nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vgl. § 128 Abs. 2 InsO) stattfindet, allerdings mit Einschränkungen. Beispielsweise haftet der Betriebserwerber nur für die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandenen Ansprüche.

---

## 4.8 Rechtsfolgen

### 4.8.1 Allgemeines

Eine Kündigung oder ein Aufhebungsvertrag kann ein Arbeitsverhältnis sofort oder nach Ablauf einer bestimmten Frist beenden. Für die verbleibende Zeit bis zu einem Fristablauf können besondere Regelungen greifen (z. B. Freistellung, siehe unten).

Infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses enden die unmittelbaren Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Gleichwohl bleiben die Arbeitsgerichte für Ansprüche aus diesem Arbeitsverhältnis zuständig, z. B. beim Streit um rückständiges Gehalt oder die konkrete Auslegung eines Aufhebungsvertrages (z. B. Höhe einer Abfindungszahlung).

### 4.8.2 Freistellung von der Arbeitsleistung

Häufig und üblich ist die **Freistellung** des Arbeitnehmers vom Zeitraum des Zugangs der Kündigung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses. Nach der Rechtsprechung müssen betriebsbedingt gekündigte Arbeitnehmer eine sofortige Freistellung nur in Ausnahmefällen hinnehmen (ArbG Frankfurt – 22 Ga 144/05). Grundsätzlich besteht ein **Beschäftigungsanspruch** bis zum letzten Tag des Arbeitsverhältnisses. Eine Ausnahme ist nur dann gegeben, wenn die Freistellung im Arbeitsvertrag vereinbart war oder wenn ganz überwiegende Interessen des Arbeitgebers an einer Freistellung vorliegen (Beispiel: Risiko eines Geheimnisverrats).

Im Falle einer Freistellungsvereinbarung wird die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers aufgehoben. Wenn der Arbeitgeber geltend macht, der Arbeitnehmer sei während der Freistellungsphase nicht leistungsfähig gewesen (§ 297), hat er als Gläubiger die Beweislast für die fehlende Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers zu tragen (BAG – 5 AZR 393/07).

### 4.8.3 Arbeitszeugnis

Gem. § 109 Abs. 1 GewO hat der Arbeitnehmer bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses **Anspruch auf ein schriftliches Zeugnis**. § 630, in dem der Zeugnisananspruch bisher geregelt war, gilt nur noch für Personen, die Dienste leisten, ohne Arbeitnehmer zu sein (siehe hierzu im Abschnitt „Arbeitnehmer“). Ein Beispiel wären Geschäftsführer von GmbHs. Für Auszubildende ergibt sich die entsprechende Pflicht aus § 16 BBiG.

Das Zeugnis muss in **Schriftform** fixiert sein. Die elektronische Form ist gemäß § 109 Abs.3 GewO für die Zeugniserteilung ausgeschlossen. Die Unterzeichnung muss durch einen ranghöheren Dienstvorgesetzten erfolgen (BAG – 9 AZR 507/04). Im hier zitierten Fall war die Leiterin des Verwaltungsreferats einer Bundesforschungsanstalt nicht ranghoch genug. Zu beachten ist die von der Rechtsprechung zugrunde gelegte Ausschlussfrist für die Geltendmachung von sechs Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Nach deren Ablauf hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Ausstellung oder Berichtigung eines Zeugnisses mehr. Aus Tarifverträgen können sich noch kürzere Fristen (z. B. drei Monate) ergeben.

Inhaltlich muss das Zeugnis mindestens Angaben zu Art und Dauer der Tätigkeit enthalten (sog. einfaches Zeugnis). Der Arbeitnehmer kann verlangen, dass sich die Angaben darüber hinaus auf Leistung und Verhalten im Arbeitsverhältnis erstrecken (sog. **qualifiziertes Zeugnis**). Das gilt für alle Arten von Arbeitsverhältnissen, z. B. also auch bei Teilzeitbeschäftigung. Mögliche Bereiche von Leistung und Verhalten sind Weiterbildung, Auffassungsgabe, Denk- und Urteilsvermögen, Leistungsbereitschaft, Belastbarkeit, Arbeitsweise und -ergebnis, Zuverlässigkeit oder Führungsfähigkeit.

Das Zeugnis muss klar und verständlich formuliert sein (§ 109 Abs. 2 GewO). Es darf keine Merkmale oder Formulierungen enthalten, die den Zweck haben, eine andere

als aus der äußeren Form oder aus dem Wortlaut ersichtliche Aussage über den Arbeitnehmer zu treffen. Darüber hinaus muss es wahrheitsgemäß und wohlwollend formuliert sein. Für viele Arbeitgeber ergibt sich daraus ein kaum überbrückbarer „Drahtseilakt“. Letztlich resultiert daraus die weithin praktizierte **„Geheimsprache“** bezüglich der Formulierungen in Arbeitszeugnissen und sich daraus ergebender Bewertungen, wobei die Formulierungsbeispiele üblicherweise nach dem Schulnotensystem geordnet sind („Zeugniscode“). Das Gebot wohlwollender Formulierung drückt sich in der Praxis so aus, dass ca. 90 % der Zeugnisse die Note „sehr gut“ oder „gut“ aufweisen. Daraus lässt sich vermuten, dass es eine hohe Zahl von Gefälligkeitszeugnissen gibt, die dann wiederum nicht dem Wahrheitsgebot entsprechen. Das BAG vertritt den Leitsatz „wohlwollend im Rahmen der Wahrheit“ (9 AZR 584/13).

#### **Formulierungsbeispiele für den Bereich Fachwissen und Fachkönnen**

„Herr/Frau (Name) verfügt ...

[Note 1] ... über ein äußerst profundes Fachwissen, welches er/sie stets effektiv und erfolgreich in der Praxis einsetzt.“

„[Note 2] ... über ein profundes Fachwissen, welches er/sie effektiv und erfolgreich in der Praxis einsetzt.“

„[Note 3] ... über ein recht weit reichendes Fachwissen, welches er/sie in der Praxis erfolgreich einsetzt.“

„[Note 4] ... über ein für seinen/ihren Arbeitsbereich hinreichendes Fachwissen, welches er/sie häufig in der Praxis einsetzt.“

„[Note 5] ... war bemüht, sein/ihr Fachwissen weiterzuentwickeln und es in der Praxis einzusetzen.“

„[Note 6] ... hatte mehrere Angebote, sein/ihr Fachwissen weiterzuentwickeln, und er/sie fand Unterstützung, um seine/ihre Kenntnisse in der Praxis zu erproben.“

(zitiert nach Muster-Formulierungen der Fa. Personalwerk Holding GmbH, Rubrik HR-Wissen, [www.personalwerk.de](http://www.personalwerk.de); hier finden sich gut aufbereitete Übersichten zu allen Bereichen der Zeugnisformulierung)

Im Falle einer normalen, durchschnittlichen Arbeitsleistung und Befähigung sollte sich eine Bewertung nach der Schulnote 3 („befriedigend“) ergeben. Falls der Arbeitnehmer meint, er hätte eine bessere Beurteilung verdient, ist er für den dafür vorzutragenden Tatsachen darlegungs- und beweispflichtig. Wenn dagegen der Arbeitgeber eine Note schlechter als „3“ vergeben will, ist er im Zweifel darlegungs- und beweispflichtig.

Sagt dem Arbeitnehmer die „Dankesformel“ am Schluss eines Arbeitszeugnisses nicht zu, kann er allenfalls verlangen, dass sie gestrichen wird. Er kann aber nicht von außen in die Wortwahl eingreifen (BAG – 9 AZR 227/11). Der Grund für eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses darf nur dann aufgenommen werden, wenn der Arbeitnehmer dies wünscht.

#### 4.8.4 Rückzahlung von Aus- und Fortbildungskosten

In der Praxis finanzieren Arbeitgeber häufig Aus- oder Fortbildungsmaßnahmen der Arbeitnehmer. Damit verbunden ist die Erwartung, dass der Arbeitnehmer die erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten über einen gewissen Mindestzeitraum gewinnbringend im Unternehmen einsetzt. Wird das Arbeitsverhältnis vor dem Erreichen der Mindestzeitspanne beendet, stellt sich häufig die Frage nach einer Rückzahlung der vollen Kosten oder zumindest eines Teils der Kosten. Rückzahlungsvereinbarungen sind in Arbeitsverträgen und Kollektivvereinbarungen häufig anzutreffen. Zumeist sind sie geknüpft an eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer innerhalb einer bestimmten Bindungsfrist.

Rückzahlungsvereinbarungen können grundsätzlich zulässig sein. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber bei verständiger Betrachtung ein berechtigtes Interesse daran hat (was meist der Fall sein wird) und die Rückzahlungspflicht dem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242) zumutbar ist. Unzumutbarkeit ist jedenfalls bei einer übermäßigen Beeinträchtigung des Grundrechts aus Art. 12 GG anzunehmen. Auf der anderen Seite muss in Betracht gezogen werden, ob und ggf. welche Gegenleistung der Arbeitnehmer durch die Aus-/Fortbildungsmaßnahme gehabt hat (z. B. Zusatzqualifikation, die im Berufsleben auch anderweitig einsetzbar ist). Insgesamt ist eine Abwägung auf der Grundlage aller Einzelumstände und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu treffen. Unwirksam in diesem Sinne wären Rückzahlungsverpflichtungen für rein innerbetriebliche Fortbildungsmaßnahmen oder für die Anpassung vorhandener Kenntnisse an neue betriebliche bzw. nur auf diesen Betrieb bezogene Gegebenheiten.

##### Merke

In der Praxis haben sich folgende Höchstbindungsfristen abhängig von der Dauer einer Fortbildung ohne Verpflichtung zur Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Vergütung herausgebildet (vgl. auch LAG Düsseldorf – 9 Sa 108/13):

- Fortbildung bis zu einem Monat: Bindungsfrist max. sechs Monate
- Fortbildung bis zu zwei Monate: Bindung bis zu einem Jahr
- Fortbildung drei bis fünf Monate: Bindung bis zu zwei Jahre
- Fortbildung sechs bis 12 Monate: Bindung bis zu drei Jahren
- Fortbildung mehr als zwei Jahre: Bindung bis zu fünf Jahren ◀

Im Falle von Rückzahlungsklauseln in Arbeitsverträgen, die nach AGB-Recht zu beurteilen sind, gilt eine typisierende Betrachtungsweise. Eine Klausel, die z. B. eine Rückzahlungspflicht ohne Rücksicht auf den Beendigungsgrund enthält, wäre nach § 307 unangemessen und damit unwirksam. Allgemein gilt, dass Klauseln klar und bestimmt sein müssen, pauschale Formulierungen genügen nicht (BAG – 9 AZR 442/12). Zudem müssen die Berechnungsgrundlagen offengelegt werden. Ein Verstoß



gegen diese Transparenzpflichten führt zur Unwirksamkeit nach § 307, ebenso wie eine unangemessen lange Bindung. Laut BAG (5 AZR 535/97) ist eine vertragliche Rückzahlungspflicht bei einer betriebsbedingten Arbeitgeberkündigung für den Arbeitnehmer im Regelfall unzumutbar und daher unzulässig. Es kann aber Ausnahmen geben. Allein die Frage, wer gekündigt hat, ist hierfür nicht entscheidend. Ausschlaggebend ist letztlich, wer die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vertreten hat (so auch BAG – 6 AZR 383/03). Wenn beispielsweise im obigen Fall die Arbeitgeberkündigung auf einem arbeitsvertragswidrigen Verhalten des Arbeitnehmers beruht, sollte also an der Wirksamkeit einer Rückzahlungsverpflichtung nicht gezweifelt werden. Über die Höhe ist dann wiederum auf Grundlage des Einzelfalls zu entscheiden. Dasselbe gilt bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer. Soweit der Kündigung beispielsweise ein arbeitsvertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers vorausging, wäre eine Rückzahlungsverpflichtung nicht gerechtfertigt. Dann ging die Kündigung zwar vom Arbeitnehmer aus, er hat den Grund für die Kündigung aber nicht zu vertreten.

**Beispiel**

Nicht vom Arbeitnehmer zu vertreten ist eine Kündigung des Arbeitnehmers, die durch Mobbing seitens der Kollegen bedingt ist. Dieser Umstand fällt eher in den Risikobereich des Arbeitgebers als in den des Arbeitnehmers. Hier ist eine Rückzahlungsverpflichtung unzumutbar.

Hinsichtlich der Höhe von Rückzahlungen gilt grundsätzlich, dass sich die zurückzahlende Summe für jedes Jahr der weiteren Betriebszugehörigkeit anteilig mindert. Dem Beschäftigten muss durch seine Betriebstreue die Möglichkeit eröffnet werden, sich von einer anteiligen Kostenbeteiligung vollständig zu befreien.

Nach § 5 BBiG sind Vereinbarungen nichtig, die den Auszubildenden nach Beendigung der Ausbildung binden und in der Ausübung seines Berufes einschränken sollen. Davon umfasst sind auch Rückzahlungsverpflichtungen (BAG – 5 AZR 509/99). Voraussetzung ist allerdings, dass entsprechende Rückzahlungsvereinbarungen einen zumindest mittelbaren Druck auf den Auszubildenden ausüben, der dessen Berufsfreiheit unverhältnismäßig einschränkt.

**Fall**

4.8.4/Fall 19: DHBW-Student S ist im Rahmen eines auf die (dreijährige) Dauer des Studiums befristeten Vertrages bei Unternehmen U („Dualer Partner“) beschäftigt. Daraus bezieht er eine monatliche Vergütung in Höhe von 700 EUR, auch während der Theoriephasen an der Hochschule. Nach dem Ende des Studiums und der Befristung schließt S einen Arbeitsvertrag mit einem neuen Unternehmen. U verlangt die Rückzahlung der gesamten Vergütung der letzten drei Jahre gem. einer vertraglichen (Standard-)Vereinbarung. Zu Recht? ◀



### 4.8.5 Rückgabe von Arbeitsmitteln

Beim Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis besteht eine Pflicht zur Rückgabe von Arbeitsmitteln. Beispielsweise ist es dem Arbeitnehmer verboten, die Computer-Festplatte auszubauen und zu vernichten. Der Ausbau der Festplatte ist Diebstahl (§ 242 StGB), die Zerstörung ist Sachbeschädigung (§ 303 StGB). Bezüglich betrieblicher Unterlagen besteht ein Verbot der Löschung.

Probleme können dann entstehen, wenn sich nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers noch private E-Mails im Account befinden und der Arbeitgeber den Account löschen will. Zu unterscheiden ist, ob der Arbeitnehmer das private E-Mail-System des Unternehmens auch für private Angelegenheiten nutzen konnte. Falls nein, ist der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht vor Zugriffen durch den Arbeitgeber geschützt. Dann ist die Löschung aller dienstlichen Mails sowie unbefugter privater Mails möglich. Wenn die private Nutzung erlaubt ist, beurteilt sich die Löschung nach den Nutzungsbedingungen, im Falle nicht vorhandener Nutzungsbedingungen im Zweifel nach den gesetzlichen oder betrieblich-üblichen Archivierungsbedingungen. Wenn der Arbeitnehmer nach der Kündigung Interesse anmeldet, dass er seine privaten Mails kopiert, ist diesem Wunsch stattzugeben. Wenn nicht, kann der Arbeitgeber davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer mit der Löschung gemäß üblicher betrieblicher Gepflogenheiten einverstanden ist.

---

#### Fall

4.8.5/Fall 20: Arbeitnehmer AN kann seinen dienstlichen E-Mail-Account auch für private Zwecke nutzen. Arbeitgeber AG löscht diesen Account unmittelbar nach der Kündigung und Freistellung des AN, ohne diesen zu fragen. AN hätte sich noch einige private Mails kopieren wollen. Durch die Löschung entsteht ihm ein Schaden. Haftet AG (OLG Dresden – 4 W 961/12)? ◀

### 4.8.6 Wettbewerbsverbot

In der Praxis werden in Arbeitsverträgen häufig Vereinbarungen getroffen, wonach der Arbeitnehmer für die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestimmte gleichartige Tätigkeiten oder Tätigkeiten in gleichartigen Branchen oder in einer räumlich begrenzten Umgebung über einen bestimmten Zeitraum nicht aufnehmen darf. Die Möglichkeit des vertraglichen Abschlusses solcher **Wettbewerbsverbote** ergibt sich aus § 110 GewO.

Im Falle ihrer Wirksamkeit wird dadurch die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers seines Arbeitsverhältnisses beschränkt. Dem Arbeitgeber wird hier gesetzlich zuerkannt, dass er ein Interesse haben kann, dass ihm der (ehemalige) Arbeitnehmer eine Zeit lang keine Konkurrenz macht. Die mit § 110 GewO verbundenen Vorschriften der §§ 74 – 75 f. HGB gelten nicht nur für kaufmännische Angestellte, sondern für alle Arbeitnehmer mit Ausnahme vertretungsberechtigter Organmitglieder.

Erforderlich ist zunächst eine Vereinbarung mit Schriftform (§ 74 Abs. 1 HGB) sowie die Aushändigung einer vom Arbeitgeber im Original unterzeichneten Abschrift der Vereinbarung. Unterbleibt die Aushändigung, führt dies allerdings nicht zur Formunwirksamkeit (§ 125) der Vereinbarung. Die Folge ist lediglich, dass sich der Arbeitgeber nicht darauf berufen kann. Der Arbeitnehmer ist dagegen nicht daran gehindert, sich auf das Wettbewerbsverbot zu berufen, soweit die Schriftform eingehalten wurde (BAG – 9 AZR 595/03). Weiter muss das Wettbewerbsverbot berechtigten Geschäftsinteressen des Arbeitgebers dienen (§ 74a Abs. 1 S. 1 HGB).

Ein berechtigtes geschäftliches Interesse des Arbeitgebers ist gegeben, wenn das Wettbewerbsverbot entweder dem Schutz von Betriebsgeheimnissen dient, den Einbruch eines ausgeschiedenen Mitarbeiters in den Kunden- oder Lieferantenkreis unter Ausnutzung besonderer Kenntnisse oder persönlicher Kontakte verhindern soll oder sich der ausgeschiedene Mitarbeiter in erheblichem Umfang an einem Konkurrenzunternehmen beteiligt (vgl. Lembke, BB 2020, S. 53 f.). Zusätzlich muss der Arbeitgeber eine **Entschädigung** („Karenzentschädigung“) der in § 74 Abs. 2 HGB geregelten Höhe vertraglich versprechen, wobei § 74a Abs. 2 HGB zu beachten ist. Die Höhe der Entschädigung muss mindestens die Hälfte der vertragsgemäßen Leistungen erreichen. Bei Festbezügen kommt es auf die „zuletzt bezogenen Leistungen“ an, also auf den Mittelwert der letzten Monatsgehälter. Bei variablen Vergütungen ist § 74b Abs. 2 HGB zu beachten. Ergibt sich danach, dass dem Arbeitnehmer eine zu niedrige Entschädigung zugesagt wurde, hat er ein Wahlrecht, ob er die Vereinbarung anerkennen oder ablehnen will. Im letzteren Falle ist das Wettbewerbsverbot nichtig. Wenn keine Karenzentschädigung zugesagt wird, ist das Wettbewerbsverbot nichtig, weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer können Rechte daraus herleiten (BAG – 10 AZR 448/19).. Zahlbar ist die Karenzentschädigung schon dann, wenn der Arbeitnehmer die bezeichnete Tätigkeit unterlässt (Ausnahme: Freiheitsstrafe, § 74 c Abs. 1 S. 3 HGB). Schließlich darf das Wettbewerbsverbot unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nicht zu einer unbilligen Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers führen (§ 74a Abs. 1 S. 2 HGB) und nicht länger als zwei Jahre seit Beendigung des Dienstverhältnisses dauern (§ 74a Abs. 1 S. 3 HGB).

Die Frage der unbilligen Fortkommenserschwerung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände zu beurteilen. Maßgeblich sind das Alter des Arbeitnehmers und seine Stellung im Betrieb, die Höhe der Entschädigung, der Umfang des Wettbewerbsverbots und die Mobilität der jeweiligen Berufsgruppe (Lembke, aaO.)

#### Beispiel

Eine Standard-Wettbewerbsklausel im Arbeitsvertrag, die dem kaufmännischen Angestellten eines Industrieunternehmens nachvertraglich auf die Dauer von zwei Jahren verbietet, weltweit in selbstständiger oder unselbstständiger Weise für ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen tätig zu werden, stellt eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Mitarbeiters dar.

Wird eine Zeitdauer von mehr als zwei Jahren vereinbart, bleibt das Verbot für die ersten beiden Jahre grundsätzlich verbindlich. Für die Zeit danach greift wiederum zugunsten des Arbeitnehmers ein Wahlrecht ein (wie bei einer zu niedrig zugesagten Entschädigungshöhe). Umstritten ist die Wirksamkeit sog. bedingter Wettbewerbsverbote. In solchen Klauseln behält sich der Arbeitgeber vor, ob er das Wettbewerbsverbot im Ernstfall in Kraft setzen will oder nicht. Auch hier besteht im Zweifel ein Wahlrecht des Arbeitnehmers, es gilt keine automatische Nichtigkeitsfolge.

Zusammengefasst sind die Voraussetzungen für ein wirksames nachvertragliches Wettbewerbsverbot die folgenden:

- Vereinbarung der Parteien in Schriftform (§ 74 Abs. 1 HGB)
- Aushändigung einer vom Arbeitgeber unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenen Urkunde an den Arbeitnehmer (§ 74 Abs. 1 HGB),
- berechtigtes Geschäftsinteresse des Arbeitgebers (§ 74a Abs. 1 S. 1 HGB),
- Karenzentschädigung in gesetzlicher Mindesthöhe (§ 74 Abs. 2),
- keine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers (§ 74a Abs. 1 S. 2 HGB),
- Dauer nicht länger als zwei Jahre (§ 74a Abs. 1 S. 3 HGB).

---

**Fall**

4.8.6/Fall 21: Im Vertrag eines Gas-, Wasser- und Heizungsinstallateurs (AN) mit seinem Arbeitgeber (AG), einem ortsansässigen Fachbetrieb am Wohnort des AN, ist in eine Klausel wie folgt enthalten: „Wettbewerbsverbot: Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer ist es diesem untersagt, eine gleichartige Tätigkeit im Umkreis von 25 km (dies entspricht dem Arbeits- und Kunden-Einzugsgebiet) innerhalb von 2 Jahren ab Beendigung anzunehmen.“ AN möchte sich für eine Stelle als Wassermeister seiner Wohngemeinde bewerben. Stellt diese Klausel für ihn ein rechtliches Hindernis dar? ◀

Im Falle des Inkrafttretens des Wettbewerbsverbotes muss sich der Arbeitnehmer auf die zu zahlende Karenzentschädigung einen anderweitigen Erwerb anrechnen lassen. Das gilt allerdings nur, soweit der neue Verdienst zusammen mit der Entschädigung 110 % der letzten Bezüge übersteigt (im Falle der Verlegung eines Wohnsitzes 125 %). Bei GmbH-Geschäftsführern erfolgt keine Anrechnung sonstigen Verdienstes (BGH – II ZR 11/07). Durch schriftliche Erklärung gem. § 75a HGB kann der Arbeitgeber vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses einseitig auf das Wettbewerbsverbot verzichten. Von der Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung wird er aber erst mit Ablauf eines Jahres nach Zugang der Erklärung frei. Der Arbeitnehmer wird dagegen von dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot sofort frei.

Gegenüber Auszubildenden gilt das Wettbewerbsverbot gem. § 5 des Berufsbildungsgesetzes (BBiG) nicht. Eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, wonach keiner der

Vertragspartner für eine gewisse Zeit Mitarbeiter des anderen Unternehmens einstellen darf („Sperrabreden“) sind nicht bindend. Denn nach § 75f HGB kann jede Partei von einer solchen Vereinbarung zurücktreten. Nach § 75d S. 1 HGB besteht ein gesetzliches Verbot bezüglich Vereinbarungen, durch die die Vorschriften der §§ 74 ff. HGB umgangen werden sollen.

#### 4.8.7 Wahrung von Betriebsgeheimnissen

Über Betriebsgeheimnisse hat der Arbeitnehmer auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Stillschweigen zu bewahren. Dies ergibt sich im Zweifel bereits aus einer ungeschriebenen Nebenpflicht (Treuepflicht des Arbeitnehmers) ohne ausdrückliche Vereinbarung im Arbeitsvertrag. Unter Betriebsgeheimnissen sind offensichtlich geheimhaltungsbedürftige, vom Arbeitgeber als geheimhaltungsbedürftig eingestufte oder solche Informationen und Tatsachen zu verstehen, an deren Vertraulichkeit der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat. Ein Betriebsgeheimnis ist eine Information eher technischer Natur, wohingegen ein Geschäftsgeheimnis eher den unternehmerischen Geschäftsverkehr im Allgemeinen betrifft.

Um sicher zu gehen, dass hier nichts „anbrennt“, ist Arbeitgebern anzuraten, vertragliche Verschwiegenheitsvereinbarungen mit den Arbeitnehmern abzuschließen. Dabei sollte explizit festgelegt werden, welche Informationen, Daten und Tatsachen geheimhaltungsbedürftig sind. Regelmäßig unwirksam sind zu weitgehende Klauseln in einem Standard-Arbeitsvertrag, z. B. solche, wonach „sämtliche während der Tätigkeit des Arbeitnehmers beim Arbeitgeber bekannt gewordenen geschäftlichen Vorfälle“ geheim zu halten sind. Dies gilt jedenfalls dann, wenn diese „Vorfälle“ nicht genau spezifiziert sind.

Geheimnisverrat wird auch strafrechtlich in § 17 UWG sanktioniert. Eine Tatbegehung ist möglich durch Mitarbeiter (Abs. 1), mittels Spionage durch Mitarbeiter oder Dritte (Abs. 2 Ziff. 1) oder in Form von Geheimnisverwertung bzw. -hehlerei durch Mitarbeiter (Abs. 2 Ziff. 2). Zivil- und strafrechtliche Rechtsfolgen bei der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen ergeben sich auch aus dem Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG).

---

#### Kontrollfragen

1. Welche Anforderungen gelten für eine wirksame Kündigungserklärung?
2. Wann ist eine Kündigung unter Abwesenden dem Kündigungsempfänger zugegangen?
3. Sind Kündigungen gegenüber Arbeitnehmern, die nicht dem KSchG unterfallen, in jedem Falle wirksam?

- 
4. Wann ist eine personenbezogene Kündigung nach dem KSchG bei Krankheit des Arbeitnehmers berechtigt?
  5. Sind fristlose Verdachtskündigungen wirksam?
  6. Warum sind Arbeitszeugnisse in der Praxis häufig in einer Art Geheimsprache („Zeugniscode“) verfasst?

## Lernziele

### Dieses Kapitel vermittelt:

- einen Überblick zu Möglichkeiten und Grenzen der gewerkschaftlichen Betätigung;
- wissenswerte Grundinformationen zur Bedeutung von Tarifverträgen;
- Ausführungen zum Streikrecht;
- Grundkenntnisse zur Unternehmensmitbestimmung im Betrieb.

## 5.1 Einleitung

In diesem Kapitel werden ausgewählte arbeitsrechtliche Themen erläutert, die über die individualvertragliche Ebene hinausreichen, z. B. auf Betriebs- oder Tarifvertragebene. Kollektivrechtliche Fragen sind in der Praxis eine Domäne der Gewerkschaften. Rechtsanwälte wie der Verfasser sind, selbst wenn sie schwerpunktmäßig im Arbeitsrecht tätig sind, eher selten mit entsprechenden Fragestellungen befasst. Dementsprechend ist, z. B. gegenüber dem Schwerpunkt Kapitel „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ in diesem Buch, die Zahl der Praxisfälle und Übungsaufgaben geringer, und die Fälle stammen durchweg aus der Rechtsprechung. Es wird im Folgenden auch lediglich überblicksartig auf die wichtigsten kollektivrechtlichen Themen eingegangen. Als wichtig sieht der Verfasser insbesondere die Fragen des Zustandekommens und der Wirksamkeit von Tarifverträgen, das Streikrecht sowie die Themen Bildung und Aufgabenbereich von Betriebsräten an.

## 5.2 Koalitionsfreiheit

Die sog. Koalitionsfreiheit ist als Grundrecht in Art. 9 GG gewährleistet. Zu unterscheiden ist eine individuelle und eine **kollektive Koalitionsfreiheit**. Letztere ist für den Bereich des Arbeitslebens ausdrücklich in Art. 9 Abs. 3 GG geregelt. Hier besteht ein grundgesetzlich geschütztes Recht, zur Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu gründen. Dies geschieht zumeist in Form von Gewerkschaften. Diese müssen frei von staatlichen Genehmigungen oder Zwängen gebildet werden können. Sie sind auch in ihren internen Strukturen autonom (sog. innergewerkschaftliche Autonomie), soweit die allgemeinen Gesetze, insbesondere die verfassungsrechtlichen Grundsätze eingehalten werden. Der Staat darf auch keine Gegenmächte in Form von Konkurrenzorganisationen schaffen.

Die Gewerkschaften haben kraft ihrer kollektiven Koalitionsfreiheit auch das **Recht zur Eigenwerbung** in den Betrieben. Dies gilt sogar in kirchlichen Einrichtungen. Zulässige Werbemaßnahmen sind z. B. das Verteilen von Flugblättern im Betrieb.

---

### Fall

5.2/Fall 1: AN versendet außerhalb der Arbeitszeit von zuhause aus eine Rund-E-Mail an die Firmenadressen seiner Kollegen, um für deren Gewerkschaftsbeitritt zu werben. Arbeitgeber AG mahnt AN wegen „Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten“ ab. Zu Recht (LAG Schleswig – 6 Sa 562/99)?

Variante: AN verteilt in der Werkspause Werbematerial der Gewerkschaft an einzelnen Arbeitsplätzen. ◀

Nicht berechtigt ist dagegen ein Arbeitnehmer, einen vom Arbeitgeber für dienstliche Zwecke zur Verfügung gestellten personenbezogenen E-Mail-Account ([Vorname.Name@Arbeitgeber.de](#)) für die betriebsinterne Verbreitung eines Streikaufrufs seiner Gewerkschaft, z. B. über Intranet, an die Belegschaft zu nutzen (BAG – 1 ABR 31/12). Ein weiterer Aspekt der kollektiven Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG ist die Befugnis der Gewerkschaften zum Abschluss von Tarifverträgen. Rechtsgrundlage ist das Tarifvertragsgesetz (TVG) sowie die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung. Schließlich ermächtigt die Koalitionsfreiheit auch zur Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen und gibt ein Recht zur Beteiligung im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung.

Die individuelle Koalitionsfreiheit leitet sich aus der kollektiven ab und besagt, dass der Arbeitnehmer zur Förderung seiner Arbeitsinteressen einer solchen Vereinigung, also einer Gewerkschaft, beitreten kann. Damit verbunden ist ein Schutz vor Diskriminierungen. So enthält Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG das ausdrückliche Verbot einer Benachteiligung wegen der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft. In der Praxis sind Diskriminierungen dieser Art allerdings häufig schwer nachzuweisen. So werden im Falle von Kündigungen, die gegenüber gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern ausgesprochen werden, zumeist stichhaltigere Kündigungsgründe vorgeschoben.

Die Koalitionsfreiheit, einer Gewerkschaft beizutreten (**positive Koalitionsfreiheit**), besteht auch mit umgekehrten Vorzeichen (**negative Koalitionsfreiheit**). Danach ist auch das Recht grundgesetzlich geschützt, sich einer Gewerkschaft nicht anzuschließen oder aus einer Gewerkschaft wieder auszutreten. Ein entsprechender Zwang zu einem Gewerkschaftsbeitritt oder ein Verbot des Austritts wären unwirksam. Fristen zum Austritt aus einer Gewerkschaft dürfen nicht zu weitläufig sein, um nicht *de facto* einem Verbot gleichzukommen, max. 6 Monate gelten hier als Obergrenze.

Aus der Wahrnehmung seiner Freiheiten dürfen dem Arbeitnehmer keine Nachteile entstehen. So darf es im Betrieb beispielsweise keine sachfremde Benachteiligung von Mitgliedern einer Gewerkschaft geben, indem diesen z. B. als Sanktion für ihre Mitgliedschaft ein geringeres Gehalt gezahlt wird. Umstritten ist auch die Frage, ob das Diskriminierungsverbot (u. a.) bedeutet, dass tarifliche Leistungen an alle, auch die nicht gewerkschaftlich gebundenen, Arbeitnehmer auszuzahlen sind. Praktische Bedeutung hat diese Frage jedoch kaum. Die Arbeitgeber zahlen tarifliche Löhne regelmäßig an alle Arbeitnehmer aus. Wenn sie dies nicht tun würden, wäre zu befürchten, dass die bislang nicht organisierten Arbeitnehmer sogleich einer Gewerkschaft beitreten. Das kann einem Arbeitgeber regelmäßig nicht gelegen sein.

Problematische Situationen können auch im Arbeitskampf, bei Streik und Aussperrung, bestehen. Gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer erhalten im Falle einer Aussperrung oftmals eine Vergütung aus der „Streikkasse“ der Gewerkschaft. Die Streikunterstützung beträgt zwischen 2/3 und 90 % des Nettolohnes. Nichtorganisierte gehen leer aus. Hier darf der Arbeitgeber nicht selbst eine Unterstützung an Nichtorganisierte als Ausgleich oder Druck- bzw. Anreizmaßnahme zahlen. Auch das wäre ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit.

---

## 5.3 Tarifverträge

### 5.3.1 Allgemeines

Zweck von Tarifverträgen ist es, die tendenziell in einer schlechteren bzw. schützenswerteren Position befindlichen Arbeitnehmer gegen (zu) einseitige Vertragsgestaltungen der Arbeitgeber zu schützen. Die Zulassung kollektiver Gegenmacht soll einen staatsfrei ausgehandelten angemessenen Interessenausgleich ermöglichen. Dadurch soll die Privatautonomie auf der kollektiven Ebene wieder hergestellt werden.

Es besteht der **Grundsatz der Tarifautonomie**. Der Staat redet mit gesetzlichen Mitteln nicht in die Tarifvertragsverhandlungen hinein. Er hat vielmehr private Normsetzer ermächtigt, durch vertragliche Vereinbarungen verbindliche Normen für Dritte zu schaffen. Die Gestaltungsmacht der Tarifparteien kommt dem Staat in Form eines Entlastungseffektes unmittelbar zugute. Insoweit ist sie ein maßgeblicher Beitrag zu den demokratischen Formen der Selbstregulierung und Dezentralisierung. Rechtsgrundlage ist das **Tarifvertragsgesetz (TVG)**.



### 5.3.2 Grundsatz der Tarifeinheit?

Lange Jahre galt nach stillschweigender politischer Überzeugung und nach der Rechtsprechung der Grundsatz, dass in einem Betrieb nur ein Tarifvertrag gelten darf (**Grundsatz der Tarifeinheit**). Ist der Arbeitgeber, z. B. ein Großunternehmen wie die Deutsche Bahn AG, aufgrund der Heterogenität der Belegschaft an mehrere Tarifverträge gebunden, verdrängt die speziellere Vereinbarung alle anderen. Dadurch sollte einer tariflichen Zersplitterung und einer dadurch bedingten Störung des Betriebsfriedens vorgebeugt werden.

Für diesen Grundsatz sah das BAG in Entscheidungen vom 23.6.2010 (10 AS 2/10 und 3/10 sowie 4 AZR 537/08 und 549/08[A]) mangels gesetzlicher Grundlage keinen Raum mehr und hob den Grundsatz der Tarifeinheit auf. Als Folge davon kam es zu mehr Streiks von Spartengewerkschaften. Mehr Tarifpluralität führte in der Praxis zu neuartigen und teilweise schwer handhabbaren Problemlagen. Beispielsweise wusste der Arbeitgeber im Falle der Geltung mehrerer Tarifverträge mit unterschiedlichen Entgelten nicht, nach welchen Grundlagen er seine Arbeitnehmer bezahlen soll. Hierzu hätte er die Gewerkschaftszugehörigkeit seiner Arbeitnehmer erfragen müssen, was ihm aber rechtlich nicht erlaubt war. Neben Lohn und Gehaltsfragen waren auch Arbeitsbedingungen, Arbeitszeiten, Pausen usw. betroffen. Tarifvertraglich unterschiedliche Arbeitszeiten am gemeinsamen Produktionsband, z. B. eines Fahrzeugherstellers, waren schwer in Einklang zu bringen. Bei Bezugnahme Klauseln in Arbeitsverträgen von Arbeitnehmern, die nicht gewerkschaftlich organisiert sind, war die Frage, welcher Tarifvertrag anwendbar ist. Auch die Friedensfunktion des Flächen-Tarifvertrages war beeinträchtigt, wenn und soweit verschiedene Tarifverträge unterschiedliche Laufzeiten haben. Der Gesetzgeber reagierte auf diese unsichere Gemengelage und führte den Grundsatz der Tarifeinheit in 2015 per Gesetz wieder ein. Das **Tarifeinheitsgesetz** führte die Vorschrift zur Tarifkollision in § 4a TVG ein. Diese bestimmt gemäß dem ursprünglichen Grundsatz, dass bei kollidierenden Tarifverträgen in einem Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft anwendbar sind, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen Tarifvertrags im Betrieb die meisten Mitglieder hat.

Das BVerfG urteilte in 2017 in mehreren Verfahren (u. a. 1 BvR 1571/15), dass das Gesetz überwiegend verfassungskonform sei. Es müssten lediglich Schutzvorkehrungen zur Benachteiligung spezieller, Berufsgruppen nachgebessert werden, die deren Belange bei einer Geltung des Tarifvertrags der Mehrheit der betriebsangehörigen Gewerkschaftsmitglieder nicht ausreichend berücksichtigt werden. Dies betrifft § 4a Abs. 2 S. 2 TVG, der nach Maßgabe der Entscheidungsformel nicht mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar war. Nach der gesetzgeberischen Anpassung enthält die Vorschrift nunmehr die Maßgabe, dass ein Tarifvertrag von einem kollidierenden Tarifvertrag nur verdrängt werden kann, wenn plausibel dargelegt ist, dass die Mehrheitsgewerkschaft die Interessen der Berufsgruppen, deren Tarifvertrag verdrängt wird, ernsthaft und wirksam in ihrem Tarifvertrag berücksichtigt hat.

Bis Die gesetzgeberische Anpassung sieht vor, dass Minderheitstarifverträge weiterhin gültig bleiben, wenn beim Zustandekommen des Mehrheitstarifvertrags die Interessen von gewerkschaftlich organisierten Berufs- beziehungsweise Arbeitnehmergruppen, die auch vom Minderheitstarifvertrag erfasst sind, „nicht ernsthaft und wirksam berücksichtigt“ worden sind, wie es in der Änderung des Tarifvertragsgesetzes heißt [26].

### 5.3.3 Tarifparteien

Parteien eines Tarifvertrages sind auf Seiten der Arbeitnehmer die **Gewerkschaften** (§ 2 Abs. 1 TVG). Auf Seiten der Arbeitgeber können Vereinigungen oder einzelne Arbeitgeber („**Haustarifvertrag**“) beteiligt sein. Unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 und 3 TVG können auch Dachverbände von Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbänden als Tarifvertragsparteien fungieren.

Die Parteien müssen **tariffähig** sein. Voraussetzung hierfür ist, dass sie willens sind, einen Tarifvertrag abzuschließen sowie die Möglichkeit haben, hinreichend Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben. Hierzu müssen sie über ein bestimmtes Gewicht und die soziale Mächtigkeit verfügen, um Arbeitgeber zu Tarifverhandlungen und Tarifabschlüssen bewegen zu können. Dies ist bei „**Spartengewerkschaften**“ nicht selbstverständlich und deshalb in besonderer Weise zu prüfen. So sprach das BAG der Gewerkschaft „Medsonet“, die Beschäftigte in Privatkliniken und Pflegediensten vertritt, die Tariffähigkeit ab (BAG – 1 ABR 33/12), mit der Folge, dass alle Tarifverträge, die diese Gewerkschaft seit ihrer Gründung im März 2008 geschlossen hatte, nichtig waren.

---

#### Fall

5.3.3/Fall 2: Ist die Gewerkschaft „Ufo“ (Unabhängige Flugbegleiter Organisation) tariffähig, wenn 32 % der ca. 20.000 Flugbegleiter darin gewerkschaftlich organisiert sind (BAG – 1 ABR 51/03)? ◀

Die Tariffähigkeit wurde z. B. auch der „Tarifgemeinschaft christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP)“ abgesprochen, weil sich nach Ansicht des BAG u. a. die Gewerkschaft hier über den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung hinaus für einen weiteren Organisationsbereich zuständig erklärt hatte, den sich nicht abdeckte (BAG – 1 ABN 27/12, 1 AZB 58/11 und 1 AZB 67/11).

Kein Problem besteht dann, wenn die Arbeitsverträge Bezug auf einen Tarifvertrag nehmen, selbst wenn dieser dann mangels Tariffähigkeit der Gewerkschaft nichtig ist. Solche Bezugnahmen wirken nicht tarifrechtlich, sondern nur vertragsrechtlich, sozusagen nur als verlängerter Vertragstext des Arbeitsvertrages. Wenn ein Gericht sodann eine tarifrechtliche Entscheidung fällt, werden die entsprechenden Arbeitsverträge oder Bezugnahmen dadurch nicht auch nichtig.

Besondere formelle Vorgaben für die Gründung einer Gewerkschaft (z. B. Schriftform oder Eintragung in ein Register) bestehen nicht. Neugründungen von Gewerkschaften sind allerdings sehr selten. Der verbreitete Mitgliederschwind auf beiden Seiten der Tarifparteien ist eine besondere Herausforderung für das gesamte System.

### 5.3.4 Form und Arten von Tarifverträgen

Für den Tarifvertrag ist die **Schriftform** erforderlich. Nach dem Grundgesetz haben die Tarifparteien ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol (vgl. BVerfG – 1 BvL 32/97). Der Staat könnte somit theoretisch auch selbst Gesetze in diesem Bereich erlassen. Er ist jedenfalls nicht genötigt, sich aus dem Normfindungsprozess (Tarifverhandlungen) herauszuhalten.

Von einem **Lohntarifvertrag** spricht man, wenn darin überwiegend nur die Lohnhöhe festgelegt ist. Tarifverträge dieser Art haben meist eine Laufzeit von einem Jahr. Daneben können **Rahmentarifverträge** bestehen. Diese legen Lohn- und Gehaltsgruppen sowie Lohnberechnungsmethoden fest. Sie bestehen regelmäßig über eine Laufzeit von ca. 3 Jahren. Durch **Manteltarifverträge** werden sonstige Arbeitsbedingungen wie Arbeitszeit, Urlaub, Überstunden usw. festgelegt. Auch bei diesen besteht regelmäßig eine Laufzeit von 3 Jahren. In der Praxis bestehen häufig Mischformen der drei genannten Tarifverträge. Neben Tarifverträgen sind auch sonstige Vereinbarungen mit individuellem Inhalt möglich.

### 5.3.5 Bindungswirkung

Tarifgebunden sind die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrages ist (§ 3 Abs. 1 TVG). Die Tarifgebundenheit bleibt bestehen, bis der Tarifvertrag endet.

Tarifverträge können **Rechtsnormen** enthalten (vgl. § 1 Abs. 1 i. V. m. § 4 TVG). Diese wirken unmittelbar und zwingend in das einzelne Arbeitsverhältnis hinein, auch wenn dies in den individuellen Arbeitsverträgen nicht ausdrücklich geregelt ist. Die zwingende Wirkung bedeutet, dass der Arbeitnehmer nicht durch einzelvertragliche Gestaltung zu seinen Ungunsten von tariflichen Regelungen abweichen kann. Abweichungen zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers sind allerdings ausdrücklich zugelassen (**Günstigkeitsprinzip**). Das erstere Verbot gilt ausnahmsweise nicht, wenn das Gesetz selbst eine Abweichung zuungunsten des Arbeitnehmers zulässt. Zum Beispiel können die gesetzlichen Kündigungsfristen nach Maßgabe des § 622 Abs. 4 verkürzt oder die tägliche Arbeitszeit kann in Anwendung des § 7 Abs. 1 Nr. ArbZG von 8 auf 10 h verlängert werden.

**Fall**

5.3.5/Fall 3: X ist auf 450-EUR -Basis beschäftigt. Laut Tarifvertrag steht ihm Weihnachtsgeld in Form eines 13. Gehaltes zu. In diesem Fall würde X aber die Bemessungsgrenzen der Vorschriften über „Mini-Jobs“ überschreiten und wäre als Teilzeit-Arbeitnehmer steuer- und sozialversicherungspflichtig. Um dies zu verhindern, vereinbaren X und sein Arbeitgeber, dass X auf das tariflich ihm zustehende Weihnachtsgeld verzichtet. Ist dies zulässig?

5.3.5/Fall 4: Im Unternehmen U kriselt es. Die Geschäftsleitung schlägt der Belegschaft vor, 40 Wochenstunden statt der tariflichen Normalarbeitszeit von 35 h zu arbeiten. 1,5 Std. der Mehrarbeit sollen durch Freizeit ausgeglichen werden. 3,5 Std. sollen unentgeltlich gearbeitet werden. Im Gegenzug garantiert U den Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen für eine Zeitdauer von drei Jahren (Arbeitsplatzgarantie). Die Belegschaft im Betrieb stimmt mehrheitlich dem Sanierungskonzept zu. Ist die Abweichung vom Tarifvertrag zulässig (BAG – 1 AZR 631/98)? ◀

Gem. § 4 Abs. 3 TVG wird den Tarifparteien die Möglichkeit weitgehender „**Öffnungsklauseln**“ eingeräumt. Dadurch sollen abweichende Vereinbarungen auf betrieblicher Ebene ermöglicht oder erleichtert werden. Eine solche Möglichkeit der Schaffung von „Tariföffnungsklauseln“ sieht auch § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG ausdrücklich vor. Erforderlich ist allerdings ein Beschluss der Tarifvertragsparteien. Eine gesetzliche Festlegung des „Günstigkeitsprinzips“ in Form der Legaldefinition „günstiger“ Regelungen besteht allerdings trotz anhaltender Forderungen bislang nicht.

Ein Tarifvertrag wirkt nach dem Gesetzeswortlaut nur zwischen beiderseits Tarifgebundenen. Er gilt also nicht automatisch auch für tariflich nicht organisierte Arbeitnehmer oder Arbeitnehmer eines Betriebes, der nicht vom Tarifvertrag erfasst ist. In der Praxis besteht aber eine weitgehende Ausrichtung an tariflich ausgehandelte Bedingungen. Auf diese Weise wird in den meisten Arbeitsverträgen pauschal auf Regelungen des einschlägigen Tarifvertrages verwiesen („Bezugnahmeklauseln“).

**Formulierungsbeispiele in Arbeitsverträgen**

„Im Übrigen gilt der Tarifvertrag der XY-Industrie in der jeweils gültigen Fassung“. Solche dynamischen Verweisungsklauseln erfassen auch etwa in der Zukunft geänderte oder neu geschaffene Tarifregelungen. Bei einem Betriebsübergang beziehen sich solche Verweisungsklauseln nur auf solche Tarifverträge, die im Zeitpunkt des Übergangs in Kraft waren. Oder: „Ergänzend gilt der Tarifvertrag der XY-Industrie vom 13.3.2020“. Hier handelt es sich um eine statische Verweisungsklausel, welche nur einen bestimmten Tarifvertrag einbeziehen will.

Daneben gibt es Teilverweisungen, beispielsweise nur hinsichtlich der Arbeitszeit oder des Urlaubs. Ratsam ist es, einen Hinweis aufzunehmen, ob die Verweisklausel auch im Falle des Austritts einer oder von beiden Arbeitsvertragsparteien aus ihrer Kollektivorganisation gilt.

Nach § 3 Abs. 3 TVG bleibt die Tarifgebundenheit auch dann bestehen, bis der Tarifvertrag endet, wenn der Arbeitnehmer während der Geltungsdauer aus der Gewerkschaft austritt (BAG – 4 AZR 237/00). Entsprechendes gilt für den Arbeitgeber. Nach § 5 TVG besteht in Ausnahmesituationen für den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (im Einvernehmen mit Vertretern der Verbände, vgl. § 5 TVG) die Möglichkeit, einzelne Tarifverträge für „allgemeinverbindlich“ zu erklären. Die Rechtsfolge einer solchen **Allgemeinverbindlicherklärung** ist, dass die Rechtsnormen des jeweiligen Tarifvertrages in seinem Geltungsbereich auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber erfasst. Das BMWA gibt jährlich kraft seiner Pflicht nach § 5 Abs. 7 TVG ein Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge heraus.

Darüber hinaus gelten Tarifverträge nur für den sachlichen und räumlichen Zuständigkeitsbereich der betreffenden Gewerkschaft gem. ihrer Satzung. Allerdings besteht in Deutschland die Praxis des sog. Flächentarifvertrages. Das heißt, die Regelungen eines „Pilot-Tarifvertrages“ werden in anderen Regionen oder anderen Wirtschaftszweigen häufig übernommen. Vom Inhalt her müssen sich die Vereinbarungen im Rahmen der geltenden Gesetze halten.

Die deutsche Tarifvertragspraxis steht immer wieder in der Kritik, die Vereinbarungen würden nach Art eines Kartells zu Lasten Dritter wirken, konkret der (insbesondere Langzeit-)Arbeitslosen. Auf diese Annahme gründen sich Forderungen, beispielsweise den Niedriglohnsektor aus der Tarifbindung herauszunehmen, um für diese Arbeitnehmergruppe, die vergleichsweise schwer in den Arbeitsprozess einzugliedern ist, die Hürden nicht zu hoch anzulegen. Dem dürfte allerdings mit der gesetzlichen Einführung von branchenübergreifenden Mindestlöhnen bis auf Weiteres ein Riegel vorgeschoben sein.

---

## 5.4 Arbeitskampfrecht

### 5.4.1 Rechtsgrundlagen

Das Recht des Arbeitskampfes ist im Gesetz nicht geregelt. Weitgehende Übereinstimmung besteht nur insoweit, als das Streikrecht als notwendiger Bestandteil der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG angesehen wird. Das BAG hält das Streikrecht darüber hinaus stillschweigend im TVG als vorausgesetzt. Die Möglichkeiten und Grenzen des Streikrechts sind dagegen reines „Richterrecht“. Dementsprechend (heftig) umstritten sind die Ansichten. Der Staat unterliegt im Arbeitskampfrecht einer (selbst auferlegten) weitgehenden Neutralitätspflicht und hält diese auch konsequent durch Nichtregulierung ein. Dabei zeigt die Praxis gerade in diesem Bereich, wie schwierig

es im Arbeitsrecht ist, einen Rechtsfrieden herzustellen, der nicht auf geschriebenen Gesetzen beruht.

### 5.4.2 Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Zu einem Streik aufrufen dürfen zunächst nur Gewerkschaften, nicht etwa Betriebsräte oder andere betriebliche Organisationen. **Träger eines Streiks** darf also **nur die Gewerkschaft** sein. Möglich und ausreichend ist, dass diese nachträglich die Trägererschaft übernimmt. Dies gilt auch für tariffähige Spartengewerkschaften wie etwa der Gewerkschaft der Flugsicherung, bei der es genügt, wenn diese eine überschaubare Zahl von Fluglotsen als Mitglieder hat. Gerade auch solche Gewerkschaften verfügen mit dem Streikrecht über eine mächtige „Waffe“ im Arbeitskampf. Sie können aufgrund der beruflichen Schlüsselqualifikation der Mitglieder durch Streik einen kompletten Großflughafen wie Frankfurt lahmlegen.

---

#### Fall

5.4.2/Fall 5: Unmittelbar nach der Bekanntgabe einschneidender Restrukturierungsmaßnahmen melden sich am nächsten Morgen bei zwei Fluggesellschaften (TUIFly, Air Berlin) von 1200 Crewmitgliedern 500 krank („Go sick“). Deshalb fallen am unmittelbar beginnenden Wochenende ca. 350 Flüge aus. Unverzüglich macht die Unternehmensleitung weitreichende Zugeständnisse, woraufhin die meisten Erkrankten am Montag nach dem Wochenende die Arbeit wieder aufnehmen. Die zuständige Gewerkschaft weist eine Mitwirkung bei diesen Geschehnissen zurück. Handelt es sich um einen rechtmäßigen Streik? ◀

Weiter muss der Einsatz des Streiks an die Verfolgung des Zieles eines Tarifvertrag-Abschlusses mit dem Tarifpartner geknüpft sein. Er muss sich mithin auf ein tariflich tariflich regelbares Ziel richten. Gestreikt werden kann also nur zur Unterstützung einer Forderung, die nachher auch in einem Tarifvertrag beschlossen werden könnte. Es muss sich um Forderungen handeln, die nicht auf dem Rechtswege durchgesetzt werden können. Denn dann muss vorrangig auch der Rechtsweg eingeschlagen werden. Ein Beispiel wäre ein Streik zur Durchsetzung eines Rauchverbots im Betrieb. Ein solches Rauchverbot könnte jedenfalls (noch) nicht auf dem Rechtsweg durchgesetzt werden. Von daher wäre der Streik rechtswidrig. Demzufolge sind Streiks für bessere Lohn- und Arbeitsbedingungen zulässig. Politische Streiks wären unzulässig.

---

#### Fall

5.4.2/Fall 6: Die Gewerkschaft XY ruft ihre Mitglieder in Ostdeutschland zum Streik für eine Angleichung der Ostlöhne an die Westlöhne auf. Ist ein solcher Streik prinzipiell zulässig?

Variante: Die Gewerkschaftsmitglieder sollen für den Sturz des Bundeskanzlers im Wege eines konstruktiven Misstrauensvotums streiken. Zulässig oder nicht?

Wenn das tariflich regelbare Streikziel um Forderungen erweitert wird, die nicht tariflich regelbar sind, wird dadurch der gesamte Streik rechtswidrig. Im zugrunde liegenden Fall des LAG Frankfurt (9 SaGa 1982/1915) hatte die Pilotengewerkschaft Vereinigung Cockpit nicht nur für eine bessere Übergangsversorgung gestreikt, sondern auch gegen die Einführung eines unternehmerischen Konzepts (Wing-Konzept). Hierzu war die Gewerkschaft nach Ansicht des Gerichts nicht befugt. ◀

Gewerkschaften dürfen jedoch nach Ansicht des BAG – 1 AZR 396/06) ggf. auch dann zu Streiks in einem Betrieb aufrufen, wenn damit lediglich ein anderer Betrieb unterstützt werden soll (sog. **Solidaritätsstreiks**). Solche Streiks seien grundrechtlich im Sinne der Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften geschützt, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen sind, um den (rechtmäßigen) „Hauptarbeitskampf“ zu unterstützen und soweit sie zu diesem eine hinreichende Nähe aufweisen, auch wenn sich solche Streiks gar nicht an den unmittelbaren Tarifpartner richten. Weiter sollen auch gewerkschaftliche Streiks im Hinblick auf den Abschluss von Sozialplänen (z. B. im Zuge von Massenkündigungen: Abfindungszahlungen oder Qualifizierungsmaßnahmen) möglich sein (vgl. BAG – 1 AZR 252/06), obwohl es sich hierbei nach dem TVG um eine unternehmensautonome Materie handelt, welche zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat geregelt wird. Die unternehmerische Entscheidung einer Verlagerung des Betriebs in das Ausland soll allerdings eine Gewerkschaft nicht zu einem Streikaufruf berechtigen (EuGH – C-438/05 in Bezug auf eine Verlagerung in das EU-Ausland).

Eine weitere Voraussetzung eines rechtmäßigen Streiks ist, dass die „**tarifliche Friedenspflicht**“ eingehalten wurde. Das bedeutet, dass während der Laufzeit eines Tarifvertrages nicht über Forderungen gestreikt werden darf, die im Tarifvertrag beschlossen wurden.

#### Beispiel

Ein Streik der Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF) bezog sich auch auf Forderungen (hier: aus einer Schlichterempfehlung), die in einem noch ungekündigten Teil des laufenden Tarifvertrages enthalten waren. Dies führte zur Rechtswidrigkeit des gesamten Streiks (BAG - 1 AZR 160/14).

Umstritten ist in diesem Zuge seit jeher Art und Umfang der Zulässigkeit von **Warnstreiks** während laufender Tarifverhandlungen, also vor dem eigentlichen Auslaufen des bisherigen Tarifvertrages. Die herrschende Meinung sieht diese im Rahmen der Verhältnismäßigkeit als zulässige Arbeitsk Kampfmaßnahmen an. Ein Recht auf „druckfreies Verhandeln“ für Arbeitgeber gibt es insoweit nicht (BAG – 1 AZR 342/83).



Voraussetzung ist jedoch eine verhältnismäßige Vorankündigung, mindestens 24 h (ArbG Berlin – 58 G 6014/08). Für Gewerkschaften sind diese Form des Verpassens von „Nadelstichen“ an die Arbeitgeberseite vergleichsweise effektiv, jedenfalls auch billiger und leichter zu organisieren als ein „richtiger“ Streik. Es ist weder eine Urabstimmung erforderlich noch müssen Streikgelder gezahlt werden. Aus diesen Gründen sind Warnstreiks fast das gängige Instrument des Arbeitskampfes geworden.

Als allgemeine Voraussetzung gilt, dass die Ergreifung von Streikmaßnahmen **verhältnismäßig** sein muss. Das gilt sowohl hinsichtlich des Ob als auch des Wie eines Arbeitskampfes. Der Arbeitskampf darf mithin nur die „ultima ratio“ sein, wenn die Verhandlungen scheitern. Wann dieser Zustand des Scheiterns gegeben ist, entscheidet jede Seite selbst. Dies bringt wiederum eine gewisse Unsicherheit ins Spiel. Bei der Durchführung des Arbeitskampfes gilt, dass die „Regeln eines fairen Kampfes“ einzuhalten sind. Ziel ist die Wiederherstellung des Arbeitsfriedens, nicht die Vernichtung des Arbeitgebers. Notwendige Erhaltungsarbeiten, um den Betrieb nicht zu vernichten, sind in jedem Falle durchzuführen. Auch ein allgemeiner Verstoß gegen die guten Sitten darf nicht vorliegen.

---

**Fall**

5.4.2/Fall 7: Gewerkschaft G bemächtigt sich aufgrund eines Aufrufs im Internet gesteuerter Akteure, die – als Kunden getarnt – ein öffentlich zugängliches Einzelhandelsgeschäft eines bestreikten Unternehmens (U) betreten und dann durch gleichförmige Handlungen (z. B. Stehenlassen vollbepackter Einkaufswagen im Kassenbereich) den Geschäftsablauf praktisch zum Erliegen bringen („Flashmob-Aktion“). U hält die Aktion für einen rechtswidrigen Eingriff in den geschützten Gewerbebetrieb (§ 823) und eine rechtswidrige Abweichung von den „klassischen“ Kampfmitteln. Was halten Sie davon (BAG – 1 AZR 972/08)? ◀

Zu jedem der oben genannten Punkte hat die Rechtsprechung, allen voran das BAG, massive Kritik erfahren. Dies gilt z. B. hinsichtlich des Verständnisses der Verhältnismäßigkeit, welche von der Rechtsprechung eher weit gezogen wird. Danach wäre der Arbeitskampf erst dann rechtswidrig, wenn er „offensichtlich ungeeignet und unverhältnismäßig“ ist (vgl. LAG Chemnitz – /Sa Ga 19/07). Alles andere wäre danach verhältnismäßig und damit zulässig.

---

**Fall**

5.4.2/Fall 8: Die Spartengewerkschaft GDL ruft ihre Mitglieder zum Streik für eine 31-prozentige Erhöhung der Arbeitsentgelte auf der Grundlage eines eigenständigen Tarifvertrages auf. Bestreikt werden soll der komplette Güter- und Personenverkehr der Bahn. Ist ein solcher Streik prinzipiell zulässig (LAG Chemnitz – 7 Sa Ga 19/07)?

◀



Bei „Tendenzbetrieben“, etwa in kirchlichen Einrichtungen, kann das Streikrecht aufgrund des grundgesetzlich geschützten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts eingeschränkt sein. Einen gänzlichen Ausschluss hält die Rechtsprechung zunehmend für unverhältnismäßig (z. B. BAG – 1 AZR 179/11 und 611/11). Hierbei wird berücksichtigt, dass in kirchlichen Einrichtungen zunehmend auch Arbeitnehmer beschäftigt sind, deren Tätigkeit nicht zum aus christlicher Überzeugung geleisteten „Dienst am Nächsten“ zählt. Ein Ausschluss des Streikrechts bleibt aber dann möglich, wenn und soweit die Gewerkschaften auf anderem geeigneten Wege in die Verhandlungen um bessere Arbeitsbedingungen eingebunden werden und am Ende ein verbindliches Ergebnis steht, das im Streitfall auch durch eine Schlichtung festgelegt werden kann („dritter Weg“).

Zusammenfassend lauten die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen:

- Träger eines Streiks nur die zuständige Gewerkschaft
- Streik richtet sich auf tariflich regelbares Ziel (Tarifbezogenheit),
- Wahrung der Friedenspflicht (Ausnahme: Warnstreik)
- Verhältnismäßigkeit (hierzu gehören auch Wahrung der Gemeinwohlbelange, Ultima-Ratio-Prinzip, faire Verhandlungsführung)

### 5.4.3 Rechtsfolgen

Im Rechtssinne ruhen die gegenseitigen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis der streikenden Arbeitnehmer während der Dauer des Streiks. Der Arbeitnehmer hat keine Arbeitspflicht und der Arbeitgeber keine Lohnzahlungspflicht. Die Suspendierung gilt nicht für die Befugnisse aus der Betriebsverfassung. Arbeitnehmer können also auch während des Streiks an Betriebsversammlungen teilnehmen und verrichten in diesem Sinne Arbeitszeit. Die **Krankenversicherung** besteht auch während der Dauer eines rechtmäßigen Arbeitskampfes (vgl. § 192 Abs. 1 Nr. 1 SGB V). Fraglich sind die rechtlichen Auswirkungen auf Arbeitsverhältnisse bei Zulieferbetrieben. Diese sind häufig mittelbar betroffen und müssen den Betrieb ebenfalls einstellen. Hier hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass im Rechtssinne grundsätzlich der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trägt. Im Ausgangspunkt muss also der Arbeitgeber dafür sorgen, dass die Arbeitnehmer irgendwie beschäftigt werden. Die Arbeitsverhinderung geschieht damit „ohne eigenes Verschulden“ des Arbeitnehmers (§ 616), weshalb die Vergütung trotz Nichtleistung gezahlt werden muss. Eine Ausnahme besteht, wenn und soweit der Zulieferbetrieb selbst zum Arbeitgeberverband oder gar zum Konzern des bestreikten Unternehmens gehört. In der Praxis ist die Ausnahme allerdings die Regel, weil die meisten Betriebe in Arbeitgeberverbänden organisiert sind. Dann fällt der Lohnanspruch auch in mittelbar streikbetroffenen Betrieben weg.

Den Arbeitgebern steht das Mittel der **Aussperrung** zur Verfügung. Als Aussperrung wird die vorübergehende Freistellung mehrerer Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung und der Vergütung verstanden. Im Regelfall handelt es sich um eine Reaktion

des Arbeitgebers auf einen Streik. Über die Frage der generellen Zulässigkeit von Aussperrungen besteht im europäischen Raum keineswegs Einigkeit. In Frankreich oder Italien kennt man ein Aussperrungsrecht beispielsweise nicht. Welchen Inhalt und Umfang das Aussperrungsrecht hat, ist ebenfalls ausschließlich durch Richterrecht geprägt. Das BAG sieht das Aussperrungsrecht ebenfalls als stillschweigenden Bestandteil des TVG an (höchst str.). Die Rechtsprechung geht von dem „Grundsatz der Waffengleichheit“ (Paritätsprinzip) aus. Bei Aussperrungen ist jedoch der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu beachten. So wäre eine Aussperrung im gesamten Tarifgebiet bei einem Streik von nur 10 % der Beschäftigten unverhältnismäßig. Soweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt wird, sind sog. Abwehraussperrungen zur Herstellung von „Waffengleichheit“ zulässig. Nicht zulässig sind Selektivaussperrungen. Das sind z. B. solche, die sich nur gegen gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer richten. Das wäre ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG. Auch darf eine Aussperrung immer nur die Reaktion auf einen Streik sein. Angriffsaussperrungen, bei denen die Arbeitgeber die Initiative ergreifen, wären unzulässig.

**Streikbruchprämien**, mit denen der Arbeitgeber seine Mitarbeiter zur Aufgabe des Streiks bewegen will, sind ebenfalls ein zulässiges Arbeitskampfmittel für Arbeitgeber (BAG - 1 AZR 287/17). Selbst die komplette Stilllegung des Betriebs mit Auswirkungen auf alle Mitarbeiter kommt im Einzelfall als Gegenmaßnahme in Betracht.

Bei einem **rechtswidrigen Streik** stehen dem Arbeitgeber weiterreichende Gegenmaßnahmen zu. Soweit es sich um einen offensichtlichen Rechtsverstoß handelt, kommen gerichtliche Maßnahmen in Betracht. So können einstweilige Verfügungen gegen rechtswidrig streikende Arbeitnehmer oder deren Gewerkschaften erlassen werden. Darüber hinaus kann eine **Schadensersatzhaftung** der Gewerkschaft und sogar der rechtswidrig streikenden Arbeitnehmer als Gesamtschuldner (§§ 830, 840) gegeben sein. Das heißt, der gesamte Schaden könnte theoretisch von einem Arbeitnehmer erlangt werden. Dieser muss dann sehen, wie er die Haftungsanteile der anderen von diesen bekommt. In der Praxis hat dies aber kaum Bedeutung, weil solche gezielten Maßnahmen gegen einzelne Arbeitnehmer nur heftige solidarische Gegenreaktionen zur Folge hätten. Ein Schadensersatzanspruch drittbetroffener Unternehmen bei einem rechtswidrigen Streik besteht nicht (BAG - 1 AZR 754/13). Die Teilnahme eines Arbeitnehmers an einem rechtswidrigen Streik gilt grundsätzlich als wichtiger Grund, der eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann. Allgemein zählt bei Kündigungsfällen aber eine Interessenabwägung und gilt im Regelfall ein Abmahnungserfordernis, so dass es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt.

Gegenstand zahlreicher Auseinandersetzungen waren in der Vergangenheit die „Streikposten“. Das waren Arbeitnehmer, die sich während des Streiks vor den Eingangstoren der Unternehmen platzierten und versuchten, „Streikbrecher“ am Zugang zum Betrieb zu hindern. Die Rechtsprechung hält dies insoweit für unbedenklich, als die Betroffenen sich auf „gütliches Zureden“ beschränken. Arbeitswillige Arbeitnehmer und Lieferanten dürfen aber letztlich nicht am Zugang gehindert werden. Eine Ausnahme

soll dann gegeben sein, wenn ansonsten die Arbeitsniederlegung jegliche Wirkung verlieren würde. In jedem Falle unzulässig sind persönliche Beleidigungen und das Hindern arbeitswilliger Arbeitnehmer durch den Einsatz körperlicher Gewalt. Wo die genauen Grenzen verlaufen, ist nur anhand einer Beurteilung im Einzelfall möglich. Wenn der Arbeitgeber aber generell ausgesperrt hat, müssen sich auch potentiell Arbeitswillige daran halten. Verbleiben sie im Betrieb, kann dies nach der Rechtsprechung strafbaren Hausfriedensbruch darstellen.

---

## 5.5 Unternehmensmitbestimmung

### 5.5.1 Allgemeines

Der Bereich der Unternehmensmitbestimmung (**Betriebsverfassung**) hat in Deutschland eine lange Tradition. Erste Ansätze gab es bereits im 19. Jahrhundert in Form des – allerdings nicht Gesetz gewordenen – Entwurfs einer Gewerbeordnung der Frankfurter Nationalversammlung. Dieser sah einen „Fabrikausschuss“ mit begrenzten Mitwirkungsrechten bei betrieblichen Angelegenheiten vor. Die erste staatliche Regelung war ein Erlass des deutschen Kaisers von 1890 über Arbeitszeit und Arbeitsbedingungen. Ein Jahr später erging das Arbeiterschutzgesetz. Eine Reihe weiterer Regelungen wurde in der Weimarer Republik erlassen. Wichtigstes Beispiel ist die Einführung des Betriebsrätegesetzes von 1920, durch das die Mitbestimmung bei der Betriebsverfassung eingeführt wurde. Im Nationalsozialismus wurden die Betriebsräte durch (ideologisch zuverlässige) Vertrauensräte ersetzt, die der Arbeitgeber im Einvernehmen mit der Partei auswählen musste.

Im Jahre 1952 trat schließlich das **Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)** in Kraft, welches in den Jahren 1972 und 2001 grundlegend reformiert wurde. Ziel der jüngsten Reform war die weitere Stärkung der Arbeitnehmervertretungen (Betriebsräte) bei der Unternehmensmitbestimmung. Hierzu wurden u. a. die Schwellenwerte, d. h. die für die Zahl der Betriebsräte maßgeblichen Arbeitnehmerzahlen, gesenkt. Die Zahl der Betriebsräte wurde damit erhöht. Das Wahlverfahren wurde erleichtert, besonders in kleinen und mittleren Betrieben. Der umstrittenste Punkt war die erfolgte Ausweitung der Mitbestimmungsrechte.

Generell regelt das BetrVG das Zusammenspiel von Arbeitgeber und Belegschaft in Betrieben der Privatwirtschaft. In diesem Rahmen gewährt es den Arbeitnehmern Mitwirkungsrechte bei Entscheidungen der Unternehmensleitung. Die Träger der betrieblichen Interessenvertretung verfügen darüber hinaus über eine relative Unabhängigkeit. Geprägt ist das Gesetz vom Grundsatz der „vertrauensvollen Zusammenarbeit“ zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat „im Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen“. Im Grundgesetz ist nur die Tarifautonomie, nicht aber die Mitarbeiterbeteiligung erwähnt. Eine Ableitung kann über das Sozialstaatsprinzip und das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen erfolgen. In anderen

Industriestaaten hat der deutsche Weg der Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung teilweise keine Entsprechung gefunden.

### 5.5.2 Wahl des Betriebsrats

Betriebsräte können in Betrieben mit mindestens fünf ständigen, volljährigen Arbeitnehmern gewählt werden (vgl. § 1 BetrVG). Mindestens drei davon müssen zudem wählbar sein, was vor allem davon abhängt, wie lange sie im Betrieb beschäftigt sind. Eine Pflicht, einen Betriebsrat einzuführen, besteht nicht. Vielmehr ist es Sache der Belegschaft, tätig zu werden und eine entsprechende Forderung zu erheben. Derzeit ist im Durchschnitt jeder dritte Arbeitnehmer durch einen Betriebsrat repräsentiert. Lediglich in 4 % der Betriebe mit 5 bis 20 Arbeitnehmern und in 28 % der Betriebe mit 21 bis 100 Arbeitnehmern besteht ein Betriebsrat.

Der Arbeitgeber muss Initiativen von Arbeitnehmerseite zur Bildung eines Betriebsrats dulden, muss jedoch die Arbeitnehmer nicht unbedingt zur Initiative ermuntern. Bei Behinderung der Betriebsratswahl oder im Falle der Zufügung oder Androhung von Nachteilen unterliegt der Arbeitgeber sogar einem strafrechtlichen Haftungsrisiko (§ 119 BetrVG). Der Arbeitgeber hat zudem eine Mitwirkungspflicht. Er muss die Organisatoren der Wahl unterstützen, z. B. durch Arbeitsfreistellung ohne Gehaltskürzung oder durch Bereitstellung nötiger Daten für die Wahllisten der Mitarbeiter. Nach § 20 BetrVG trägt der Arbeitgeber auch die Kosten für die Organisation und Durchführung einer Wahl.

Nach § 3 BetrVG sollen – vorzugsweise durch Tarifvertrag – Betriebsratsstrukturen vereinbart werden dürfen, die speziell auf die Bedürfnisse des jeweiligen Betriebs, Unternehmens oder Konzerns zugeschnitten sind. So kann etwa in Unternehmen mit mehreren Betrieben ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat gebildet werden. Das ist problematisch, weil den Gewerkschaften (als Tarifvertragsparteien auf Arbeitnehmerseite) die Legitimation zur Regelung für die gesamte Belegschaft fehlt. In der Praxis bestehen teilweise parallel örtliche Betriebsräte (BR), Gesamtbetriebsräte (GBR) und Konzernbetriebsräte (KBR). Letztere können aber nur dann tätig werden, wenn die Angelegenheit nicht auf den einzelnen Betrieb oder das Unternehmen beschränkt ist und aus der Natur der Sache heraus zwingend auf überbetrieblicher Ebene geregelt werden muss. Ein Beispiel ist die betriebliche Altersversorgung. Wenn in einer überbetrieblich oder konzerneinheitlich festgelegten Versorgungsordnung Kürzungen durchzusetzen sind, muss jeweils geprüft werden, ob hierzu eine Vereinbarung mit GBR oder KBR ausreicht. Wenn solche Kürzungen mit dem falschen Vertragspartner vereinbart wurden, kann dies noch auf Jahre hinaus unwirksam sein.

Die **Zahl der Betriebsräte** bemisst sich nach dem Schlüssel des § 9 BetrVG. Leiharbeitnehmer gelten insoweit ebenfalls als „Arbeitnehmer eines Betriebs“ und sind deshalb bei der Berechnung der Schwellenwerte für die Größe des Betriebsrats mit zu berücksichtigen (BAG – 7 ABR 69/11). Eine **Wahlperiode** beträgt vier Jahre, jeweils

gerechnet ab der letzten Wahl im Betrieb. Gewählt wird regelmäßig im Zeitraum zwischen März und Mai. Geleitet wird die Wahl von einem Wahlvorstand. Die Einzelheiten ergeben sich aus §§ 16 ff. BetrVG in Verbindung mit der Wahlordnung (WO) zum BetrVG. Danach soll z. B. der Wahlvorstand die Belegschaft über die genauen Modalitäten des Wahlverfahrens in geeigneter Weise unterrichten. Faktisch ist diese Soll-Regelung nach der Rechtsprechung eine Muss-Regelung und besagt z. B., dass die Unterrichtung in allen hauptsächlich im Betrieb gesprochenen Sprachen erfolgen muss (ArbG Frankfurt – 7 BV 239/10). Verstöße dagegen können zur Wahlanfechtung führen.

Nach § 15 Abs. 2 BetrVG muss das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn dieser aus mindestens drei Mitgliedern besteht (entsprechend zum Gesamtbetriebsrat § 47 Abs. 2 S. 2 BetrVG und zum Konzernbetriebsrat § 55 Abs. 1 S. 2 BetrVG). Dementsprechend muss im Wahlausschreiben die Mindestzahl von Sitzen angegeben werden, die dem Minderheitsgeschlecht zustehen.

Dem Betriebsrat kommt als Institution keine eigene Rechtsfähigkeit zu (BGH – III ZR 266/11).

### 5.5.3 Arbeitsgrundsätze

Nach § 2 BetrVG gilt der **Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit** zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber. Die Rechtsprechung hat beispielsweise einen Verstoß gegen diesen Grundsatz in einem Fall gesehen, in welchem dem Betriebsrat gedroht wurde, die Betriebsstätte in das Ausland zu verlagern oder den Betrieb einzustellen, wenn der Betriebsrat nicht in bestimmter, dem Arbeitgeber geneigter Weise kooperiert (vgl. hierzu aber auch § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG). Konkret haben sich in der Praxis sog. Kopplungsgeschäfte durchgesetzt. Hierbei verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme (z. B. Überstunden oder Sonderschichten), gegen die er eigentlich keine Einwände hat. Die Zustimmung wird daran geknüpft, dass der Arbeitgeber bei einem mitbestimmungsfreien Thema gewisse Zugeständnisse macht (z. B. Neueinstellung, billigeres Kantinenessen). Solche Geschäfte geraten meist nicht ans Licht der Öffentlichkeit. Hierbei entsteht die Gefahr von „Klüngeleien“ wie etwa in der Vergangenheit beim VW-Gesamtbetriebsrat (mitbestimmungspflichtige Zugeständnisse gegen Lustreisen und Boni). Häufig ist hier die Grenze zwischen gelebter Mitbestimmung und verbotenem Rechtsmissbrauch fraglich. Beispielsweise wurde die Kopplung von Überstunden an eine Lärmzulage als zulässig angesehen (LAG Nürnberg – 4 TaBV 13/90), oder auch das Geschäft „Überstunden gegen drei neue Mitarbeiter“ (Hess. LAG – 5/9 TaBV 512/05, aufgrund des untrennbaren Zusammenhangs). Kritiker halten dieser Rechtsprechung entgegen, dass dadurch die Befugnisse des Betriebsrats über das vom Gesetzgeber geregelte Maß hinaus ausgedehnt worden sei.

Betriebsratsmitglieder sind gem. § 37 Abs. 1 BetrVG **ehrenamtlich** tätig. Dieser Grundsatz ist zwingendes Recht, kann also nicht durch einen Tarifvertrag oder eine

Betriebsvereinbarung untergraben werden. Zweck ist es, die innere und äußere Unabhängigkeit der Betriebsräte zu sichern. Deshalb verbietet das Gesetz jegliche Gewährung eines offenen oder versteckten Entgelts für die Betriebsrätstätigkeit. Zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben sind die Betriebsräte allerdings von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts befreit. Es gibt zwei Arten von Freistellungen: die dauerhafte (§ 38 BetrVG) und die zeitweise (§ 37 Abs. 2 BetrVG). Im ersteren Falle wird der Arbeitnehmer komplett von seiner eigentlichen Arbeitsleistung freigestellt und kümmert sich nur noch um Betriebsratsaufgaben. Wer unter diese Gruppe fällt, bestimmt das Gesetz anhand der im Betrieb bestehenden Arbeitnehmerzahlen. Im letzteren Falle lässt er seine regulären Arbeitsaufgaben allenfalls ruhen, wenn und soweit notwendige Betriebsratsaufgaben zu erledigen sind. Es besteht kein Freistellungsvorbehalt des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer muss also keine Erlaubnis vom Arbeitgeber einholen, sondern sich nur beim Vorgesetzten abmelden. Betriebsratsaufgaben haben grundsätzlich Vorrang vor der regulären Tätigkeit, wobei betriebliche Interessen berücksichtigt werden müssen. Für die Dauer der Betriebsrätstätigkeit unterliegen Betriebsräte auch keinem Weisungsrecht des Arbeitgebers. Sie müssen sich lediglich an betriebsübliche Arbeitszeiten halten und am Betriebssitz erreichbar und für die Kollegen ansprechbar sein. Das heißt, Betriebsräte unterliegen in dieser Zeit auch keiner Berichtspflicht an den Arbeitgeber. Bei einem Betrieb mit 200 oder mehr Arbeitnehmern muss eine bestimmte Zahl von Betriebsräten zur Wahrnehmung ihrer Tätigkeit von der Arbeit freigestellt werden.

Während ihrer Amtszeit und auch in der ersten Zeit danach unterliegen Betriebsräte einem besonderen **Kündigungsschutz**. Kündigungen sind in dieser Zeit nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 15 KSchG möglich. Konkret sind ordentliche Kündigungen während der Amtszeit sowie für einen Zeitraum von einem Jahr nach der Amtszeit grundsätzlich unzulässig. Ausnahmen bestehen bei Schließung des Betriebes oder des betreffenden Betriebsteils. Jedoch muss auch hier der Betriebsrat zunächst in einen anderen Betriebsteil umgesetzt werden. Nur, wenn auch dies trotz Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Mittel (einschließlich ggf. Freikündigen eines anderen Arbeitsplatzes) nicht möglich ist, ist eine Kündigung berechtigt. Auch Wahlbewerber unterliegen nach § 15 Abs. 3 KSchG einem entsprechenden Kündigungsschutz bis sechs Monate nach der Wahl. Ein befristetes Arbeitsverhältnis endet allerdings ohne Kündigung mit Ablauf der Zeit, für die es eingegangen wurde. Etwaige Betriebsräte scheiden mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses aus.

Nach § 37 Abs. 4 und 5 BetrVG besteht für den Arbeitgeber eine gesetzliche Verpflichtung zur beruflichen Förderung von Betriebsratsmitgliedern.

Die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten trägt der Arbeitgeber (§ 40 BetrVG). Nach § 40 Abs. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat so auszustatten, dass er seine Arbeit zweckgemäß erledigen kann. Nach dieser Vorschrift kann der Betriebsrat auch einen Anspruch darauf haben, Informationen und Beiträge in einem vom Arbeitgeber im Betrieb eingerichteten Intranet zu veröffentlichen (BAG – 7 ABR 12/03).

**Fall**

5.5.3/Fall 9: Der Betriebsrat verlangt eine Ausstattung mit einem Computer, einem Internet-Anschluss sowie die Einrichtung eigener E-Mail-Adressen für jedes Betriebsratsmitglied. Muss der Arbeitgeber dieser Forderung entsprechen (vgl. BAG – 7 ABR 80/08)? ◀

### 5.5.4 Aufgabengebiet

Das Aufgabengebiet des Betriebsrats ist im BetrVG weit gesteckt. Grob umrissen wird das Aufgabengebiet in dem Katalog des § 80 BetrVG. Auf bestimmten Gebieten bestehen **Anhørungs- und Beratungsrechte**, auf anderen Gebieten sogar **Mitbestimmungsrechte**. Das heißt, der Arbeitgeber kann ohne Zustimmung des Betriebsrats bestimmte Maßnahmen nicht durchführen. In Betrieben mit mehr als 300 Arbeitnehmern kann der Betriebsrat zur Unterstützung auch einen (externen) Berater hinzuziehen (§ 111 S. 2 BetrVG). Wenn die Vergabe solcher externer Aufträge allerdings die Grenzen der Verhältnismäßigkeit übersteigt, haftet der Vorsitzende des Betriebsrats als „Vertreter ohne Vertretungsmacht“ für den entstandenen Schaden selbst (BGH – III ZR 266/11).

In wirtschaftlichen Angelegenheiten bestehen weitgehend „nur“ Unterrichts- und Beratungsrechte. Beispiele sind die Errichtung neuer Fabrikationsräume oder technischer Anlagen. Diese Bereiche betreffen Planungsentscheidungen der Arbeitgeber, die weitgehend der unternehmerischen Freiheit überlassen sind. Davon umfasst sind auch die Planung von Arbeitsverfahren oder -abläufen. Allerdings hat hier der Betriebsrat auch das Recht, sich zu wehren. Voraussetzung ist, dass bei Veränderungen der Arbeitsumgebung oder der -abläufe ein Widerspruch gegen die „gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit“ vorliegt und die Arbeitnehmer dadurch „in besonderer Weise“ belastet werden. In diesem Falle kann die Belegschaft „angemessene Maßnahmen“ verlangen, um die Belastung abzuwenden oder zu mildern. Bei anstehenden Betriebsänderungen muss in Betrieben mit mehr als 20 Beschäftigten der Betriebsrat unterrichtet werden. Beispiele für Betriebsänderungen sind:

- Stilllegung
- Verlegung des Betriebes
- Einführung grundlegend neuer Fertigungsverfahren

In diesen Fällen sieht das Gesetz einen **Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat** sowie einen Sozialplan vor, mit dem die wirtschaftlichen Nachteile gemildert werden sollen, die den Beschäftigten durch die Betriebsänderung entstehen.



In personeller Hinsicht muss der Betriebsrat rechtzeitig über die Personalplanung informiert werden. In Betrieben mit mehr als 20 Beschäftigten hat er ein Mitspracherecht bei Einstellungen, Versetzungen und der Einstufung in die jeweilige Gehaltsgruppe (Eingruppierung). Eine Verweigerung der Zustimmung ist allerdings nur beim Vorliegen bestimmter gesetzlicher Voraussetzungen gestattet. Im Konfliktfalle kann der Arbeitgeber das Arbeitsgericht anrufen und die Zustimmung durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzen lassen.

Dem Arbeitgeber obliegt gem. § 80 Abs. 2 BetrVG die Pflicht, den Betriebsrat über alles zu informieren, was dieser zu seiner Aufgabenerfüllung wissen muss. Dazu zählt auch die Bereitstellung von Unterlagen. Eine Berufung auf Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse ist dem Arbeitgeber im Rahmen des § 80 Abs. 2 BetrVG nicht möglich.

Ein allgemeines eigenmächtiges Zugriffs- und Einsichtsrecht im Hinblick auf Personalakten steht dem Betriebsrat nicht zu (LAG Berlin-Brandenburg – 17 TaBV 1318/12). Denn die Personalakte enthält personenbezogene und für das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers besonders sensible Daten, z. B. zur Vergütung, zur Qualifikation, Krankheiten oder familiären Verhältnissen. Deshalb hat der Arbeitgeber die Pflicht, auf eine besonders strenge Vertraulichkeit und Abschirmung der Personalakten zu achten. Der Betriebsrat benötigt hierzu also die Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmers. Ansonsten ist er darauf beschränkt, notwendige Informationen vom Arbeitgeber anzufordern, wenn es um seine Kontrollrechte zur Einhaltung der geltenden Gesetze, insbesondere des Datenschutzrechts, geht.

Im Bereich der **Mitbestimmungsrechte** unterscheidet man soziale, personelle und wirtschaftliche Angelegenheiten. In sozialen Fragen besteht eine Entscheidungskompetenz des Arbeitgebers nur im Einvernehmen mit dem Betriebsrat. Soweit keine Entscheidung zustande kommt, entscheidet auf Antrag einer Seite die sog. **Einigungsstelle** (vgl. § 76 BetrVG). Es handelt sich um eine Schlichtungsinstanz, deren Errichtung und Betrieb der Arbeitgeber finanzieren muss.

#### **Beispiele für Mitbestimmungsrechte im sozialen Bereich**

Vorschriften über das Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung von Arbeitszeiten sowie Fragen der Lohngestaltung einschließlich Einführung neuer Vergütungsmethoden.

Eine große Bedeutung kommt in der Praxis den Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats in § 87 BetrVG zu.

Mitbestimmungspflichtig sind nach Ziff. 6 die Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die auch dazu bestimmt sind, das Verhalten und die Leistung der Mitarbeiter zu überwachen. Dies betrifft viele technische Einrichtungen in der zunehmend digitalisierten Arbeitswelt.



### Beispiele

- Großraumbüros und „shared desk“-Lösungen: Mitarbeiter nutzen heute vielfach in Unternehmen keine festen Arbeitsplätze mehr, sondern können nach Bedarf an jedem Arbeitsplatz arbeiten. Die Ortung dieser Mitarbeiter über dienstliche Smartphones oder Laptops zur Standortbestimmung unterliegt der Mitbestimmung nach Ziff. 6., zusätzlich sind die datenschutzrechtlichen Anforderungen zu beachten.
- Ermöglicht der Arbeitgeber auf seiner Facebook-Seite für andere Facebook-Nutzer die Veröffentlichung von Postings, die sich nach ihrem Inhalt auf das Verhalten oder die Leistung einzelner Beschäftigter beziehen, unterliegt die Ausgestaltung dieser Funktion der Mitbestimmung nach Ziff. 6 (BAG – 1 ABR 7/15).

Nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Er hat also das Recht zur Stellungnahme. Der Arbeitgeber hat ihm zuvor die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Dabei steht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die nicht ordnungsgemäße Anhörung der unterbliebenen Anhörung gleich. Die Unterrichtung muss nicht denselben Anforderungen genügen wie die Darlegung des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess. Wenn der Betriebsrat Bedenken gegen eine Kündigung hat, muss er diese gem. § 102 Abs. 2 BetrVG dem Arbeitgeber schriftlich mitteilen. Die Mitteilung ist von mindestens einem Betriebsratsmitglied eigenhändig zu unterzeichnen, eine bloße E-Mail genügt nicht den Formanforderungen (vgl. ArbG Frankfurt a. M. – 4 Ga 43/04).

Neben dem Betriebsrat besteht in Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern auch ein Wirtschaftsausschuss. Dieser ist mit Belegschaftsangehörigen besetzt. Seine Hauptaufgabe ist die Information über wirtschaftliche Angelegenheiten (z. B. die Finanzlage).

### 5.5.5 Speziell: Betriebsvereinbarungen

Betriebsvereinbarungen sind Abreden zwischen dem Betriebsrat und dem Arbeitgeber (vgl. § 77 Abs. 3 BetrVG). Sie gelten unmittelbar und zwingend. Ein Verzicht eines Arbeitnehmers auf Rechte aus einer Betriebsvereinbarung ist nur mit Zustimmung des Betriebsrats wirksam.

Die möglichen Regelungsinhalte von Betriebsvereinbarungen sind begrenzt. Nach § 77 Abs. 3 BetrVG sind Abreden unzulässig, wenn sie etwas regeln, was entweder in einem einschlägigen Tarifvertrag geregelt ist oder auch nur „üblicherweise“ tariflich geregelt wird. Eine Ausnahme gilt dann, wenn der betreffende Tarifvertrag eine Ermächtigung zum Abschluss einer ergänzenden Betriebsvereinbarung enthält (sog. Öffnungsklausel). Dies gilt auch in nicht tarifgebundenen Unternehmen. Verboten sind danach (formelle) Betriebsvereinbarungen, nicht aber formlose Regelungsabreden zwischen Unternehmensleitung und Betriebsrat sowie einzelvertragliche Abmachungen mit den Arbeitnehmern. Sind diese tarifgebunden, so müssen solche Einzelabreden

nach § 4 Abs. 3 TVG wiederum „günstiger“ sein als der Tarifvertrag. In der Praxis wird häufig einvernehmlich durch Unternehmensleitung und Belegschaft gegen diese strengen Grundsätze verstoßen, um die Existenz des Betriebes nicht zu gefährden.

Das BAG räumt der zuständigen Gewerkschaft sogar ein **eigenes Klagerecht** (Verbandklagerecht) gegen abweichenden Abmachungen mit tarifgebundenen Arbeitnehmern ein. Einzelansprüche eines Arbeitnehmers aus einer Betriebsvereinbarung können nicht vom Betriebsrat geltend gemacht werden, sondern nur von dem betroffenen Arbeitnehmer selbst (BAG – 3 ABR 21/04).

Wenn sich der Betriebsrat gegen eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme wehrt, ist es dem Arbeitgeber gem. § 87 Abs. 2 BetrVG verwehrt, gerichtliche Eilmaßnahmen (einstweilige Verfügung) zu erwirken. Stattdessen muss im Streitfall eine Einigungsstelle eingesetzt werden, deren Schiedsspruch die Zustimmung des Betriebsrats ersetzt. Dies kann eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen, weshalb der Drang nach informellen Geschäften (z. B. Kopplungsgeschäfte, siehe oben) groß ist. Der Arbeitgeber könnte lediglich einen gerichtlichen Antrag auf Ablösung rechtsmissbräuchlich handelnder Betriebsratsmitglieder stellen. So gesehen ist es ratsam, dass Arbeitgeber bestimmte Szenarien (z. B. plötzlicher Überstundenbedarf) bereits im Vorfeld mit dem Betriebsrat regeln.

### 5.5.6 Auswirkungen des AGG

Nach § 12 Abs. 1 AGG ist der Arbeitgeber zur Erfüllung von Schutzpflichten zur Verhinderung gesetzlich verbotener Benachteiligung verpflichtet. Dies kann durch geeignete Schulungsmaßnahmen erfüllt werden. Bei solchen AGG-Schulungen handelt es sich um sonstige Bildungsmaßnahmen nach § 98 Abs. 6 BetrVG, wenn diese im Betrieb durchgeführt werden. In diesem Falle hat der Betriebsrat gem. § 98 Abs. 1 – 5 BetrVG ein umfassendes Mitbestimmungsrecht bei der Durchführung der Maßnahme, bei der Bestellung und Abberufung der berufenen Personen sowie der Auswahl der Teilnehmer.

Der Betriebsrat hat Anspruch auf Schulungen nach § 37 Abs. 6 BetrVG, um seinen Überwachungsaufgaben im Hinblick auf AGG-Schulungen des Arbeitgebers nachzukommen. Die Kosten hierfür trägt der Arbeitgeber (§ 40 BetrVG). Wenn und soweit die Einrichtung einer Beschwerdestelle (§ 13 AGG) nach allgemeinen Richtlinien erfolgt, hat der Betriebsrat auch insoweit ein Mitbestimmungsrecht. Ggf. kann auch der Betriebsrat selbst eine Beschwerdestelle sein. Die Befugnis zur Entgegennahme von Beschwerden hat der Betriebsrat aber ohnehin per Gesetz (vgl. §§ 84, 85 BetrVG).

Nach § 17 Abs. 2 AGG hat der Betriebsrat (oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft) bei groben AGG-Verstößen des Arbeitgebers, welche die „gute Ordnung“ des Betriebes beeinträchtigen, die Möglichkeit, beim Arbeitsgericht einen Antrag nach § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG einzubringen. Verschulden des Arbeitgebers ist nicht erforderlich.

Nach § 104 BetrVG kann der Betriebsrat vom Arbeitgeber die Entfernung betriebsstörender Arbeitnehmer verlangen, welche nach der Neufassung des § 75 BetrVG auch solche sind, welche sich AGG-widrig verhalten.

Die Überwachungspflicht des Betriebsrats nach § 80 BetrVG erstreckt sich nunmehr auch auf den Inhalt des AGG. Beispielsweise müssen nunmehr auch AGG-Beschränkungen in Bezug auf Personalfragebögen und das Fragerecht des Arbeitgebers (§ 94 BetrVG) bzw. das Zustimmungserfordernis des Betriebsrats beachtet werden. Dies gilt auch in Bezug auf Sozialplanleistungen. Ein weiteres Beispiel sind etwaige Auswahlrichtlinien des Arbeitgebers im Rahmen der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen (Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 102 BetrVG). Auch beim Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 2 BetrVG bei personellen Einzelmaßnahmen muss nunmehr auf AGG-Kriterien geachtet werden.

### 5.5.7 Sonstiges

§§ 81 ff. BetrVG enthalten Mitwirkungs- und Beschwerderechte des einzelnen Arbeitnehmers. Wichtig ist das Recht des Arbeitnehmers nach § 83 BetrVG, Einsicht in seine Personalakte zu erhalten und Erklärungen hinzuzufügen. Durch eine Beschwerde nach § 84 BetrVG beim Betriebsrat dürfen dem Arbeitnehmer keine Nachteile entstehen.

Bei Stellenausschreibungen hat der Betriebsrat ein Initiativrecht (§ 93 BetrVG) dergestalt, dass er verlangen kann, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebes ausgeschrieben werden.

---

#### Kontrollfragen

1. Erläutern Sie die verschiedenen Aspekte der grundgesetzlich geschützten Koalitionsfreiheit!
2. Gilt der Tarifvertrag auch für gewerkschaftlich nicht organisierte Arbeitnehmer?
3. Welche Voraussetzungen gelten für einen rechtswirksamen Streik?
4. Nennen Sie exemplarisch fünf Aufgaben eines Betriebsrats!

---

## 6.1 Lösungsvorschläge zu den Übungsfällen

---

### Hinweise

Die hier abgedruckten Lösungsvorschläge beziehen sich auf einen kleineren Teil der im Verlauf des Buches genannten Übungsfälle. Aus Platzgründen wurde darauf verzichtet, zu jedem Übungsfall im Buch selbst einen Lösungsvorschlag zu präsentieren. Deshalb findet sich ein Link zu den Lösungsvorschlägen für die anderen Übungsfälle auf der Produktseite des Buches auf

[www.springer.com/978-3-642-55043-0](http://www.springer.com/978-3-642-55043-0)

Der Grund sind auch didaktische Überlegungen. Es ist erwünscht, dass sich die Studierenden zunächst selbst Gedanken über eine Lösung zu den Fällen machen und nicht gleich an dieser Stelle des Buches nach dem Lösungsvorschlag des Verfassers suchen. Auch deshalb wird der „Medienbruch“ in Kauf genommen.

Im Folgenden sind jeweils zu den ersten beiden Fällen jedes Kapitels Lösungsvorschläge abgedruckt. ◀

### 6.1.1 Kapitel 1

Abschn. 1.5.2/Fall 1: J ist Arbeitnehmer, wenn er aufgrund eines Arbeitsvertrages mit der Volkshochschule (als Arbeitgeber) persönliche abhängige und fremdbestimmte Arbeit leistet (§ 611a). Freier Mitarbeiter wäre er hingegen in Anlehnung an § 84 Abs. 2 S. 1 HGB dann, wenn er im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Entscheidend ist eine wertende Gesamtbetrachtung anhand der in den zitierten Vorschriften genannten Kriterien aufgrund der Umstände des Einzelfalls.

Im vorliegenden Falle spricht für eine Arbeitnehmereigenschaft, dass J zeitlich in den Lehrbetrieb und den Organisationsrahmen der Volkshochschule eingebunden ist. Für freie Mitarbeiterschaft spricht, dass J methodisch und didaktisch frei agieren kann, dass sich sein Lehrauftrag auf einen angebotenen Kurs beschränkt und damit zeitlich überschaubar ist und dass er letztlich erfolgsbezogen, d. h. entsprechend der (im Zweifel tatsächlich) gehaltenen Stunden bezahlt wird. Die letztgenannten Kriterien sind für die Tätigkeit prägend und damit ausschlaggebend, so dass die Gesamtumstände für eine im Wesentlichen freie Gestaltung seiner Tätigkeit sprechen. J ist folglich freier Mitarbeiter.

Abschn. 1.5.2/Fall 2: Die Voraussetzungen für die Einordnung der Messe-Hostessen als Arbeitnehmerinnen oder freie Mitarbeiterinnen sind dieselben wie in Fall 1. Ausgehend davon ist hier, im Unterschied zu Fall 1, der Grad der Eingebundenheit und Weisungsunterworfenheit der Messe-Hostessen wesentlich größer als bei einem Volkshochschul-Dozenten, wenn den Hostessen sogar das äußere Erscheinungsbild und selbst die Wortwahl vorgegeben werden. Eine Möglichkeit der eigenverantwortlichen Gestaltung der Hostessen-Tätigkeit ist nicht erkennbar. Demgegenüber fällt die zeitlich begrenzte Dauer des Engagements nicht entscheidend ins Gewicht, so dass die Hostessen hier als Arbeitnehmerinnen anzusehen sind. (Anmerkung: Das LSG Darmstadt kam im zitierten Fall zum gleichen Ergebnis).

Abschn. 1.5.2/Fall 3: H ist Selbstständiger, wenn er im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit einteilen kann. Er ist dagegen Arbeitnehmer, wenn er aufgrund eines Dienstvertrages mit seinem Arbeitgeber persönliche abhängige und fremdbestimmte Arbeit leistet. Hierzu ist eine wertende Gesamtbetrachtung aufgrund der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Kriterien sind persönliche Weisungsgebundenheit, wirtschaftliche Abhängigkeit sowie allgemein Zeit, Dauer, Umfang und Ort der Tätigkeit.

Im vorliegenden Fall spricht für eine Selbstständigkeit lediglich der Umstand, dass H sporadisch und nach Bedarf Lücken beim klinischen Fachpersonal füllt, während er ansonsten eine eigene Praxis betreibt. Die Vertretungstätigkeit als solche ist aber von weitgehender Abhängigkeit in jeglicher Hinsicht geprägt. Deshalb muss eine Gesamtbewertung ergeben, dass H Arbeitnehmer ist.

## 6.1.2 Kapitel 2

Abschn. 2.2.2/Fall 1: Die Anzeige ist rechtlich problematisch (weil rechtswidrig), wenn gem. § 11 AGG der Arbeitsplatz unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 i. V. m. § 1 AGG ausgeschrieben wurde. Nach § 1 AGG sind Benachteiligungen wegen des Geschlechts verboten. Wenn AG, wie hier, die Stelle nur für Frauen aus schreibt, liegt im Grundsatz eine Benachteiligung gegenüber Männern und damit eine verbotene geschlechterspezifische Benachteiligung vor.

Eine Ausnahme wäre nach § 8 Abs. 1 AGG nur gegeben, wenn ein bestimmtes Geschlecht wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Vor diesem Hintergrund ist im vorliegenden Falle entscheidend, ob das weibliche Geschlecht eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung an die konkrete Tätigkeit darstellt. Rechtlich gesehen besteht eine solche Anforderung jedenfalls nicht. Fraglich ist, ob und ggf. inwieweit sich eine entsprechende Kundenerwartung der (erwartungsgemäß überwiegend weiblichen) Kundschaft für die Beurteilung dieser Frage auswirkt. Dies wäre bei weniger „sensiblen“ Verkaufsgegenständen wie Damen-Oberbekleidung nicht der Fall. Im vorliegenden Fall geht es allerdings um Damen-Unterbekleidung und damit um intime, auf das weibliche Geschlecht bezogene Kleidungsstücke. Diesbezüglich darf eine dringende überwiegende Kundenerwartung unterstellt werden, dass solche Kleidungsstücke nur von weiblichen Bediensteten angeboten und verkauft werden sollen. So gesehen stellt das weibliche Geschlecht in diesem besonderen Falle eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die Stelle dar, so dass insoweit eine Ausnahme nach § 8 Abs. 1 AGG gegeben ist und der Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ausgeschrieben wurde.

Fraglich ist, ob dies auch für die Anforderung „Deutsch als Muttersprache“ gilt. Insoweit könnte zumindest eine mittelbare Benachteiligung i. S. d. § 3 Abs. 2 AGG aus Gründen der ethnischen Herkunft vorliegen. Die erworbene Muttersprache ist typischerweise mittelbar mit der Herkunft verknüpft. Der Begriff „Muttersprache“ betrifft den primären Spracherwerb. „Muttersprache“ ist die Sprache, die man von Kind auf oder als Kind – typischerweise von den Eltern gelernt hat. Darauf, ob der Begriff der muttersprachlichen Kenntnisse den Rückschluss auf eine bestimmte Ethnie zulässt, kommt es nicht an. Deshalb liegt eine mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft vor. Auch diese kann rechtmäßig sein, wenn die Anforderung durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Anforderung zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist. In einem Einzelhandelsgeschäft wie hier, dessen Kundschaft potenziell multiethnisch ist und deren Produkte oder deren Verkaufserfolg nicht an einen eng definierten Spracherwerb geknüpft sind, verfolgt der Arbeitgeber mit einer solchen Anforderung kein sachlich gerechtfertigtes Ziel. Das heißt, insoweit liegt eine verbotene Benachteiligung vor.

Ergebnis: Die Anzeige ist rechtlich problematisch.

In der Variante liegt ebenfalls eine Benachteiligung anderer Geschlechter vor. Diese ist jedoch aufgrund der spezifischen Anforderungen an die Tätigkeit und damit verbundener Blickwinkel und Einstellungen durch ein sachliches Ziel gerechtfertigt.

Abschn. 2.2.2/Fall 2: Die Stellenausschreibung ist diskriminierend, wenn sie gem. § 11 AGG unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 i. V. m. § 1 AGG erfolgte. Nach § 1 AGG sind Benachteiligungen wegen des Alters verboten. Wenn der Arbeitgeber, wie hier, die Stelle des Volljuristen für die Rechtsabteilung nur

für „junge“ Bewerber ausschreibt, liegt im Grundsatz eine Benachteiligung gegenüber „alten“ Bewerbern und damit eine verbotene Altersdiskriminierung vor.

Eine Ausnahme besteht dann, wenn ein Rechtfertigungsgrund gem. § 10 AGG für eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters vorliegt. Entsprechende Ausnahmegründe sind allerdings nicht ersichtlich, so dass die Stellenausschreibung diskriminierend ist.

Abschn. 2.2.3/Fall 3: Die Forderung der abgelehnten Stellenbewerberin wird zu Recht erhoben, wenn ein entsprechender rechtlicher Anspruch besteht. Ein solcher ergibt sich aber weder aus dem AGG noch aus den dem AGG zugrunde liegenden EU-Richtlinien. Der EuGH hat in der zitierten Entscheidung festgestellt, dass die Richtlinien keinen Anspruch auf Auskunft darüber vorsehen, ob der Arbeitgeber am Ende des Einstellungsverfahrens einen anderen Bewerber eingestellt hat. Daraus ergibt sich, dass erst recht nicht dessen Bewerbungsunterlagen herausverlangt werden können. Es kann jedoch laut EuGH nicht ausgeschlossen werden, dass die Verweigerung jedes Zugangs zu Informationen durch den Arbeitgeber ein Gesichtspunkt sein kann, der im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, heranzuziehen ist.

Ergebnis: Die Forderung wird zu Unrecht erhoben, kann aber im Einzelfall Indizwirkung entfalten.

### 6.1.3 Kapitel 3

Abschn. 3.2.2/Fall 1: Nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags vor, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht. Drittmittelfinanzierte wissenschaftliche Projekte zeichnen sich gemeinhin dadurch aus, dass nur vorübergehend ein projektbedingter personeller Mehrbedarf besteht. Deshalb stellt die Beschäftigung der AN in einem solchen Projekt für die Dauer der Laufzeit des Projekts bzw. der Drittmittelfinanzierung grundsätzlich ohne Weiteres einen Sachgrund dar, der die Befristung ihres Arbeitsvertrags rechtfertigen kann

Voraussetzung ist lediglich, dass bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu erwarten gewesen sein muss, dass die im Rahmen des Projekts durchgeführten Aufgaben nicht dauerhaft anfallen. Für eine solche Prognose müssen ausreichend konkrete Anhaltspunkte vorliegen (vgl. BAG – 7 AZR 484/06). Dies wird im vorliegenden Fall mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt unterstellt, so dass im Ergebnis ein Sachgrund für eine Befristung des Arbeitsvertrages gegeben ist.

Variante:

Die Befristung des Arbeitsvertrages könnte wegen der Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt sein. Im kommerzialisierten und öffentlichkeitsgeprägten Spitzenfußballsport werden von einem Lizenzspieler im Zusammenspiel mit der Mannschaft sportliche Höchstleistungen erwartet und

geschuldet, die dieser nur für eine begrenzte Zeit erbringen kann. Dies ist eine Besonderheit, die die erforderliche Eigenart der Arbeitsleistung und folglich ein berechtigtes Interesse an der Befristung des Arbeitsverhältnisses begründet.

Ergebnis: Die Befristung des Arbeitsvertrages ist wirksam.

Abschn. 3.2.2/Fall 2: Voraussetzung für die Wirksamkeit der Befristung ist zunächst die Einhaltung der Schriftform gem. § 14 Abs. 4 TzBfG. Eine lediglich mündlich vereinbarte Befristung entspricht nicht der vorgeschriebenen Form. Eine entsprechende Befristungsabrede ist gem. § 125 S. 1 nichtig mit der Folge, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht. Eine spätere schriftliche Niederlegung des Vertrages führt nicht zur Wirksamkeit der Befristung (vgl. BAG – 7 AZR 198/04). Im Ergebnis ist damit die Befristung unwirksam.

Abschn. 3.2.3/Fall 3: Die Kündigung ist wirksam, wenn sie zulässig und begründet ist. Mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt ist von der Zulässigkeit auszugehen. Bei der Begründetheit ist zu beachten, dass das Arbeitsverhältnis noch keine sechs Monate besteht, weshalb das KSchG nicht gilt (wenn es überhaupt gilt, vgl. §§ 1, 23 KSchG). Folglich besteht insoweit Kündigungsfreiheit. Aufgrund der vereinbarten Probezeit kann das Arbeitsverhältnis von beiden Seiten mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden, was AG vorliegend getan hat. Es bedarf zur Wirksamkeit einer solchen Probezeit-Kündigung keines irgendwie gearteten, sinnvollen oder sachlichen Grundes. Die Grenze wäre lediglich ein Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242), ein gesetzliches Verbot (§ 134) oder bei Sittenwidrigkeit (§ 138). Ein solcher Ausnahmefall könnte hier, nach der Behauptung der AN, in Anlehnung an § 242 in der vermeintlichen Willkür liegen, weil innerhalb von sieben Tagen keine Einschätzung der Arbeit der AN möglich ist. Dabei verkennt die AN, dass dies nicht erforderlich ist; denn damit würde man das Erfordernis eines Kündigungsgrundes einführen, also dass eine Kündigung sachlich gerechtfertigt ist. Gerade dies ist aber innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses nicht erforderlich. Folglich liegt kein Verstoß gegen Treu und Glauben vor.

Ergebnis: Die Kündigung ist wirksam.

#### 6.1.4 Kapitel 4

Abschn. 4.3.1/Fall 1: Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung ist zunächst, dass die formellen Voraussetzungen erfüllt sind. Hierzu bedarf es einer bestimmten und unmissverständlichen Kündigungserklärung. Der Empfänger einer solchen Erklärung, hier der AN, muss erkennen können, wann das Arbeitsverhältnis enden soll. Im vorliegenden Falle ist weder ein Kündigungstermin noch eine Kündigungsfrist angegeben, so dass es an einer entsprechenden Erkennungsmöglichkeit fehlen könnte.

Ausreichend ist allerdings nach der Rechtsprechung auch ein Hinweis auf die maßgeblichen vertraglichen oder gesetzlichen Fristenregelungen, wenn AN hierdurch



unschwer ermitteln könnte, zu welchem Termin das Arbeitsverhältnis enden soll. Laut Sachverhalt erfolgt hier ein solcher Hinweis, sogar noch ergänzt um die besondere und vorrangige Kündigungsregelung im Falle der Insolvenz. Folglich ist die Kündigungs-erklärung hinreichend bestimmt und die Kündigung damit formell wirksam.

Abschn. 4.3.1/Fall 2: Zur Wirksamkeit der Kündigung bedarf es nach § 623 der Schriftform. Diese erfordert nach § 126 eine eigenhändig vom Kündigenden unterzeichnete schriftliche Erklärung. Bei einer Erklärung per E-Mail liegt keine eigenhändige Unterzeichnung vor, so dass durch E-Mail die Anforderungen an die Schriftform der Kündigung nicht gewahrt sind. Folglich ist die Kündigung unwirksam.

Abschn. 4.3.1/Fall 3: Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung ist die Schriftform (§ 623 i. V. m. § 126), welche bei einer mündlichen Kündigung nicht vorliegt. Die Berufung auf die Formnichtigkeit der Kündigung könnte ggf. ausnahmsweise unter dem Gesichtspunkt des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) gegen Treu und Glauben (§ 242) verstoßen. Das kann dann der Fall sein, wenn der Erklärungsgegner, hier der AG, einen besonderen Grund hatte, auf die Gültigkeit der Erklärung trotz des Formmangels zu vertrauen und der Erklärende, hier der AN, sich mit der Berufung auf den Formmangel zu eigenem vorhergehenden Verhalten in Widerspruch setzt.

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass es sich um eine spontane, im Affekt geäußerte Kündigung des AN gehandelt hat. Aus dem Sachverhalt ist nicht ersichtlich, dass AN hierdurch einen länger gehegten oder geäußerten Plan verwirklicht hätte. Aufgrund der affektgeladenen Gesprächsatmosphäre konnte AG auch nicht auf die Gültigkeit der Erklärung trotz Formmangels vertrauen. Folglich liegt kein Ausnahmefall wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben vor, und AN kann sich auf die Formunwirksamkeit der mündlich ausgesprochenen Kündigung berufen. (Anmerkung: § 623 enthält ein strenges Schriftformerfordernis, welches nicht einmal durch eine qualifizierte elektronische Signatur ersetzt werden kann. Allein aus diesem Grunde könnte man auch die Meinung vertreten, dass mündliche Kündigungen in jedem Falle und in jeder Situation unwirksam sind).

### 6.1.5 Kapitel 5

Abschn. 5.2/Fall 1: Die Abmahnung ergeht zu Recht, wenn ein arbeitsvertraglicher Pflichtenverstoß vorliegt und dieser in der Abmahnung entsprechend konkretisiert wird. In der vorliegenden Abmahnung fehlt es bereits an Letzterem, so dass die Abmahnung allein aus diesem Grunde unwirksam ist (so auch LAG Schleswig, aaO.).

Unabhängig davon wäre zu fragen, ob und inwieweit das im Rahmen der kollektiven Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) geschützte Recht einer Gewerkschaft zur Eigenwerbung in den Betrieben vorrangig vor der nach Art. 12, 14 GG geschützten betrieblichen Betätigungs- und Eigentumsfreiheit ist. Dafür könnte sprechen, dass AN hier

außerhalb seiner Dienstzeiten und damit ohne Störung betrieblicher Abläufe und Arbeitszeiten agiert. Dagegen spricht das vorrangige Argument, dass die Firmen-Mailadressen vom Arbeitgeber zu dienstlichen Zwecken zur Verfügung gestellt werden. Die konkrete Abwägung wird davon abhängen, ob und inwieweit der Mail-Account auch zu privaten Zwecken genutzt werden darf, was aus dem Sachverhalt nicht zu entnehmen ist. Jedenfalls dann, wenn er zu rein dienstlichen Zwecken eingerichtet wurde und genutzt werden darf, liegt letztlich ein unzumutbarer Eingriff in die betriebliche Sphäre vor, so dass ein arbeitsvertraglicher Pflichtenverstoß vorliegt und die Abmahnung insoweit berechtigt wäre.

Variante: Die Gewerkschaft hat nach der Rechtsprechung das Recht, gedruckte Informationen wie Flugblätter und Plakate an einer hierzu vorgesehen Stelle im Betrieb wie z. B. am Schwarzen Brett auszuhängen (BVerfG – 2 BvR 384/78, BAG – 1 AZR 280/77). Dasselbe gilt für eine Verteilung im Betrieb (BVerfG – 2 BvR 384/78, BAG – 1 AZR 280/77). Aus dem Umstand, dass Gewerkschaftsmitglieder selbst persönliche Gespräche während der Arbeitszeit mit ihren Arbeitskollegen zur Mitgliederwerbung führen dürfen, soweit dadurch die Arbeitsleistung nicht beeinträchtigt wird (BVerfG – 2 BvR 384/78), kann geschlossen werden, dass dies – wie hier – erst recht für eine Verteilung von Werbematerial in Werkspausen gilt.

Abschn. 5.3.3/Fall 2: Voraussetzung für die Tariffähigkeit von „UFO“ ist, dass diese aufgrund ihrer Größe und ihres Einflusses die Möglichkeit haben muss, hinreichend Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben. Diese Durchsetzungsfähigkeit ergibt sich auch und vor allem aus der Mitgliederzahl, welche hier „nur“ ca. 6400 (=32% von 20.000) beträgt. Allerdings kann auch bei einer – wie hier – überschaubaren Zahl von Mitgliedern einer kleinen Arbeitnehmervereinigung die Durchsetzungsfähigkeit zukommen, wenn darin spezialisierte Arbeitnehmer organisiert sind, die von Arbeitgeberseite im Falle von Arbeitskämpfen kurzfristig nicht oder nur schwer ersetzbar sind. Dies ist bei Flugbegleitern ohne Weiteres der Fall.

Ergebnis: Die Gewerkschaft „UFO“ ist unter dem Gesichtspunkt der Mitgliederzahl tariffähig.

Abschn. 5.3.5/Fall 3: Zulässig ist dies dann, wenn die individuelle Verzichtvereinbarung eine zulässige Abweichung vom Tarifvertrag darstellt. Dies ist nur dann der Fall, wenn durch die Vereinbarung eine Abweichung zugunsten des X erfolgt (Günstigkeitsprinzip). Fraglich ist, ob der Bewertungsmaßstab für die „Günstigkeit“ subjektiv oder objektiv zu bestimmen ist. Aus der subjektiven Sicht des X ist die Vereinbarung günstig, ansonsten hätte er sie nicht abgeschlossen. Aus objektiver Sicht ist zumindest der Verzicht auf das Weihnachtsgeld als solcher ungünstig. Diese isolierte Einschätzung wird in der Rechtsprechung auch nicht durch den Umstand aufgewogen oder überspielt, dass X durch den Verzicht „unter dem Strich“, d. h. netto, mehr Geld heraus bekommt. So gesehen ist die Vereinbarung also ungünstig.

Ergebnis: Die individuelle Verzichtvereinbarung ist nicht zulässig.

## 6.2 Antwortvorschläge zu den Kontrollfragen

### 6.2.1 Kapitel 1

1. Das Arbeitsrecht wird in die Bereiche Individualarbeitsrecht und kollektives Arbeitsrecht eingeteilt. Das Individualarbeitsrecht umfasst die unmittelbare Vertragsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Das Kollektivarbeitsrecht betrifft hingegen das Recht der „kollektiven Selbsthilfe“. Damit ist die betriebliche und überbetriebliche (tarifvertragliche) Ebene gemeint. Rechte der Arbeitnehmer werden hier grundsätzlich von Vertretern (Betriebsrat, Gewerkschaft) geltend gemacht.
2. Der Rechtsprechung kommt im Arbeitsrecht eine überragende Bedeutung zu, die vergleichsweise noch stärker ausgeprägt ist als in anderen Rechtsbereichen. Insbesondere in gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Bereichen wird im Arbeitsrecht vielfach durch „Richterrecht“ entschieden. Das heißt, die Arbeitsgerichte (insbesondere das Bundesarbeitsgericht) übernehmen durch ihre Urteile und Beschlüsse, an die sich die Rechtspraxis stark anlehnt, die Rolle eines „Quasi -Gesetzgebers“.
3. Wer Arbeitnehmer ist, wird zivilrechtlich nicht genau definiert. Aus § 611 sowie unter Rückgriff auf den sozialrechtlichen Arbeitnehmerbegriff lässt sich der allgemeine Grundsatz entnehmen, dass Arbeitnehmer derjenige ist, der aufgrund eines Dienstvertrages für einen anderen (= Arbeitgeber) persönliche, abhängige und fremdbestimmte Arbeit leistet. Ein Selbstständiger ist dagegen in Anlehnung an das Handelsvertreterrecht (§ 84 Abs. 1 S. 2 HGB) eine Person, die im Wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und ihre Arbeitszeit bestimmen kann. In streitigen Fällen ist eine wertende Gesamtbetrachtung aufgrund der objektiven Umstände des Einzelfalls und anhand der tatsächlichen Durchführung des Vertrages erforderlich.
4. Für einen Auszubildenden besteht für die Zeit der Berufsschule ein Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung, wobei bereits ein Schultag mit mehr als fünf Unterrichtsstunden als voller Arbeitstag gilt. Im Unterschied zum „normalen“ Arbeitsverhältnis darf eine Probezeit im Ausbildungsverhältnis nur zwischen einem und max. vier Monaten betragen (§ 20 BBiG). Nach deren Ablauf kann das Ausbildungsverhältnis vom Arbeitgeber nicht mehr ordentlich, sondern nur noch außerordentlich (fristlos) aus wichtigem Grund sowie wegen Aufgabe oder Wechsel der Berufsausbildung gekündigt werden (§ 22 Abs. 2 BBiG). Auszubildende haben einen gesetzlichen Anspruch auf eine angemessene Vergütung (§ 17 Abs. 1 BBiG). Wenn beide Seiten nicht an einen Tarifvertrag gebunden sind, darf die Vergütung das in dem branchenüblichen Tarifvertrag festgeschriebene Gehalt nur um maximal 20 % unterschreiten. Ansonsten ist die Vergütung unangemessen und nichtig.
5. Das AGG schützt Beschäftigte vor bestimmten Benachteiligungen. Der Grundsatz ist in § 7 Abs. 1 i. V. m. § 1 AGG enthalten. Danach dürfen Beschäftigte nicht wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung,

einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität benachteiligt werden. Rechtsgeschäfte, die auf dem Benachteiligungsverbot gründen, sind gem. § 7 AGG i. V. m. § 134 nichtig.

### 6.2.2 Kapitel 2

1. § 11 AGG enthält eine gesetzliche Pflicht zur diskriminierungsfreien Stellenausschreibung. Eine der nach § 7 i. V. m. § 1 AGG verbotenen Benachteiligungen ist die Benachteiligung wegen des Geschlechts. Ausnahmen von diesem Grundsatz ergeben sich nur, wenn und soweit die Voraussetzungen des § 8 AGG vorliegen.
2. Mögliche Ausnahmen ergeben sich aus den §§ 8 und 10 AGG. § 8 lässt eine unterschiedliche Behandlung (auch) wegen des Alters aufgrund bestimmter beruflicher Anforderungen zu. Nach § 10 AGG ist eine entsprechende Ungleichbehandlung zulässig, wenn die Behandlung oder Maßnahme objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, wobei die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein müssen.
3. Auf eine unzulässige Frage darf ein Bewerber im Bewerbungsgespräch entweder nicht antworten. Oder er darf falsche Antworten geben, ohne dass ihm dies zum Nachteil gereichen kann. Unzulässige Fragen geben dem Bewerber also ein „Recht zur Lüge“.
4. Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Hintergrundinformationen über den Bewerber in sozialen Netzwerken wie Facebook unterliegt einem grundsätzlichen Einwilligungserfordernis des Bewerbers. Dies betrifft auch und vor allem die Einholung von Informationen, nach denen der Arbeitgeber im Bewerbungsgespräch nicht fragen darf. Eine Ausnahme besteht hinsichtlich öffentlich frei zugänglicher Informationen und Daten. „Allgemein zugänglich“ sind Daten, wenn sie bei „bestimmungsgemäßer Nutzung“ für jedermann abrufbar sind. Demzufolge sind frei zugängliche Profilinformationen des Bewerbers sowie seine allgemein veröffentlichten Beiträge und Kommentare (Postings) ohne Weiteres für jedermann, also auch für einen möglichen Arbeitgeber, einsehbar und auch auswertbar. Unzulässig ist dagegen die Auswertung von Informationen, die der Bewerber lediglich einem ausgewählten Nutzerkreis zugänglich gemacht hat (wenn nicht wiederum der mögliche Arbeitgeber selbst zu dem ausgewählten Nutzerkreis, beispielsweise der „Freundesliste“ des Bewerbers, gehört).
5. Eine Kündigung ist grundsätzlich zu jeder Zeit möglich, also auch schon vor Antritt der Stelle, soweit nicht das Gesetz (§ 242) oder der Arbeitsvertrag eine Einschränkung enthalten. Zu prüfen wäre im Einzelfall, ob eine „Kündigung zur Unzeit“ (§ 242) vorliegt. Wenn dies, wie wohl in den meisten Fällen, nicht gegeben ist, kommt es nur darauf an, ob im Arbeitsvertrag ein Verbot der Kündigung vor Antritt der Stelle vereinbart wurde. Eine solche Klausel wäre zulässig, zumindest wenn sie für beide Seiten gleichermaßen gilt.

### 6.2.3 Kapitel 3

1. Ja, § 14 Abs. 2 TzBfG erlaubt die Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines Sachgrundes für die Dauer von max. zwei Jahren. Für Existenzgründer besteht sogar eine vierjährige Höchstdauer (§ 14 Abs. 2a TzBfG). Die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverhältnissen „älterer Arbeitnehmer“ ab dem 52. Lebensjahr (§ 14 Abs. 3 TzBfG) ist dagegen laut EuGH europarechtswidrig und darf nicht angewandt werden.
2. Ja, die erleichterte Kündigungsmöglichkeit während der Probezeit (§ 622 Abs. 3) hängt nicht von bestimmten Voraussetzungen ab, insbesondere nicht davon, ob und wie sich der gekündigte Arbeitnehmer bewährt hat.
3. Die Beantwortung hängt davon ab, ob der Arbeitnehmer hier im Sinne des § 616 „ohne sein Verschulden“ an der Arbeitsleistung gehindert ist. Konkret ist fraglich, ob es ein Verschulden (im Sinne einer Sorgfaltspflichtverletzung, § 276) darstellt, wenn der Arbeitnehmer in seiner Freizeit einem Extremsport wie Freiklettern nachgeht. Wenn Freizeit als Ruhezeit im Sinne des § 5 ArbZG zu verstehen ist, die zur Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit im Arbeitsverhältnis dient, könnte daraus, in Verbindung mit der arbeitsrechtlichen Treuepflicht des Arbeitnehmers, möglicherweise ein Verbot statistisch nachweisbar gefährlicher Betätigungen in der Freizeit abgeleitet werden. Andererseits ist es dem Arbeitgeber grundsätzlich verboten, das Freizeitverhalten seiner Arbeitnehmer zu kontrollieren und zu reglementieren. Er darf danach nicht einmal im Bewerbungsgespräch fragen. So gesehen kann dem Arbeitnehmer allein aus der Auswahl einer bestimmten Freizeit-Sportart kein Sorgfaltspflichtverstoß und damit kein Verschulden vorgeworfen werden (zumal Freiklettern möglicherweise statistisch gesehen zu den eher weniger verletzungsanfälligen Sportarten zählt). Wenn sich der Arbeitnehmer allerdings bei der Ausübung der (wie auch immer gearteten) Sportart besonders leichtsinnig, nachlässig oder rücksichtslos verhält und dadurch die Arbeitsunfähigkeit sozusagen herbei schwört, ist durchaus Raum für die Annahme eines Verschuldens nach § 616. Allerdings wäre etwas Diesbezügliches für den Arbeitgeber im Zweifel schwer nachweisbar. Im Ergebnis liegt hier kein Fall des § 616 vor, so dass der Arbeitgeber die Zahlung der Vergütung nicht verweigern kann.
4. Ein solcher Anspruch könnte sich zunächst aus dem Arbeitsvertrag ergeben, wenn darin eine entsprechende Erstattung durch den Arbeitgeber vereinbart wurde. Allerdings wäre zu fragen, ob eine solche Vereinbarung wirksam ist oder ob sie, was anzunehmen ist, gegen § 134 i. V. m. dem strafrechtlichen Verbot der Stravereitelung verstößt (§ 258 Abs. 1 StGB: „Wer absichtlich oder wissentlich ganz oder zum Teil vereitelt, dass ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft ... wird, wird ... bestraft.“). Im Regelfall wird ohnehin keine solche vertragliche Vereinbarung bestehen. Aus demselben Grunde, nämlich wegen eines Verstoßes gegen § 34, kann sich eine solche Pflicht des Arbeitgebers auch nicht aus einer Verletzung seiner vertraglichen Fürsorgepflicht ergeben. Denn Schutz und Fürsorge kann – auch im Arbeitsverhältnis – nicht so weit gehen, dass sich

der Arbeitgeber dadurch strafbar macht. Dies gilt selbst dann, wenn – wie im vorliegenden Falle – der Arbeitgeber den Arbeitnehmer angewiesen hat, Lenkzeiten zu überschreiten. Eine solche rechtswidrige Anordnung müsste der Arbeitnehmer verweigern. Im Ergebnis muss also der Arbeitgeber das Bußgeld des Arbeitnehmers nicht erstatten.

5. Nach allgemeinen BGB-Grundsätzen (§ 280) haftet der Schuldner bei einer schuldhaften vertraglichen Pflichtverletzung auf den vollen Schadensersatz. Der im Sachverhalt geschilderte Pflichtverstoß des Arbeitnehmers ist zumindest als grob fahrlässig einzustufen, Verschulden liegt also vor. Aufgrund der Besonderheit des arbeitsrechtlichen Schuldverhältnisses sind im Arbeitsrecht die Haftungsmaßstäbe gemäß der Rechtsprechung zugunsten des Arbeitnehmers verschoben. Danach haftet der Arbeitnehmer zwar im Grundsatz bei grob fahrlässigem Verschulden und hat insoweit keinen Freistellungsanspruch gegen seinen Arbeitgeber. Im Regelfall werden allerdings Haftungshöchstgrenzen festgelegt, die von der Rechtsprechung meist bei max. drei bis vier Bruttomonatsvergütungen angesetzt werden. Im Ergebnis haftet der Arbeitnehmer also für den angerichteten Schaden selbst, jedoch ggf. begrenzt durch die genannten Höchstsummen.
6. Ja. Ein solcher Anspruch ergibt sich aus § 8 TzBfG, wobei die genannten Voraussetzungen zutreffen müssen.
7. Überstunden sind Arbeitszeit und müssen im Grundsatz vergütet werden. Voraussetzung ist allerdings, dass sie vom Arbeitgeber angeordnet waren. Der „freiwillige Workaholic“, der ohne Anweisung bis Mitternacht am Arbeitsplatz sitzt, ist möglicherweise nicht betroffen. Abweichende Regelungen können sich – ihre Zulässigkeit unterstellt – aus Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder bei „außer-/übertariflich“ bezahlten Arbeitskräften, wie leitenden Angestellten oder Führungskräften, ergeben. Hier kann als Ausgleich für die hohe Arbeitsvergütung zulässigerweise geregelt werden, dass eine bestimmte Anzahl von Überstunden oder auch eine nicht definierte Überstundenzahl im Rahmen des Arbeitszeitgesetzes nicht gesondert vergütet wird.
8. Die Pflichten des Arbeitnehmers im Krankheitsfall ergeben sich aus § 5 Abs. 1 EFZG. Danach ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen. Der Arbeitgeber kann die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung früher verlangen, z. B. im Rahmen einer entsprechenden vertraglich vereinbarten Regelung, wonach die Bescheinigung bereits am ersten Krankheitstag eingeholt werden muss.
9. Ja, das kann er, und es ist ihm zur Vermeidung weitreichender Probleme in der Praxis sogar anzuraten. Denn nur bei einem Verbot privater Nutzung kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ohne Einschränkungen, insbesondere ohne gebotene Rücksichtnahme auf Persönlichkeitsrechte oder das Fernmeldegeheimnis hinsichtlich Arbeitsleistung

und -ergebnisse überwachen und hierzu z. B. auch den Mail-Account des Arbeitnehmers einsehen. Im Übrigen bestehen in diesem Falle auch keine Probleme hinsichtlich der steuerrechtlichen Pflicht zur zehnjährigen Aufbewahrung und Speicherung geschäftlicher Unterlagen.

## 6.2.4 Kapitel 4

1. Zu einer wirksamen Kündigungserklärung ist eine bestimmte und unmissverständliche Erklärung des Kündigenden erforderlich. Diese muss auch Angaben zum Beendigungsdatum enthalten. Ggf. reicht ein Hinweis auf spezielle Kündigungsfristen aus Vertrag, Tarifvertrag oder Gesetz aus. Weiter muss die Kündigung in Schriftform (§ 126) verfasst sein. Die Unterschrift muss den Unterzeichner hinreichend identifizierbar ausweisen. Schließlich ist der Zugang beim Empfänger notwendig.
2. Bei einer Kündigung unter Abwesenden ist der Zugang beim Kündigungsempfänger gegeben, wenn die Kündigung derart in den Machtbereich des Kündigungsempfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen (zumutbaren) Umständen Kenntnis vom Inhalt erlangen kann.
3. Nicht immer. Sie sind zwar im Grundsatz ohne besondere Rechtfertigung wirksam. Ausnahmsweise kann sie allerdings unwirksam sein, wenn sie willkürlich (§ 242) oder sittenwidrig (§ 138) ist oder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) verstößt. In der Praxis dürfte dies selten gegeben bzw. selten nachweisbar sein.
4. Allgemein wird die soziale Rechtfertigung einer personenbezogenen Kündigungen nach dem KSchG nach der Rechtsprechung nach einer „Drei-Stufen-Prüfung“ geprüft: Negative Prognose, erhebliche betriebliche Beeinträchtigung und Interessenabwägung. Dies gilt auch bei personenbezogenen Kündigungen wegen Krankheit. Die negative Prognose kann hier zu bejahen sein, wenn die Krankheit lang anhält oder wenn sie häufig auftritt. Bei häufigen Kurzerkrankungen ist die Prognose negativ, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung objektive Tatsachen vorliegen, welche die ernste Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang rechtfertigen. Bei lang andauernden Erkrankungen ergibt sich die negative Gesundheitsprognose daraus, dass entweder die dauernde Leistungsunfähigkeit feststeht oder der Arbeitnehmer krank und die Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit völlig ungewiss ist. Im Falle krankheitsbedingter dauerhafter Leistungsunfähigkeit ist im Regelfall von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen des Arbeitgebers auszugehen. Die erforderliche Interessenabwägung kann dann zugunsten des Arbeitnehmers ausgehen, wenn er besonders schutzbedürftig ist und der Arbeitgeber trotz der erheblichen Störung des Arbeitsverhältnisses dessen Fortsetzung billigerweise weiter hinnehmen muss.
5. Eine verhaltensbezogene Kündigung erfordert das Vorliegen einer „Tatsache“ (vgl. z. B. § 626). Beim bloßen Vorliegen eines Verdachts ist dies nach der Rechtsprechung gegeben, wenn der objektive, das heißt auf Tatsachen beruhende, Verdacht einer



schweren Pflichtverletzung oder Straftat sowie ein dringender Tatverdacht vorliegt. Als ausreichend wird hierbei eine überwiegende Wahrscheinlichkeit angesehen. Allerdings muss der Arbeitgeber vor dem Ausspruch einer Verdachtskündigung alles ihm Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhalts tun. Nur wenn auch danach der Verdacht nicht ausgeräumt werden kann, ist eine Verdachtskündigung zulässig und wirksam.

6. Nach dem Gesetz (vgl. § 109 Abs. 2 GewO) muss das Arbeitszeugnis zwar klar und verständlich formuliert sein, was einer „Geheimsprache“ widerspräche. Andererseits muss es wohlwollend formuliert sein. Aus Letzterem resultiert die weithin praktizierte „Geheimsprache“ bezüglich der Formulierungen in Arbeitszeugnissen und sich daraus ergebender Bewertungen, wobei die Formulierungsbeispiele üblicherweise nach dem Schulnotensystem geordnet sind („Zeugniscode“).

### 6.2.5 Kapitel 5

1. Die nach Art. 9 GG geschützte Koalitionsfreiheit wird zunächst in eine individuelle und eine kollektive Koalitionsfreiheit unterteilt. Letztere schützt das Recht beider Seiten (Arbeitgeber und Arbeitnehmer), zur Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu gründen. Auf Arbeitnehmerseite geschieht dies zumeist in Form von Gewerkschaften, welche frei von staatlichen Genehmigungen oder Zwängen gebildet werden können und in ihren internen Strukturen autonom und staatsfrei sein müssen. Die individuelle Koalitionsfreiheit leitet sich aus der kollektiven ab und besagt, dass der Arbeitnehmer zur Förderung seiner Arbeitsinteressen einer solchen Vereinigung, also einer Gewerkschaft, diskriminierungsfrei beitreten oder eben auch nicht beitreten bzw. wieder austreten kann. Der letztgenannte Aspekt wird auch als positive bzw. negative Koalitionsfreiheit bezeichnet.
2. Grundsätzlich gilt der Tarifvertrag nur zwischen den daran Beteiligten, d. h. Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden auf der einen Seite und Gewerkschaften und ihren Mitgliedern auf der anderen Seite. Wenn und soweit die Geltung des Tarifvertrages jedoch im Arbeitsvertrag eines nicht gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmers vereinbart wurde (oder sich aus einer Betriebsvereinbarung ergibt), gilt er auch diesem gegenüber.
3. Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen lauten: Träger eines Streiks darf nur die zuständige Gewerkschaft, sein. Der Streik bzw. die Streikforderungen dürfen sich nur auf tariflich regelbare Ziele richten. Die tarifliche Friedenspflicht muss eingehalten werden (Ausnahme: zulässiger Warnstreik). Schließlich muss der Streik in seinen Auswirkungen und Dimensionen verhältnismäßig sein.
4. Allgemein bestehen Anhörungs-, Beratungs- und Mitbestimmungsrechte. Dem Arbeitgeber obliegt gem. § 80 Abs. 2 BetrVG die Pflicht, den Betriebsrat über alles zu informieren, was dieser zu seiner Aufgabenerfüllung wissen muss. Dazu zählt auch



die Bereitstellung von Unterlagen. Konkret bestehen Unterrichts- und Beratungsrechte beispielsweise bei der Errichtung neuer Fabrikationsräume oder technischer Anlagen. Bei anstehenden Betriebsänderungen (Stilllegung, Verlegung des Betriebes oder Einführung grundlegend neuer Fertigungsverfahren) muss in Betrieben mit mehr als 20 Beschäftigten der Betriebsrat ebenfalls unterrichtet werden. Dasselbe gilt in personeller Hinsicht, d. h. bei der Personalplanung. Ein spezielles Anhörungsrecht besteht nach § 102 BetrVG bei Kündigungen. Einen Katalog von Mitbestimmungsrechten enthält § 87 BetrVG.

---

## **6.3 Muster-Klausuraufgaben mit Lösungsvorschlägen**

### **6.3.1 Allgemeine Hinweise**

Die nachfolgenden Klausuraufgaben wurden vom Verfasser im Rahmen von Modulklausuren in Studiengängen an der DHBW Baden-Württemberg (Heidenheim) oder im Rahmen von Lehrveranstaltungen zur Klausurvorbereitung gestellt. Insoweit sind die Aufgaben also „praxiserprobt“.

Erfahrungsgemäß sind die Lösungsvorschläge der Studierenden vielfältig und variantenreich. Dies entspricht häufig sogar der Wirklichkeit in der Praxis. Zu einem Rechtsproblem sind, gerade im Arbeitsrecht, nicht immer genaue Vorschriften und vereinzelt auch gar keine Vorschriften zu finden. Vielfach spielen Bewertungs- oder Abwägungsfragen die entscheidende Rolle. Dementsprechend können unterschiedliche Schwerpunkte bei der Auslegung gelegt werden. Auch können sich zu einem Problem verschiedene Ansichten in der Rechtsprechung sowie der Literatur herausgebildet haben, über die die Studierenden unterschiedliche Kenntnisstände haben. Ein Aufgabensteller kann daher kaum für sich in Anspruch nehmen, dass sein Lösungsvorschlag immer der einzig Richtige ist, außer wenn der Sachverhalt oder bestimmte Rechtsgrundlagen schlechterdings nicht anders als in einer bestimmten Art und Weise verstanden und/oder angewandt werden können. Andererseits würde es den Rahmen eines jeden Lösungsvorschlags sprengen und der Übersichtlichkeit schaden, auf alle denkbaren und jedenfalls nicht abwegigen Lösungsvarianten einzugehen. Dieses Dilemma möge bei der Lektüre der folgenden Aufgaben und Lösungsvorschläge immer mit bedacht werden.

Vom Spektrum her decken die folgenden Aufgaben die im Buch behandelten „Wegmarken“ eines Arbeitslebens ab, beginnend über die Begründung über den Inhalt bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Aufgaben zum kollektiven Arbeitsrecht runden das Spektrum ab. Die angegebene geschätzte Bearbeitungszeit entspricht in etwa der Zeitdauer, an der sich die Studierenden für die Bewältigung der Aufgabe in der betreffenden Klausur orientieren konnten. Erwartet wurde von den Studierenden jeweils ein Gutachten, das in vollständigen Sätzen auf die gestellte Frage eingeht und in einer zumindest vertretbaren Lösung mündet. Den Studierenden wurde geraten, etwa ein Viertel bis ein Drittel der verfügbaren Zeit für die Anfertigung einer Konzeptskizze und den Rest der

Zeit für die Ausarbeitung in vollständigen Sätzen zu investieren. Die Konzeptskizze dient der groben Gliederung und damit der Ermittlung der richtigen Prüfungsreihenfolge sowie der wesentlichen rechtlichen Probleme.

### 6.3.2 Der verhängnisvolle Vermerk

Die 49-jährige F mit Wohnsitz bzw. Herkunft aus Thüringen bewirbt sich auf eine Stelle als Bilanzbuchhalterin bei einer Fenster- und Türenbaufirma (T) in Baden-Württemberg. Diese schickt die Bewerbungsunterlagen mit ablehnendem Bescheid zurück. Auf die Bewerbung hatte eine Mitarbeiterin der T den Vermerk „(-) Ossi“ angebracht. F fühlt sich diskriminiert.

Frage: Hat F einen Anspruch auf Schmerzensgeld? (geschätzte Bearbeitungszeit: 15 min).

Lösungsvorschlag: Ein Anspruch auf Schmerzensgeld könnte sich aus § 21 Abs. 2 S. 3 AGG ergeben. Danach besteht im Falle einer nach AGG relevanten Benachteiligung ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld auch bei Nichtvermögensschäden.

Vorliegend könnte eine nach §§ 7, 1 AGG verbotene Benachteiligung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft vorliegen, indem T durch den Vermerk zu erkennen gibt, dass er die F aufgrund ihres ostdeutschen Wohnsitzes bzw. ihrer ostdeutschen Herkunft nicht einstellt (und damit benachteiligt). Eine Rasse ist durch abgrenzbare (körperliche, kulturelle, soziale usw.) Merkmale der Zugehörigkeit zu dieser Rasse eingrenzbar. So gesehen kann man nicht sagen, dass Ostdeutsche andere Rassemerkmale haben als Westdeutsche und deshalb eine andere Rasse darstellen. Ethnien sind Populationen von Menschen, die Herkunftssagen, Geschichte, Kultur, die Verbindung zu einem spezifischen Territorium und ein Gefühl der Solidarität miteinander teilen. Auch das kann man schlechterdings bei Ostdeutschen nicht sagen, ansonsten würde man unterstellen, dass Ost- und Westdeutsche nicht ein Volk sind.

Folglich liegt aufgrund der Nichteinstellung wegen der ostdeutschen Herkunft keine im Sinne des AGG relevante Benachteiligung vor.

Ergebnis: Ein Anspruch auf Schmerzensgeld besteht nicht.

### 6.3.3 Ausgebrannt im Matratzenland

Arbeitnehmer AN arbeitet seit zwei Jahren im Betrieb des Arbeitgebers AG, einem Einzelhandelsunternehmen, das ökologisch wertvolle Produkte für den Schlafbereich (v. a. Matratzen) anbietet. Insgesamt arbeiten 17 Beschäftigte im Betrieb, davon 5 Verkäufer im Laden zu jeweils 37,5 Std./Woche. Das Marketingkonzept des AG sieht eine möglichst individuelle Beratung und Betreuung der Kunden vor. Die Kunden dürfen

beispielsweise nicht nur die Matratzen probeliegen. Auf Wunsch kommt der Verkäufer auch zu den Kunden ins Haus und berät sie hinsichtlich der Eignung bestimmter Produkte für den betreffenden Einsatzzweck des Kunden (auf Wunsch z. B. auch „Wüschelruten-Service“ oder „Traumfänger-Beratung“).

AN fühlt sich mit der Zeit vom Arbeiten „ausgepowert“ (Burn-out-Syndrom). Er richtet am 1.5. ein Schreiben an AG, in dem er ihn bittet, dass seine wöchentliche Arbeitszeit ab 1.10. auf 25 Std./Woche reduziert wird. AG lehnt das Ansinnen mit Schreiben vom 18.5. unter Verweis auf das spezielle, sehr kundenorientierte Marketingkonzept ab. Es könne nicht angehen, dass Kunden letztlich von mehreren Verkäufern betreut werden. AN trägt dagegen vor, dass sich im Endeffekt die meisten Beratungsgespräche einmalig in den Verkaufsräumen abspielen und selten eine längerfristige Beratung oder Betreuung anfällt.

Frage: Hat AN gegen AG einen Anspruch auf die gewünschte Reduzierung der Arbeitszeit? (geschätzte Bearbeitungszeit: 45 min).

Lösungsvorschlag: AN könnte von AG eine Reduzierung seiner Arbeitszeit auf 25 Std./Woche verlangen, wenn er einen vertraglichen oder gesetzlichen Anspruch darauf hätte.

Darauf, dass der Arbeitsvertrag eine entsprechende Klausel vorsieht, gibt es im Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Gesetzliche Anspruchsgrundlage könnte § 8 TzBfG sein. Die formalen Voraussetzungen sind, dass das Arbeitsverhältnis nach § 8 Abs. 1 TzBfG mindestens sechs Monate nach der Fälligkeit des Lohnanspruchs bestanden hat, dass nach § 8 Abs. 7 TzBfG im Betrieb des AG mindestens 15 Arbeitnehmer beschäftigt sind und dass gem. § 8 Abs. 2 TzBfG der Arbeitnehmer die gewünschte Verringerung mindestens drei Monate vorher geltend macht. All dies ist laut Sachverhalt gegeben.

Nach § 8 Abs. 4 TzBfG muss der Arbeitgeber der Verringerung zustimmen, was er hier nicht getan hat. Die Zustimmung kann nur beim Vorliegen betrieblicher Gründe verweigert werden, wobei die Vorschrift verschiedene Beispiele nennt. Im vorliegenden Fall könnte die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation und/oder den Arbeitsablauf wesentlich beeinträchtigen. Der Betrieb des AG setzt auf Kundenorientierung und persönliche Beratung bezüglich beratungsintensiver Produkte. Eine Beratung kann sich zumindest in seltenen Fällen durchaus auch über mehrere Termine erstrecken, so dass es eine Beeinträchtigung darstellen würde, wenn die Beratung auf mehrere Verkäufer aufgeteilt werden muss. Fraglich ist aber, ob diese Beeinträchtigung hier „wesentlich“ ist. Das ist dann zu bejahen, wenn die Dienstleistung oder Beratungsleistung derart personalisiert und auf einzelne Berater zugeschnitten und im Regelfall auf einen längeren Zeitraum angelegt ist, dass Kunden im Allgemeinen einen Kauf gerade von der Frage der Beratung abhängig machen. Das ist vorliegend nicht der Fall, zumal ja laut Aussage des AN der Regelfall in einer einmaligen Beratung in den Verkaufsräumen besteht. Weiter kann die Wesentlichkeit auch dann vorliegen, wenn die gewünschte Verringerung derart umfangreich ausfällt, dass eine sinnvolle Weiterbeschäftigung des AN nicht mehr in Frage käme. Eine übermäßig umfangreiche Verringerung liegt hier aber

nicht vor. Folglich ist die Beeinträchtigung nicht als wesentlich anzusehen. AG kann also seine Zustimmung nicht verweigern.

Ergebnis: AN kann von AG verlangen, dass seine Arbeitszeit wie gewünscht reduziert wird.

### 6.3.4 Streit um Arbeitszeit

Arbeitnehmer AN hat regelmäßig Probleme, auf dem Betriebsparkplatz seines Arbeitgebers (AG) einen Parkplatz zu finden. So vergehen an sieben Arbeitstagen hintereinander Zeiten der Parkplatzsuche zwischen 13 und 28 min, gerechnet ab der Einfahrt an der Schranke des Parkplatzes. Auf dem Betriebsparkplatz stehen nur für die Hälfte der Arbeitnehmer Parkplätze zur Verfügung.

AN gibt auf ihrem Arbeitszeitblatt als Beginn der Arbeitszeit jeweils den Zeitpunkt des Durchfahrens der Schranke auf dem Betriebsparkplatz an. AG ist der Ansicht, dass die Arbeitszeit frühestens mit dem Betreten des Dienstgebäudes beginne und mahnt AN schriftlich ab.

Frage 1: Was ist eine Abmahnung und welchen Zweck erfüllt sie? (geschätzte Bearbeitungszeit: 5 min).

Frage 2: Ist die Abmahnung im konkreten Fall berechtigt? (geschätzte Bearbeitungszeit: 10–15 min).

Frage 3: Muss der Betriebsrat vor Ausspruch der Abmahnung angehört werden? (geschätzte Bearbeitungszeit: 5 min).

Lösungsvorschlag:

Frage 1: Mit einer Abmahnung weist regelmäßig der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam (Rüge- und Dokumentationsfunktion). Zugleich fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten auf und kündigt, weil ihm dies angebracht erscheint, individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung an (Warnfunktion). Abmahnungen vonseiten des Arbeitgebers werden zur Personalakte genommen. und sind häufig die Voraussetzung dafür, dass bei erneuten einschlägigen Pflichtverletzungen verhaltensbedingt (vgl. § 1 KSchG) oder fristlos gekündigt werden kann.

Frage 2: Die Abmahnung ist berechtigt, wenn AN eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt. Hauptpflicht des Arbeitnehmers ist die Erfüllung der vertraglich vereinbarten Arbeitsleistung, Nebenpflicht (im Sinne der Treuepflicht) ist die ordnungsgemäße Dokumentation derselben. Folglich liegt eine Verletzung von Arbeitsvertragspflichten vor, wenn AN Arbeitszeiten dokumentiert, die in Wirklichkeit keine sind. Die Arbeitszeit beginnt gem. § 2 Abs. 1 ArbZG mit Beginn der Arbeit, also mit der tatsächlichen

Arbeitsaufnahme. Wegezeiten gehören demgemäß nicht zur Arbeitszeit. Die Arbeitsaufnahme kann frühestens dann beginnen, wenn AN das Betriebsgebäude betritt, und spätestens dann, wenn AN am Arbeitsplatz angelangt ist. Zeiten der Parkplatzsuche gehören jedoch zu den Wegezeiten. Sie dürfen deshalb nicht als Arbeitszeit dokumentiert werden. Folglich begeht AN durch die falsche Dokumentation eine Arbeitsvertragsverletzung. Diese spielt sich auch im Verhaltensbereich ab, so dass die Abmahnung im Ergebnis berechtigt ist.

Frage 3: Das Anhörungsrecht des Betriebsrats gem. § 102 BetrVG betrifft nur die Kündigung, nicht die Abmahnung. Folglich muss der Betriebsrat nicht angehört werden.

### 6.3.5 Das verweigerte Personalgespräch

AN arbeitet als Altenpflegerin bei AG, einer Einrichtung der Altenpflege. AG strebt wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten eine Verminderung des 13. Gehalts ihrer Mitarbeiter an. Zu diesem Zweck findet am 1.9. ein Gespräch mit einer Gruppe von Arbeitnehmerinnen statt, zu der auch die AN gehört. Die Arbeitnehmerinnen sind mit der geforderten Vertragsänderung, welche AG arbeitsrechtlich nicht verlangen kann, nicht einverstanden.

Daraufhin zitiert AG die AN – ebenso wie andere Mitarbeiterinnen – zu einem Einzelgespräch für den 14.9. Ziel des Gesprächs ist es wiederum, die AN zum Einverständnis mit der Verminderung des 13. Gehalts zu bewegen. AN erscheint, wie erbeten, im Büro des Personalleiters, erklärt jedoch, nur zu einem gemeinsamen Gespräch unter Einbeziehung der übrigen Mitarbeiterinnen bereit zu sein. Ein solches gemeinsames Gespräch lehnt AG seinerseits ab und erteilt der AN eine Abmahnung mit der Begründung, AN habe ihre Arbeitsleistung (in Form der Verpflichtung zur Teilnahme an dem Personal-Einzelgespräch) verweigert.

Frage: Kann AN von AG Herausnahme der Abmahnung aus der Personalakte verlangen? (geschätzte Bearbeitungszeit: 20 min).

Lösungsvorschlag: AN kann von AG Herausnahme der Abmahnung aus der Personalakte verlangen, wenn diese rechtswidrig ist. Das ist dann der Fall, wenn AN keinen Pflichtenverstoß begangen hat. Vorliegend könnte der Verstoß darin liegen, dass AN sich weigert, am Personal-Einzelgespräch teilzunehmen bzw. nur unter den von ihr gestellten Bedingungen teilzunehmen.

Einerseits steht dem AG gem. § 106 GewO ein Weisungsrecht hinsichtlich der Art der Ausübung der Arbeitsleistung der AN zu. Im Ausgangspunkt kann AG also bestimmen, dass AN zu arbeiten oder sich arbeitsbezogenen Maßnahmen wie einem Personalgespräch zu unterziehen hat. Andererseits ist das Weisungsrecht durch das billige Ermessen begrenzt. Vorliegend liegt die Besonderheit laut Sachverhalt darin, dass AG auf eine Reduzierung des 13. Gehalts offenbar keinen Anspruch hat und sich die Arbeitnehmerinnen beim ersten Gespräch zu Recht geweigert haben, der Reduzierung zuzustimmen. Von daher besteht kein Anlass zu einem zweiten Personalgespräch, bei dem

es lediglich darum gehen kann, im Zweifel Druck auf AN auszuüben. Allerdings ist es unzulässig, einen solchen auszuüben. So gesehen besteht keine Pflicht für AN, bei dem Gespräch teilzunehmen. Eine Weigerung stellt demgemäß keinen Pflichtenverstoß dar, so dass die Abmahnung unberechtigt ist.

Ergebnis: AN kann von AG verlangen, dass die Abmahnung aus der Personalakte entfernt wird (frei nach BAG – 2 AZR 606/08).

### 6.3.6 Fettnapf beim Flurgespräch

Die 19-jährige AN absolviert seit 8 Monaten bei einem Steuerberater (AG) eine Ausbildung zur Steuerfachangestellten. Die Kanzlei verfügt über 13 Vollzeitangestellte zzgl. Chef. Im Rahmen eines „Flurgesprächs“ zwischen AN und AG am 1.8. kommt es zu einem Eklat, als AN auf Nachfrage die Lebensgefährtin von AG auf 40 Jahre schätzt, obwohl diese deutlich jünger ist (nämlich 31 Jahre). AG fühlt sich dadurch gekränkt. Es kommt zu einem Wortwechsel, in dessen Gefolge AG gegenüber AN mündlich die sofortige fristlose Kündigung ausspricht.

AN bleibt zuhause und unternimmt zunächst nichts. Als sich am 13.8. ein Brief des AG mit einer Bestätigung der fristlosen Kündigung im Briefkasten der AN befindet sowie mitgeteilt wird, dass der AN aufgrund der Umstände der Kündigung kein Arbeitszeugnis zustehe, wird es der AN zu bunt. Sie geht zum Anwalt, welcher am 29.8. eine Klage beim zuständigen Arbeitsgericht einreicht. In der Klage beantragt AN, festzustellen, dass die Kündigung unwirksam ist sowie den AG zur Erteilung eines Arbeitszeugnisses zu verurteilen.

Frage: Wie wird das Arbeitsgericht entscheiden? (geschätzte Bearbeitungszeit: 40 min).

Lösungsvorschlag: Das Arbeitsgericht wird der Klage stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist. Die Zulässigkeit ist mangels entgegen stehender Angaben im Sachverhalt zu bejahen.

Begründet ist die Klage zunächst dann, wenn die Kündigung unwirksam ist. Die Unwirksamkeit kann sich aus formellen oder materiellen Gründen ergeben. In formeller Hinsicht liegt eine ausdrücklich erklärte fristlose Kündigung in Schriftform (vgl. § 623) vor, welche der AN am 13.8. zugeht, mithin innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626. Mangels Betriebsrat musste dieser nicht angehört werden (§ 102 BetrVG). Eine etwaige Verletzung der Hinweispflicht des AG gegenüber der AN, sich bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitssuchend zu melden, würde nicht zur formalen Unwirksamkeit führen. Besondere formale Voraussetzungen, welche sich aus dem Azubi-Verhältnis der AN ergeben, bestehen nicht. Folglich liegen die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen vor.

In materieller Hinsicht ist zu beachten, dass es sich um eine fristlose Kündigung handelt. Deshalb ist der Anwendungsbereich des KSchG nicht eröffnet. Als Beurteilungsmaßstab dient ausschließlich § 626 sowie ggf. § 242 (Sittenwidrigkeit). Die nach § 626 Abs. 1 erforderliche Tatsache liegt in der Schätzung eines zu hohen Alters

der Lebensgefährtin des AG durch die AN. Sodann muss die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf einer regulären Kündigungsfrist für den AG unzumutbar sein, was sich aus einer Abwägung der gegenseitigen Interessen ergeben muss. Aufseiten des AG ist lediglich erkennbar, dass er sich gekränkt fühlt. Fraglich ist allerdings, ob und in welchem Maße eine solche subjektive Betroffenheit beachtenswert ist, zumal keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dies mit verbalen Entgleisungen der AN verbunden war oder in irgend einer Form beleidigend oder kränkend gemeint war. Für AN spricht zudem, dass sie von AG gebeten wurde, das Alter zu schätzen, also lediglich die Bitte des AG erfüllt hat. Es muss für die AN möglich sein, sich in einer solchen Situation frei zu äußern und nicht aus lauter Loyalität gegenüber AG zu lügen.

Folglich kann nicht von einer Unzumutbarkeit aufseiten des AG ausgegangen werden. Die materiellen Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung sind damit nicht erfüllt, so dass die Kündigung unwirksam ist.

Denkbar wäre die Umdeutung der fristlosen in eine ordentliche Kündigung (§ 140), nachdem ersichtlich ist, dass AG die AN auf jeden Fall „loshaben“ will. Voraussetzung einer solchen (verhaltensbedingten) Kündigung nach dem hier (ohnehin mangels Arbeitnehmereigenschaft der AN nicht anwendbaren!) KSchG wäre aber zum einen eine Verletzung von Arbeitsvertragspflichten. Zum anderen müsste grundsätzlich zunächst abgemahnt werden. Beides ist vorliegend nicht gegeben. Im übrigen kann das Ausbildungsverhältnis der AN gem. § 22 Abs. 2 BBiG von AG ohnehin nicht ordentlich gekündigt werden.

Folglich ist die Kündigung materiell unwirksam.

Ergebnis: Das Arbeitsgericht wird der Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung stattgeben.

Rechtsgrundlage für eine Beurteilung der Klageaussichten hinsichtlich des verweigerten Arbeitszeugnisses ist § 109 GewO. Danach hat der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf ein Arbeitszeugnis. Oben wurde jedoch festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht beendet ist. Aus diesem Grunde scheitert dieser Klageanspruch der AN.

Ergebnis: Das Arbeitsgericht wird die Klage hinsichtlich der Erteilung eines Arbeitszeugnisses abweisen.

### 6.3.7 Nachtleben und die Folgen

Der 25-jährige AN ist seit 01.01.2013 in Vollzeit bei einer Werbeagentur beschäftigt. Es handelt sich um eine Einzelfirma ohne Betriebsrat, in welcher außer dem AN und zwei weiteren Vollzeit-Mitarbeitern noch der Inhaber (AG), sechs Teilzeit-Mitarbeiter im von je 25 Wochenstunden, drei „Mini-Jobber“ (davon eine Reinigungskraft) und zwei Auszubildende beschäftigt sind.

AN nimmt ab 27.06.2018 Urlaub und fliegt „auf gut Glück“ zur Fußball-WM nach Kasan (Russland). Leider bekommt er keine Eintrittskarten für das entscheidende



Gruppenspiel zwischen Deutschland und Südkorea am Abend des 27.06.2018. Zum Ausgleich wendet er sich deshalb vorrangig dem Nachtleben in Kasan zu. Nach der Niederlage der deutschen Mannschaft fliegt AN frustriert nach Deutschland zurück. Am ersten Arbeitstag (02.07.2018) nimmt AG den AN zur Seite und spricht ihn auf seinen besorgten Gesichtsausdruck mit den Worten an, er könne sich ihm ruhig anvertrauen. Unter Tränen offenbart sich AN, dass er homosexuell sei und in Kasan beim Nachtleben mit Homosexuellen verkehrt habe. Erst danach habe er erfahren, dass einer der beiden Geschlechtspartner HIV-positiv sei. Er, der AN, befürchte nun, ebenfalls HIV-positiv zu sein, was ihm Angstzustände bereite und ihn nicht mehr schlafen lasse. Er habe sich untersuchen lassen, es läge aber noch kein Ergebnis vor.

Dem AG ist das Ganze nicht geheuer. Er kündigt deshalb dem AN mit formgerechtem Schreiben vom 23.07.2018, welches am 24.07.2018 im Briefkasten des AN liegt, ordentlich, ohne nähere Begründung und mit einer Frist bis zum 30.09.2018. AN ist jetzt erst recht entsetzt.

Frage: Ist die Kündigung wirksam? (geschätzte Bearbeitungszeit: 45 min).

Lösungsvorschlag: Die Kündigung ist wirksam, wenn sie formell und materiell wirksam ist.

Die formellen Voraussetzungen des Vorliegens einer Kündigungserklärung des AG, des Zugangs der Kündigung bei AN sowie der Schriftform (§ 623) sind erfüllt. Eine Mitwirkung des Betriebsrats (§ 102 BetrVG) ist mangels Vorliegens eines solchen nicht erforderlich. Fraglich ist in formeller Hinsicht allein, ob die Kündigungserklärung insoweit hinreichend bestimmt ist, als AG die Kündigungsfrist richtig angegeben hat. Bei einer Arbeitgeberkündigung wie der vorliegenden gelten die gestaffelten Kündigungsfristen in § 622 Abs. 2. Im vorliegenden Falle besteht das Arbeitsverhältnis seit ca. 5 1/2 Jahren. Danach hätte AG die Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 Ziff. 2 richtigerweise auf den 30.09.2018 berechnet. Zwar werden nach dem Gesetzeswortlaut des § 622 Abs. 2 S. 2 Betriebszugehörigkeiten bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres nicht mitgerechnet. Die Vorschrift darf allerdings aufgrund Verstoßes gegen höherrangiges europäisches Recht (Altersdiskriminierung) nicht angewandt werden, so dass es bei der Frist 30.09.2018 verbleibt und auch insoweit eine hinreichend bestimmte Kündigung vorliegt. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Kündigung formell wirksam ist.

Für die materielle Wirksamkeit der hier vorliegenden ordentlichen Kündigung ist zunächst wichtig zu wissen, ob das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) anwendbar ist. Voraussetzungen sind eine mindestens sechsmonatiges Bestehen des Arbeitsverhältnisses (§ 1 KSchG, hier gegeben) sowie bei AN, dessen Beschäftigungsverhältnis nach dem 31.12.2003 begonnen hat, eine Betriebsgröße von mehr als 10 Arbeitnehmern, § 23 KSchG. Der Inhaber (AG) wird nicht mitgezählt. Die drei Vollzeit-Mitarbeiter (einschließlich AN) werden nach der Vorschrift je mit dem Faktor 1 gezählt (insgesamt 3). Die 6 Teilzeit-Mitarbeiter werden mit dem Faktor 0,75 gezählt (= insgesamt 4,5 Arbeitnehmer), die drei „Mini-Jobber“ mit je 0,5 (= insgesamt 1,5), die Azubis fließen nicht in die Berechnung mit ein. Insgesamt verfügt der Betrieb somit über 9



anrechnungsfähige Mitarbeiter, so dass das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist. Für die Kündigung gelten mithin keine besonderen sachlichen Voraussetzungen. Die Vorschriften des AGG gelten nach § 2 Abs. 4 AGG (nach umstrittener Ansicht, weil ggf. EU-rechtswidrig) nicht bei Kündigungen. Somit gilt auch kein ausdrückliches Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts.

Ausnahmsweise ist eine Kündigung gem. §§ 242, 138 (ggf. auch unter Einbeziehung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers) dann unwirksam, wenn sie sittenwidrig, willkürlich oder diskriminierend ist. Es besteht in jedem Falle seitens des AG eine Pflicht zur Einhaltung eines Mindestmaßes an sozialer Rücksichtnahme. Im vorliegenden Falle besteht eine gesteigerte Verantwortung des AG zur Rücksichtnahme auf die persönlichen Beeinträchtigungen des AN sowie zur Tolerierung etwaiger geschlechtlicher Neigungen, jedenfalls wenn und solange sich diese nicht konkret und nachteilig im Beschäftigungsverhältnis niederschlagen. Hinzu kommt, dass der AN dem AG vertraut hat, als er sich ihm offenbarte, und der AG letztlich durch den unmittelbar danach erfolgten Ausspruch der Kündigung dieses Vertrauen untergraben hat. Für den AG besteht demgegenüber kein nachvollziehbarer Grund, dem AN gerade in dieser Situation, bei der zudem noch nicht einmal eine bestätigte HIV-Erkrankung vorliegt, zu kündigen (Anm.: Selbst eine bestätigte HIV-Erkrankung würde wohl zur gleichen Ansicht führen). Insgesamt verstößt AG deshalb durch die Kündigung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242), so dass die Kündigung materiell unwirksam ist.

Ergebnis: Die Kündigung ist unwirksam.

(Anmerkung: Dieser Lösungsvorschlag beruht auf der persönlichen (abschlägigen) Meinung des Verfassers zu der Streitfrage, ob § 2 Abs. 4 AGG auf Kündigungen anwendbar ist, was laut Wortlaut der Vorschrift zu verneinen ist. Wer der gegenläufigen Ansicht des BAG folgt, kann auch zu einer vertretbaren Lösung über die Diskriminierungsverbote des AGG kommen).

### 6.3.8 Ausgetauscht, weil zu teuer

Die gemeinnützige M-GmbH betreibt eine Klinik. Nachdem in den vergangenen zwei Jahren jeweils bilanzielle Fehlbeträge in erheblicher Höhe entstanden sind, beschließt die Geschäftsführung, verschiedene Bereiche (Reinigung, Küche und Servierbereich) stillzulegen. Demgemäß wird den 20 dort beschäftigten Arbeitnehmern ordentlich gekündigt. Die anfallenden Arbeiten werden durch eine neu gegründete, von der M-GmbH als Mehrheitsgesellschafterin gehaltene und mit komplett neuen Mitarbeitern besetzte eigenständige Service-GmbH erledigt, welche ausschließlich für die M-GmbH tätig ist und auch deren Räumlichkeiten und die verbliebenen Arbeitsmittel nutzt. Die M-GmbH rechnet sich dadurch – durchaus nachvollziehbar und errechenbar – erhebliche Einsparungen aus. Als Geschäftsführer der neuen Service-GmbH ist laut Satzung jeweils der Geschäftsführer der M-GmbH zu bestellen.

AN, eine der von den Kündigungen betroffenen Arbeitnehmerinnen, die seit Jahren bei der M-GmbH gearbeitet hatte, erhebt gegen die Kündigung Klage vor dem Arbeitsgericht mit dem Antrag, das Gericht möge feststellen, dass die Kündigung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht beendet wurde.

Frage: Wie wird das Arbeitsgericht entscheiden? (max. 45 Punkte)

Lösungsvorschlag: Das Arbeitsgericht wird der Klage stattgeben, wenn die Kündigung unwirksam ist. Die Kündigung der AN ist unwirksam, wenn sie formell und materiell unwirksam erfolgt ist. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt liegen die formellen Voraussetzungen (hinreichend bestimmte Kündigungserklärung, Schriftform, Zugang, ggf. Anhörung des Betriebsrats) vor, sodass die Kündigung insoweit wirksam ist.

In materieller Hinsicht könnte die Kündigung gem. § 1 KSchG sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam sein. Anwendbar ist das KSchG, wenn der betroffene Betrieb mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt (Grenze für alle vor 2004 eingestellten Arbeitnehmer: 5 Beschäftigte) und der betroffene Arbeitnehmer mindestens 6 Monate im Betrieb beschäftigt war. Beides ist laut Sachverhalt im Falle der AN gegeben. Eine soziale Rechtfertigung könnte sich nach § 1 Abs. 2 KSchG nur dann ergeben, wenn für die Kündigung dringende betriebliche Erfordernisse vorliegen. Vom Gesetz selbst wird dieses Merkmal nicht näher definiert. Die Rechtsprechung nimmt an, dass die Frage, ob ein „betriebliches Erfordernis“ vorliegt, im Ausgangspunkt der grundgesetzlich geschützten, freien Unternehmerentscheidung des Arbeitgebers unterfällt. Darunter können also ohne Weiteres, wie im vorliegenden Fall, innerbetriebliche Rationalisierungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen fallen. Allerdings behalten sich die Gerichte beim Merkmal „dringend“ einen gewissen Prüfungsspielraum vor. Konkret ist ein betriebliches Erfordernis für eine Kündigung dann nicht „dringend“, wenn die Umstrukturierungsmaßnahme erst irgendwann in der Zukunft durchgeführt werden soll oder wenn die Maßnahme offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist.

Ausgehend davon ist im vorliegenden Fall zu beachten, dass es nicht nur um eine schlichte organisatorische Umstrukturierung geht, sondern dass in diesem Zuge die Mitarbeiter komplett ausgetauscht werden. Dies geschieht, obwohl die neue Service-GmbH Mitarbeiter mit denselben Befähigungen braucht, diese letztlich dieselben Tätigkeiten verrichten, sogar unter derselben Geschäftsleitung. Aus Arbeitnehmersicht herrschen also letztlich dieselben Strukturen vor wie vor der Maßnahme. Es besteht hier der dringende Verdacht, dass die Geschäftsleitung mit der Umstrukturierungsmaßnahme letztlich auch (oder sogar wesentlich) eine „billige“ Freisetzung aller dort beschäftigten Arbeitnehmer mit dem Ziel einer Umgehung der Schutzschranken des KSchG bezweckte. Dagegen hätte die M-GmbH ihr unternehmerisches Ziel, die Arbeit in den betreffenden Teilbereichen kostengünstiger zu gestalten, durch zahlreiche rechtlich zulässige Mittel, z. B. Änderungskündigung, unter möglicherweise weitgehender Wahrung des bisherigen Mitarbeiterbestandes verwirklichen können. Ein solches „rasenmäherartiges“ Vorgehen der M-GmbH ist jedoch als offensichtlich unsachlich bzw.

als willkürlich zu bezeichnen. Aus diesem Grunde ist die Kündigung nicht durch ein dringendes betriebliches Interesse sozial gerechtfertigt und deshalb unwirksam.

Ergebnis: Das Arbeitsgericht wird der Feststellungsklage der AN stattgeben.

(Anm. Dieser Lösungsvorschlag beruht auf einem umstrittenen Urteil des Bundesarbeitsgerichts (2 AZR 636/01). Bei einer Klausur ist es bei entsprechend überzeugender Begründung auch vertretbar, zum gegenteiligen Ergebnis zu gelangen.)

### 6.3.9 Angst vor Arbeitsplatzabbau

Automobilhersteller AG steckt in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Die internationale Konzernleitung lässt verlauten, dass zur Sanierung des Unternehmens Arbeitsplätze abgebaut werden müssen, unter anderem auch am Stammsitz des Unternehmens in der Stadt R. AN ist als Facharbeiter in der Produktionsabteilung an diesem Stammsitz beschäftigt. Unter den Kollegen macht sich vehementer Unmut über diese Ankündigung und das Unvermögen des Managements über unternehmerische Entscheidungen der Vergangenheit breit.

Die Sache wird in den Betriebspausen besprochen. Man ist sich einig, dass angesichts der bedrohlichen Lage kein „Gequatsche“, sondern nur noch drastische und öffentlichkeitswirksame Maßnahmen helfen. Deshalb beschließen die Mitarbeiter der Abteilung, in einen unbefristeten Streik zu treten. Ziel des Streiks ist die Forderung nach einem Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen am Standort in R. So geschieht es, und der Streik beginnt. Von einer Einschaltung des Betriebsrats oder der Gewerkschaft („zu viel Gequatsche“) halten die Streikführer nichts, deshalb unterbleiben entsprechende Schritte. Ebenso wenig verspricht man sich etwas von einer informellen Besprechung der Lage mit der Geschäftsleitung vor der Einleitung von Streikmaßnahmen. Die Ermahnungen der Geschäftsleitung, die Arbeit wieder aufzunehmen, werden ignoriert.

Nachdem die Produktion am Standort R aufgrund des Streiks zum Erliegen kommt, kündigt AG allen Anführern des Streiks, darunter auch AN, formgerecht und fristlos.

Frage: Ist die gegenüber AN ausgesprochene Kündigung berechtigt? (max. 45 Punkte)

Lösungsvorschlag: Die Kündigung ist berechtigt, wenn hierfür die formellen und materiellen Voraussetzungen vorliegen. Vom Vorliegen der formellen Voraussetzungen ist mangels entgegen stehender Angaben im Sachverhalt auszugehen. Dies betrifft auch sowohl die in § 626 Abs. 2 geregelte Zweiwochenfrist für die Kündigung als auch das Recht des (hier offensichtlich bestehenden) Betriebsrats, vor jeder Kündigung gehört zu werden (§ 102 BetrVG).

In materieller Hinsicht müssen die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nach § 626 vorliegen. Konkret muss ein wichtiger Grund gegeben sein, der es für den Kündigenden, hier AG, unzumutbar macht, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen (vgl. § 626 Abs. 1 Halbs. 2). Erforderlich ist hierfür das Vorliegen von Tatsachen. Weiter muss sich die Unzumutbarkeit aus einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller

Umstände des Einzelfalls ergeben. Tatsachen in diesem Sinne können auch durch Vorliegen einer Arbeitsverweigerung, wie im vorliegenden Fall (u. a.) durch AN, gegeben sein. Allerdings kann eine Arbeitsverweigerung nur dann zu einer Unzumutbarkeit im obigen Sinne führen, wenn sie rechtswidrig ist. Wenn also im vorliegenden Falle der Streik rechtmäßig geführt wird, wäre eine Unzumutbarkeit und damit ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 ausgeschlossen.

Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines rechtmäßigen Streiks sind im Gesetz nicht geregelt. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass sich der Streik zunächst auf ein tarifvertraglich zumindest potenziell regelbares Ziel richten muss. Das Ziel des vorliegenden Streiks ist der Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen. Eine solche Forderung könnte, zumindest theoretisch, in einen Tarifvertrag einfließen, wenngleich eher in einen Haus- als in einen Flächentarifvertrag. Folglich ist diese Voraussetzung erfüllt. Weiter muss der Streit von einer Tarifvertragspartei, konkret einer Gewerkschaft, geführt werden. Sinn und Zweck der Regelung ist es, das Streikrecht aufgrund seines einschneidenden Charakters nur in engen, organisierten Bahnen zu gewährleisten und „wilde Streiks“ auszuschließen. Im vorliegenden Falle handelt AN jedoch selbst und nicht etwa als Vertreter einer Gewerkschaft. Eine solche tritt mangels entgegen stehender Angaben im Sachverhalt auch nicht nachträglich als Streikführer ein. Folglich handelt es sich hier um einen rechtswidrigen Streik. Problematisch wären hier auch die übrigen Voraussetzungen (keine Forderung, die auf dem Rechtsweg eingeklagt werden könnte; Einhaltung der „Friedenspflicht“) gewesen. Auf eine vertiefte Behandlung der damit zusammen hängenden Fragen kommt es allerdings nicht an.

Aufgrund des „wilden Streiks“ des AN müsste dem AG die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Abwägung aller Einzelumstände unzumutbar sein. In diesem Rahmen ist auch und vor allem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, wonach es der AN nicht hinnehmen müsste, für einen vergleichsweise geringfügigen Verstoß mit der größtmöglichen Strafe belegt zu werden. Im vorliegenden Falle gibt sich AN jedoch als äußerst ignorant zu erkennen, indem er weder Rat beim Betriebsrat noch bei der Gewerkschaft einholt. Weiter sucht er auch nicht das Gespräch mit der Geschäftsleitung und nimmt deren Ermahnungen nicht ernst. Zudem sind die faktischen Auswirkungen des Streiks fatal, indem die komplette Produktion ruhen muss, was AN ggf. auch einkalkuliert hat. Aus der Sicht des AG erscheint die Maßnahme dagegen als schwerwiegende Verletzung der Arbeitsvertragspflichten des AN. Zudem ist eine Besserung oder Mäßigung des AN trotz Mahnungen nicht zu erkennen. AN könnte demgegenüber lediglich geltend machen, dass offensichtlich nicht allen Streikenden, sondern nur den Anführern gekündigt wurde, und dass darin eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung liegt (Argument aus Art. 3 GG). Tatsächlich trifft AG jedoch die Auswahl nicht willkürlich, sondern gezielt nach der Art und Schwere des Tatbeitrags, offenbar ohne Ansehen der Person. Letztlich ist dieses Argument mithin unbeachtlich.

Eine Interessenabwägung aller dieser Umstände muss danach zum Ergebnis führen, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses des AN aus der Sicht des AG unzumutbar ist. Damit sind die (geschriebenen) Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 erfüllt.

Als ungeschriebene weitere Voraussetzung gilt, dass bei einer Arbeitgeberkündigung der Arbeitnehmer vor Ausspruch der fristlosen Kündigung grundsätzlich abgemahnt werden muss. Eine Ausnahme besteht nur bei sehr schwerwiegenden und beharrlichen Pflichtverletzungen. Zum einen könnte jedoch die „Ermahnung“ der Geschäftsleitung, die Arbeit wieder aufzunehmen, je nach den Umständen des Sachverhalts als Abmahnung ausgelegt werden. Zum anderen ist hier aber aufgrund des Verhaltens des AN eine Abmahnung auch ohne Weiteres entbehrlich.

Ergebnis: Die Kündigung ist berechtigt.

### 6.3.10 Der etwas andere Warnstreik im Supermarkt

S betreibt einen Supermarkt im Berliner Ostbahnhof und ist Mitglied des zuständigen Einzelhandel-Arbeitgeberverband (A). Der Arbeitgeberverband befindet sich derzeit in Verhandlungen zur Durchsetzung eines neuen Tarifvertrags für den Berliner Einzelhandel mit der tarifzuständigen Gewerkschaft (G). Aus Sicht von G sollen höhere Löhne erreicht werden. Die Verhandlungen laufen schleppend und sind noch nicht beendet. Bereits im jetzigen, noch laufenden Tarifvertrag waren höhere Löhne für die Beschäftigten vereinbart worden.

Um den Verhandlungen neuen Schwung zu verleihen und die Kampfbereitschaft von G zu unterstreichen, organisiert diese einen Warnstreik in Form einer „Flashmob-Aktion“. Hierzu begeben sich etwa 40 Gewerkschaftsmitglieder und Streikteilnehmer in den Supermarkt des S und kaufen wahllos sog. Cent-Artikel, d. h. Waren, die nur wenige Cent kosten. Deren Einscannen durch die Kassiererinnen nimmt längere Zeit in Anspruch, so dass sich an den Kassen Warteschlangen bilden. Weiter befüllen die Streikteilnehmer etwa 40 Einkaufswagen und lassen sie dann ohne Begründung oder mit dem Vorwand, das Geld vergessen zu haben, in den Gängen oder im Kassensbereich stehen, in Einzelfällen auch nach erfolgtem Einscannen der Artikel, was mit lautem Beifall der übrigen Streikteilnehmer quittiert wird. Die Aktion dauert etwa eine Stunde.

A ist über dieses individuelle Streikverständnis von G empört. Er meint, solche Aktionen greifen rechtswidrig in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (= „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1) seiner Mitgliedsunternehmen ein. Außerdem handele es sich um vorsätzliche und sittenwidrige Schädigungen i. S. v. § 826, die mit Nötigung, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch verbunden seien. Derartige Aktionen seien mit Betriebsblockaden und Betriebsbesetzungen vergleichbar und kein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel. Aus Sicht des G unterfällt die Maßnahme dagegen dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG und sei deshalb zulässig.

Frage: Kann A von G Unterlassung künftiger Streikmaßnahmen dieser Art verlangen? (max. 30 min).

Lösungsvorschlag: A könnte von G Unterlassung gem. §§ 1004 i. V. m. 823 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 3 GG verlangen. Nach dieser Vorschrift hat ein Arbeitgeberverband

einen eigenen Anspruch gegen eine Gewerkschaft auf Unterlassung rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen, die sich gegen seine Mitgliedsunternehmen richten.

Fraglich ist, ob die Arbeitskampfmaßnahme rechtswidrig ist. Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Streik sind

1. Trägerschaft der zuständigen Gewerkschaft
2. tariflich regelbares Ziel
3. Einhaltung der tariflichen Friedenspflicht
4. Verhältnismäßigkeit

Die Trägerschaft von G als der zuständigen Gewerkschaft, welche die Streikaktion organisiert, ist laut Sachverhalt gegeben. Die Forderungen von G richten sich auf höhere Löhne, mithin auf ein tariflich regelbares Ziel, so dass auch diese Voraussetzung gegeben ist. Fraglich ist, ob die tarifliche Friedenspflicht eingehalten wurde. Das ist grundsätzlich erst nach dem Scheitern laufender Tarifverhandlungen der Fall. Im vorliegenden Fall laufen allerdings die Verhandlungen noch. Im Allgemeinen wird aber von der Zulässigkeit einzelner, zeitlich und örtlich begrenzter Warnstreiks zur Unterstreichung der Forderungen von Gewerkschaften ausgegangen. Laut Sachverhalt war die Aktion auf einen einzelnen Supermarkt begrenzt und dauerte lediglich eine Stunde. Die begrenzte Reichweite ist somit gegeben und der Warnstreik ist auch unter diesem Gesichtspunkt zulässig.

Fraglich ist weiter, ob die Aktion verhältnismäßig ist. Die Rechtsprechung zieht die Grenzen hier relativ weit. Danach ist die Verhältnismäßigkeit nur dann zu verneinen, wenn die Aktion offensichtlich eher dazu angetan ist, den Arbeitgeber zu vernichten als mit Mitteln eines fairen Kampfes den Arbeitsfrieden wieder herzustellen. Ausgehend von diesem Maßstab spricht für die Gewerkschaft, dass auch unkonventionelle Maßnahmen erlaubt sein müssen, insbesondere solche, die nicht sogleich „klassisch“ als Streik zu erkennen sind. Gegen die Gewerkschaft spricht, dass solche Maßnahmen de facto zu einer Betriebsblockade führen. Es erfolgt in diesem Sinne mehr als eine bloße Arbeitsniederlegung. Konkret werden die Kunden beim Einkauf umfassend behindert. Der Betrieb wird trotz bestehendem und arbeitendem Personal daran gehindert, Kunden zu bedienen. Ggf. wird sogar das Eigentum des S verletzt, wenn sich Tiefkühl- oder Kühlwaren in den Einkaufswagen befinden. Letztlich ist das nichts anderes als ein Kampf mit unfairen Mitteln. Somit gehen die Maßnahmen weit über das hinaus, was Arbeitgeber bei Arbeitsniederlegungen von Teilen ihrer Belegschaft erdulden müssen, so dass die „Flashmob-Aktion“ unverhältnismäßig und damit unzulässig ist.

Ergebnis: A kann von G Unterlassung künftiger Streikmaßnahmen dieser Art verlangen.

(Anmerkung: Auf der Grundlage von BAG/BVerfG (s. Kap. 5) kann man auch zum gegenteiligen Ergebnis gelangen, was vertretbar wäre).

### 6.3.11 Betriebsrat als Raucherlobby

Im Zuge der Umorganisation der Arbeitsabläufe ergeht die Anweisung der Geschäftsleitung von AG, in den Gebäuden des Betriebes an keinem Ort und unter keinen Umständen mehr zu rauchen. Zum Rauchen müssen nun, wetter- und jahreszeitenunabhängig, überdachte Zonen im Freien aufgesucht werden. Als Ausgleich wird den Nikotinabhängigen angeboten, die Hälfte der Kosten eines sechsstündigen Entwöhnungskurses nach „Allen Carr’s Easyway“ (259 EUR) zu übernehmen.

Der Überzeugungsraucher und Arbeitnehmer AN fühlt sich durch die Anweisung diskriminiert und in seiner grundgesetzlich geschützten Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) unzumutbar verletzt. Auch an das Aufhören und einen Entwöhnungskurs hat er nie gedacht. Er beschwert sich beim Betriebsrat und verlangt, dass dieser beim Arbeitgeber auf Abhilfe hinwirkt (z. B. Kompromiss).

Frage: Muss der Betriebsrat im Sinne des AN tätig werden?

Lösungsvorschlag: Der Betriebsrat hat nach § 85 Abs. 1 BetrVG für den Fall, dass er eine Beschwerde von Arbeitnehmern für berechtigt erachtet, beim Arbeitgeber auf Abhilfe hinzuwirken. Nach dem Wortlaut der Vorschrift („erachtet“) kommt es bei der Frage der Berechtigung nicht auf eine objektive, sondern allein auf eine subjektive Einschätzung der Sach- und Rechtslage durch den Betriebsrat an. Gleichwohl wäre das Ermessen bei einer objektiven Rechtswidrigkeit der Arbeitgebermaßnahme reduziert oder gar ausgeschlossen, woraus eine Pflicht zum Tätigwerden zu schließen wäre.

Die hier getroffene Anweisung des Arbeitgebers betrifft die Ordnung bzw. das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb. Nach § 106 GewO kann ein Arbeitgeber in solchen Fällen kraft seines Weisungsrechts bestimmte Anweisungen nach pflichtgemäßem Ermessen treffen. Sein Weisungsrecht ist nach dem Wortlaut der Vorschrift aber eingeschränkt, wenn und soweit gesetzliche Vorschriften dem Arbeitgeber ein bestimmtes Verhalten auferlegen oder gesetzliche Schutzrechte zugunsten der Arbeitnehmer eingreifen. Im vorliegenden Fall hat AG nach § 5 der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Nichtraucher im Betrieb zu treffen. „Erforderlich“ ist eine Maßnahme dann, wenn es kein milderes oder verhältnismäßigeres Mittel gibt, mit dem dasselbe Ziel erreicht werden kann. Zu überlegen wäre im vorliegenden Fall, ob ein milderes Mittel für AG darin bestehen könnte, geeignete Anlagen in den Betriebsräumen zu installieren, mit denen der Tabakrauch wirksam eingedämmt werden kann. Allerdings müssen hier im Zweifel sehr hohe Kosten investiert werden. Zudem ist vermutlich auch die beste Anlage nicht imstande, den Rauch zu 100 % zu filtern, so dass selbst bei dieser Lösung die Gesundheitsgefahren für die Nichtraucher nicht gänzlich beseitigt werden können. Demgegenüber handelt es sich bei einem pauschalen Rauchverbot um eine sowohl kostengünstige als auch effektive Lösung. Aus dieser Sicht wäre hier die Erforderlichkeit der Maßnahme gegeben.



Fraglich ist, ob eine andere Einschätzung dadurch geboten ist, dass hier besondere Schutzrechte zugunsten der (rauchenden) Arbeitnehmer eingreifen. Der AN macht Diskriminierung sowie eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts geltend. Ersteres scheitert ersichtlich daran, dass kein in § 1 AGG genannter Benachteiligungsgrund vorliegt. Letzteres erfordert einen rechtswidrigen Eingriff in die Privatsphäre. Eine Maßnahme, mit der dem AN auferlegt wird, sich – zumal nur in den Pausen – an eine „Sammelstelle für Raucher“ unter ein Vordach zu begeben, auch im Winter und als „Blickfang“ für die Nichtraucher, stellt einen Eingriff in seine Privatsphäre dar. Eine Rechtswidrigkeit wäre aber nur dann gegeben, wenn die Maßnahme zugleich auch eine willkürliche oder sonst unsachliche Ungleichbehandlung darstellen würde. Mit der vorliegenden Maßnahme gelten aber für alle die gleichen Regeln, so dass Willkür schon mangels einer unsachlichen Differenzierung ausscheidet. Hinzu kommt hier, dass der AG seine rauchenden AN nicht „im Regen stehen lässt“, sondern sogar eigens ein Vordach errichtet, sowie dass er sogar anbietet, sich an den Kosten eines hochpreisigen Raucher-Entwöhnungskurses zu beteiligen. Vor diesem Hintergrund ergibt die vorzunehmende Gesamtabwägung, dass eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des AN ausscheidet.

Insgesamt handelt AG bezüglich der Anweisung also sowohl im Rahmen des ihm zustehenden Weisungsrechts als auch in Übereinstimmung mit dem Gesetz. Die Beschwerde des AN ist also unberechtigt.

Ergebnis: Der Betriebsrat ist nicht verpflichtet (außer wenn er persönlich zum gegenteiligen Schluss käme), tätig zu werden und beim AG auf Abhilfe zu drängen.



---

# Stichwortverzeichnis

## A

Abberufung, 97  
Abfindung, 117  
Abgeltung, 82  
Abmahnung, 57, 88, 118  
Abrechnung, 71  
Abschluss eines Aufhebungsvertrages, 125  
Abwägung gegenseitiger Interessen, 28  
Abwesende, 107  
Abwicklung, 127  
Access-Provider, 88  
Allgemeines Gleichstellungsgesetz (AGG), 18  
Allgemeinverbindlicherklärung, 148  
Altersdifferenzierung, 79  
Änderungskündigung, 53  
Angestellter, leitender, 12  
Anhörungs- und Beratungsrechte, 158  
Annahmeverzug, 44  
Anspruch  
    auf ein schriftliches Zeugnis, 131  
    auf Entgeltfortzahlung, 81  
    auf Vergütung, 74  
Antidiskriminierungsstelle, 22  
Antidiskriminierungsverbände, 21  
Arbeiten, gefährliche, 52  
Arbeitnehmerhaftung, 55, 91  
Arbeitnehmer in kirchlichen Einrichtungen, 20  
Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), 12  
Arbeitsgericht, 6  
Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG), 6  
Arbeitsleistung von mittlerer Art und Güte, 54  
Arbeitsort, 90  
Arbeitsrecht  
    kirchliches, 20  
    kollektives, 2

Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV), 97  
Arbeitsunfähigkeit, 44  
    unverschuldete, 81  
    wegen Krankheit, 119  
Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, 84  
Arbeitsverhältnis, faktisches, 21, 31  
Arbeitsverhinderung, haftbedingte, 121  
Arbeitsverweigerungsrecht, 21  
Arbeitszeitgesetz (ArbZG), 60  
Arbeitszeitgrenzen, gesetzliche, 65  
Aufdeckung von Straftaten, 92  
Ausschreibung, altersneutrale, 26  
Äußerungen, öffentliche, 89  
Aussperrung, 152  
Ausübung des Direktionsrechts, 91  
Auszubildender, 14, 124

## B

Background Check, 31  
Bagatelverstoß, 123  
Beamte, 65  
Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 82  
Befriedungsfunktion, 57  
Behinderte, 16  
Belange, betriebliche, 65  
    dringende, 80  
Belästigung, 20  
    sexuelle, 20, 123  
Benachteiligung, unmittelbare, 19  
Benachteiligungsverbot, 18  
Berater, 11  
Bereitschaftsdienst, 62  
Berufsbildungsgesetz (BBiG), 14  
Beschäftigungsanspruch, 131

Bescheinigung, ärztliche, 84  
Beschlagnahmeschutz, 97  
Beschwerderecht, 21  
Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM), 85  
Betriebsrat, 64  
Betriebsveräußerung, 130  
Betriebsverfassung, 154  
Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), 154  
Beweiserleichterungen, 22  
Beweislastumkehr, 98  
Beweispflicht, 117  
Beweisverwertungsverbot, 95  
Bewerberpool, 33  
Blockmodell, 104  
Bonuszahlungen, 75  
Bundesrecht, 4  
Bundesurlaubsgesetz (BUrlG), 78

## C

Compliance-Strategie, 87

## D

Darlegungs- und Beweislast, 132  
Datenschutzbeauftragter, betrieblicher, 96  
Datensicherheitsbeauftragter, 96  
Dienstreise, 61  
Direktionsrecht bzw. Weisungsrecht, 48  
Drei-Stufen-Prüfung, 66, 119

## E

Ehrenamt, 156  
Einfühlungsverhältnisse, 43  
Einigungsstelle, 159  
Einsichtsrecht, gesetzliches, 95  
Elternteilzeit, 68  
Entgeltfortzahlung, gesetzlicher Anspruch, 84  
Entleiher, 12  
Entschädigung, 136  
Erhalt von Sachbezügen, 71  
Erhöhung des Frauenanteils, 25  
Erkrankung  
    eines Kindes, 83  
    während des Urlaubs, 82  
Erlaubnis, behördliche, 13  
Erreichbarkeit über Smartphones., 62

Existenzgründer, 40

## F

Fachanwalt für Arbeitsrecht, 8  
Fahrlässigkeit  
    grobe, 56  
    leichteste, 56  
    mittlere, 56  
Festlegung von Höchstaltersgrenzen, 26  
Flirten, 52  
Flugmeilen, 52  
Fortzahlung der Vergütung, 83  
Fragen, unzulässige, 28  
Freistellungsanspruch, 57  
    gesetzlicher, 99  
Freistellung von der Arbeitsleistung, 82, 131  
Friedenspflicht, tarifliche, 150  
Fürsorgepflicht, 45

## G

Geheimsprache, 132  
Gesamtbetrachtung, wertende, 8  
Gestaltung des Arbeitsplatzes, 99  
Gesundheitsbonus, 75  
Gewerkschaften, 145  
Gleichstellungsgesetze der Bundesländer für  
    den öffentlichen Dienst, 26  
Gratifikation, 48  
Grund, sachlicher, 39  
Grundrechtscharta der Europäischen Union, 23  
Grundsatz  
    der Tarifautonomie, 143  
    der Tarifeinheit, 144  
    der Verhältnismäßigkeit, 153  
    der vertrauensvollen Zusammenarbeit, 156  
    in § 32 BDSG, 92  
Günstigkeitsprinzip, 146  
Gütetermin, 8

## H

Haustarifvertrag, 145  
Heimarbeiter, 90  
Heimarbeitsgesetz (HAG), 17  
Höchstarbeitszeit, 61  
Höchstdauer-Arbeitsverhältnis, 41  
Höhe der Vergütung, 72

**I**

Individualarbeitsrecht, 2  
Informationspflichten, 47  
Insolvenz, 127  
Insolvenzgeld, 130  
Integrationsamt, 16  
Interesse, berechtigtes, 28  
Interessenabwägung, 120  
Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, 158  
Internet-Auftritt, 93  
Internet und E-Mail, private Nutzung, 88

**J**

Jubiläumszahlungen, 77  
Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG), 16

**K**

Kettenarbeitsverträge, 40  
Kirche, 17  
Klagefrist für Feststellungsklage, 110  
Klagerecht, eigenes, 161  
Kleidung, 49  
Kleinbetriebe, 111  
Koalitionsfreiheit  
    kollektive, 142  
    negative, 143  
    positive, 143  
Krankenversicherung, 152  
Kündigung, 130  
Kündigungserklärung, wirksame, 105  
Kündigungsfrist, 41  
    gestaffelte, 108  
Kündigungsschutz, 157  
    besonderer, 128  
    gesetzlicher, 99  
Kündigungsvermeidungsstrategie, 116  
Kurzarbeitergeld, 71  
Kurzerkrankungen, häufige, 119

**L**

Lebensführung, private, 29  
Lehrmeinung, wissenschaftliche, 5  
Leiharbeitnehmer, 12  
Leistungsträgerklausel, 116  
Lichtbild, 26

Lohnrückstände, 130  
Lohntarifvertrag, 146

**M**

Manteltarifvertrag, 146  
Mehrarbeit, 63  
Meldeverfahren, vereinfachtes, 69  
Minder- oder Schlechtleistung, 120  
Mindesturlaubsanspruch, 79  
Mini-Job, 69  
Missbrauchskontrolle, 112  
Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, 32, 76, 158, 159  
Mitteilungs- und Aufklärungspflichten, 55  
Mobbing-Maßnahmen des Arbeitgebers, 46  
Mutterschaftsgeld, 99  
Mutterschutzgesetz (MuSchG), 99

**N**

Nebentätigkeit, 65

**O**

Öffnungsklauseln, 147  
Organ, 11

**P**

Personalakte, 95  
Personalgespräch, 52  
Pflege, 82  
Pflichtverletzungen, arbeitsvertragliche, 88  
Pflichtverstoß, vorsätzlicher, 56  
Prinzip  
    der betrieblichen Eigenkontrolle, 97  
    der freien Arztwahl, 84  
Probezeit, 41  
Prüfung, zweistufige, 122

**R**

Rahmentarifvertrag, 146  
Recht  
    auf Beschäftigung, 56  
    der abhängigen Arbeit, 1  
    zur Eigenwerbung, 142  
    zur Lüge, 28

Rechtfertigung, soziale, 114  
Rechtsnormen, 146  
Regelaltersgrenze, 104  
Richterrecht, 5  
Richtlinien, unternehmerische, 90  
Rufbereitschaft, 62  
Rüge- und Dokumentationsfunktion, 57  
Ruhezeit, 61

## S

Schäden  
    immaterielle, 21  
    materielle, 21  
Schadensausgleich, innerbetrieblicher, 55  
Schadensersatz, 21, 55  
Scheinselbstständiger, 10  
Schiedsgerichtsverfahren, 8  
Schriftform, 38, 63, 105, 109, 131, 146  
Schwangerschaft, 29  
Schwarzarbeit, 33  
Schwerbehinderte, 16  
Schwerbehinderteneigenschaft, 29  
Selbstständiger, 10  
Solidaritätsstreiks, 150  
Sonderzahlung mit Mischcharakter, 75  
Sonn- und Feiertage, 61  
Sozialauswahl, 116  
Sozialversicherungsrecht, 127  
Spartengewerkschaft, 145  
Sterbebegleitung, 82  
Stichtagsklauseln, 77  
Störung  
    im Verhaltensbereich, 118  
    im Vertrauensbereich, 118  
Suspendierung, 71

## T

Tariffähigkeit, 145  
Tarifvertragsgesetz (TVG), 143  
Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG), 38  
Teilzeitbeschäftigung, 79  
Telekommunikationsgeheimnis, 88  
Tendenzbetriebe, 123  
Tendenztreue, 17

Treuepflicht, 54  
Trinkgeld, 71

## U

Überarbeit, 63  
Übung, betriebliche, 48, 77, 87  
Umdeutung, 109  
Umkehr der Beweislast, 27  
Unkündbarkeitsklauseln, 113  
Unterschrift, 106  
Urlaub, unbezahlter, 81  
Urlaubs- oder Weihnachtsgeld, 77  
Urlaubsantritt, eigenmächtiger, 80

## V

Verdachtsmoment, 124  
Vergleich, 8  
Vergütungsgrundsätze, 71  
Verhältnismäßigkeit, 151  
Verleiher, 12  
Versetzung, 51  
Vertrauensarbeit, 63  
Videoüberwachung am Arbeitsplatz, 93  
Vordienstzeiten, 40  
Vorerkrankungen, 30  
Vorstrafen, 30

## W

Wahlperiode, 155  
Warnfunktion, 57  
Warnstreik, 150  
Wartezeit, 38  
Wettbewerbsverbot, 65, 135  
Widerspruch, 129

## Z

Zahl der Betriebsräte, 155  
Zeitverträge, 40  
Zeugnis, qualifiziertes, 131  
Zeugnisverweigerungsrecht, prozessuales, 97  
Zielvereinbarungen, 76  
Zugang, 107