

Stand: 2006*

Einführung in das

A r b e i t s r e c h t

Von

Dr. iur. Menno Aden*

German labour relations are hedged about with troublesome rules. Die deutsche Arbeitswelt ist von lästigen Regeln umstellt.

The Economist v. 8. Mai 2004

* Professor an der FOM, Essen

Gliederung

I. Grundsätze

1. Rechtsquellen des Arbeitsrechts
2. Was ist Arbeitsrecht?

II. Arbeitsgerichtsbarkeit

III. Warum gibt es ein eigenes Arbeitsrecht ?

IV. Geschichte des Arbeitsrechts

A. Grundlagen

I. Allgemeine Lehren

II. Abgrenzung: Dienstvertrag - Werkvertrag - Arbeitsvertrag

III. Begriff des Arbeitnehmers

1. Kriterien des Arbeitnehmerbegriffs
2. Organmitglieder juristischer Personen

IV. Arbeiter und Angestellte

1. Ausgangspunkt

2. Leitender Angestellte

V. Gliederung des Arbeitsrechts

1. Individualarbeitsrecht

2. Kollektives Arbeitsrecht

VI. Grundrechte im Arbeitsvertrag

B: Individualarbeitsrecht

I. Anbahnung des Arbeitsvertrags

II. Abschluß des Arbeitsvertrages

1. Form

2. Der fehlerhafte Arbeitsvertrag :faktisches Arbeitsverhältnis

3. Willensmängel bei der Begründung des Arbeitsvertrages

a. Grundsatz: Geltung der allgemeinen Regeln

b. Recht zur Lüge

3. Besondere Arbeitsverträge

4. Ausbildungsverhältnis

5. Leiharbeit

III. Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis

1. Grundsätzliches

2. Arbeitszeit

a. Arbeitszeitgesetz

b. Teilzeitarbeit

3. Schadensersatzpflicht des vertragsbrüchigen Arbeitnehmers

4. Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung

5. Weiterbeschäftigungsanspruch

6. Lohnzahlungspflicht

IV. Schutzpflichten aus dem Arbeitsverhältnis

1. Besonderheiten des Urlaubsrechts

a. Bundesurlaubsgesetz

b. Urlaubsgewährung

c. Urlaub trotz Krankheit

2. Nebenpflichten der Arbeitsvertragsparteien

a. Treuepflicht des Arbeitnehmers

b. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

V. Lohnanspruch ohne Arbeit

1. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

a. Grundsatz des § 326 BGB

b. Entgeltfortzahlung als Verlagerung des Lebensrisikos

2. Annahmeverzug des Arbeitgebers

VI. Schadensersatzhaftung des Arbeitnehmers

1. Grundsatz

2. Haftung für schlechte Arbeit

3. Haftung des Arbeitnehmers für gegenüber Dritten/ Arbeitskollegen verursachte Schäden.

VII. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses

1. Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung

2. Empfangsverhinderung

3. Kündigung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses

a. Ordentliche und außerordentliche Kündigung

b. Die Kündigung durch den Arbeitnehmer

c. Andere Beendigungsgründe des Arbeitsverhältnisses

4. Aufhebungsvertrag

VIII. Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber bei Geltung des Kündigungsschutzgesetzes

1. Das Kündigungsschutzgesetz

2. Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes

a. Grundsatz

b. Betriebsbezug

3. Personenbedingte Kündigung
4. Verhaltensbedingte Kündigung
 - a. Grundsatz
 - b. Verdacht auf Straftaten
 - c. Schuldloses Verhalten
 - d. Abmahnung
5. Betriebsbedingte Kündigung; soziale Auswahl
 - a. Grundsatz der sozialen Auswahl
 - b. Abfindungsanspruch
6. Außerordentliche Kündigung
7. Änderungskündigung
8. Massenentlassung

IX. Besonderer Kündigungsschutz

1. Kündigungsschutz nach dem Betriebsverfassungsgesetz
2. Mutterschutz, Erziehungsurlaub
3. Schwerbehinderte

X. Betriebsübergang nach § 613 a BGB

XI.. Befristete Arbeitsverhältnisse

1. Grundsatz
2. Befristung ohne sachlichen Grund
 - a. Zweijahresvertrag
 - b. Gründungsbefristung
 - c. Altersbefristung
3. Begründete Befristung
4. Ende des befristeten Arbeitsvertrages

C. Kollektives Arbeitsrecht

I. Tarifvertragsrecht

1. Grundsatz der Koalitionsfreiheit

- a. Arbeitnehmer
 - b. Arbeitgeber
2. Begriff des Tarifvertrags
3. Inhalt des Tarifvertrages
- a. Schuldrechtlicher Teil des Tarifvertrags
 - b. Normativer Teil des Tarifvertrags

II. Das Arbeitskampfrecht

- 1. Streik
- 3. Die Aussperrung

D. Betriebsverfassungsrecht

I. Einführung

- 1. Grundgedanke des Betriebsverfassungsrechts
- 2. Heutige Problematik
- 3. Reformvorschlag

II. Anwendungsbereich des BetrVG

- 1. Anwendungsbereich und Bedeutung
- 2. Begriffe

III. Der Betriebsrat

- 1. Bildung des Betriebsrates
- 2. Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates
- 3. Mitwirkungsrechte in sozialen Angelegenheiten
- 4. Mitbestimmungsrechte in organisatorischen Angelegenheiten
- 4. Mitbestimmungsrechte in personellen Angelegenheiten
 - a. Grundsatz
 - b. Einzelmaßnahmen
 - c. Mitwirkung bei Kündigungen
 - d. Kündigungsverlangen seitens des Betriebsrates
- 5. Mitbestimmungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten
 - a. Grundsatz

b. Betriebsänderungen

E. Arbeitsschutzrecht

Abkürzungen

ArbG	Arbeitgeber
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbN	Arbeitnehmer
ArbPl	Arbeitsplatz
ArbV	Arbeitsvertrag
BAG	Bundesarbeitsgericht
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)

Anhang I

Prüfungsschema für die Wirksamkeit einer Kündigung bei Geltung des KSchG*

Anhang II

Muster einer Kündigungsschutzklage.

Literatur (Auswahl)

Aden, M.	BGB – Leicht 2. Aufl. 2003
Brox/ Rütters	Arbeitsrecht 15. Aufl. 2001
Schaub	Arbeitsrechtshandbuch 9. Aufl. 2000

* vgl. Prüfungsschema von G. Marscholke in Alpmann/Schmidt

Aufsätze

Kamp, Marcus BB 04, 1496 ff Die unternehmerische Mitbestimmung nach „Überseering“ und „Inspire Act“ (*Fazit: Anwendung dt. MitbestimmungsR ist auf ausländ Rechtsformen nicht möglich; Umgehung also leicht möglich*).

Textausgabe:

Arbeitsgesetze 64. Auflage C.H. Beck Verlag 2004

I. Grundsätze

1. Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Ist gibt kein deutsches Arbeitsgesetzbuch.¹ Quellen des Arbeitsrechtes sind daher neben der selbstverständlichen Geltung des Grundgesetzes, hier insbesondere wichtig der Gleichheitssatz in Art. 3, die Regelung des BGB zum Dienstvertrag sowie Sondergesetze des Arbeitsrechtes. Auch in anderen Rechtsbereichen ist eine wichtige Rechtsquelle die Rechtsprechung, insbesondere die ständige Rechtsprechung der Obergerichte. Diese Rechtsquelle ist für das Arbeitsrecht von überragender Bedeutung. Wesentliche Grundsätze und Kernbegriffe des Arbeitsrechtes², sind nicht im Gesetz geregelt, sondern wurden ohne Gesetz, zum Teil sogar gegen das Gesetz, von der Arbeitsgerichtsbarkeit entwickelt. Das deutsche Arbeitsrecht ist daher in ganz wesentlichen Teilen Richterrecht. Dieses Richterrecht wird zunehmend ergänzt durch europäisches Gesetzes –und Richterrecht.

Das geltende Arbeitsrecht in Deutschland ist daher ein Beweis dafür, daß es auch ohne viele Gesetze geht, vielleicht sogar ein Beweis dafür, daß Gesetze in vielen Fällen nur schaden.

2. Was ist Arbeitsrecht?

Das Arbeitsrecht ist ein Gemenge von Rechtsvorschriften, die zum Teil frei vereinbart werden können, und solchen, die zwingend Anwendung finden, die also auch dann gelten, wenn eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien etwas anderes vorsieht. Das Arbeitsrecht ist daher sowohl Teil des (grds. frei verhandelbaren) bürgerlichen Rechtes als auch des (grds. zwingenden) öffentlichen Rechtes.³

Gesetzlicher Ausgangspunkt des ArbR ist das BGB. Solange keine Spezialvorschrift oder ein allgemein anerkanntes Urteil der Arbeitsgerichte eingreift, gelten die allgemeinen Vorschriften des BGB, und insbesondere §§ 611 ff BGB (Dienstvertrag). Spezialgesetze regeln jeweils Sonderfragen.

Die in der betrieblichen Praxis am häufigsten gebrauchten Gesetze des Arbeitsrechtes sind nach Beobachtungen des Verfassers wohl die folgenden:

¹ Warum eigentlich nicht? In Frankreich gibt es den umfassenden *Code de Travail*, der zT auch Gegenstände regelt, die bei uns im HGB und in der GewerbeO stehen.

² zB Arbeitnehmer und Betrieb; auch das Arbeitskampf recht besteht fast nur aus Richterrecht.

³ Zu den Grundbegriffen des Rechtes und zur Einführung siehe: Aden, BGB - Leicht, Oldenbourg - Verlag, 2001.

Gesetz	Wesentlicher Inhalt
ArbeitszeitG	§ 3 Zwingende Beschränkung der täglichen bzw. durchschnittlichen Arbeitszeit. § 22 Bußgeldandrohung an Arbeitgeber, falls diese überschritten wird.
BetriebsverfassungsgG	§§ 1 ff: Zusammensetzung und Wahl des Betriebsrats. §§ 74 ff; Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer durch den Betriebsrat.
BGB	Es gilt grundsätzlich das gesamte BGB, zB betreffend Zustandekommen und Nichtigkeit von Verträgen. Die Pflichten aus dem Arbeitsvertrag folgen, soweit Spezialregeln fehlen, aus dem BGB. §§ 611 ff sind Grundlage des Arbeitsvertrags.
BundesurlaubsG	§ 3: zwingender Mindesturlaub für Arbeitnehmer von jährlich vierundzwanzig Werktagen, der grds. innerhalb des Kalenderjahres genommen werden muß, § 7.
EntgeltfortzahlungsgG	§ 3 : unentziehbarer Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung bei unverschuldeter Krankheit bis zu sechs Wochen
MutterschutzG + G zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit	§ 3 ff Beschäftigungsverbote für werdende Mütter. § 9 absolutes Kündigungsverbot. §§ 15 f Anspruch auf 3-jährige Elternzeit
TarifvertragsG	Voraussetzungen, Inhalt und Bindungswirkungen des Tarifvertrags
Teilzeit- und BefristungsG	§§ 14 ff: Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines befristeten Arbeitsvertrages

Das praktisch, aber auch sozialpolitisch wichtigste Arbeitsgesetz ist aber wohl das Kündigungsschutzgesetz.

II. Arbeitsgerichtsbarkeit

Die besondere Mischform des Arbeitsrechtes hat den Gesetzgeber veranlaßt, für arbeitsrechtliche Streitigkeiten die ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte vorzusehen, § 2 ArbGG.

1. Instanz: Arbeitsgerichte in praktisch allen größeren Orten, zB Essen.
2. Instanz: Landesarbeitsgericht, LAG, meist für ein ganzes Bundesland, zB LAG Hamm für NRW.
3. Instanz: Bundesarbeitsgericht, BAG, früher Kassel, jetzt Erfurt.

Zunehmend ist auch der Europäische Gerichtshof, EuGH für arbeits- und sozialrechtliche Fragen von Bedeutung

Eine eigene von der sonstigen Gerichtsbarkeit getrennte Arbeitsgerichtsbarkeit ist eine deutsche Errungenschaft oder Eigenheit. In den meisten anderen Ländern werden Fragen des Arbeitsrechtes durch die normale („ordentliche“) Gerichtsbarkeit, wenn auch durch spezialisierte Spruchkörper, entschieden. Das deutsche System ist einerseits problematisch, weil die Einheit des Rechtes, also die theoretisch angestrebte innere Widerspruchslosigkeit der gesamten Rechtsordnung, dadurch gefährdet wird, daß eigene Gerichtszweige eine eigene Rechtskultur aufbauen.

Abgesehen davon aber, daß die Einheit der Rechtsordnung ohnehin ein stillschweigend aufgegebenes Ideal des Bundesverfassungsgerichtes ist, hat eine selbständige Arbeitsgerichtsbarkeit wohl überwiegende Vorteile, jedenfalls solange es das Arbeitsrecht als eigenes Rechtsgebiet gibt.

Die derzeitige (2004) Reformdiskussion in Deutschland betrifft zu einem wesentlichen Anteil das Arbeitsrecht, hier insbesondere Fragen des Kündigungsschutzes und der Erweiterung bzw. Beschneidung der betrieblichen Mitbestimmung. Die Hektik, mit welcher Gesetze überhaupt, insbesondere aber auch auf dem Gebiet des Arbeitsrechtes, fabriziert werden, führt zu immer schlechteren Gesetzen. Die bereits in sich selten klar durchdachten Gesetze sind überdies schlecht auf andere Gesetze auch des Arbeitsrechtes abgestimmt. Unebenheiten und Widersprüche müssen von der Rechtsprechung ausgeglichen werden. Dieses führt dazu, daß das Arbeitsrecht in weiten Teilen eine schwer durchschaubare Materie ist, welche spezialisierte Richter benötigt.

In den Arbeitsgerichten sitzen in allen Instanzen neben den Berufsrichtern paritätisch Vertreter der Arbeitgeber- wie der Arbeitnehmerorganisationen. Im Arbeitsgerichtsprozeß gilt eine besondere Prozeßordnung, das ArbeitsgerichtsG, welches eine Reihe von Vorschriften der grundsätzlich auch hier anwendbaren Zivilprozeßordnung abwandelt.

III. Warum gibt es ein eigenes Arbeitsrecht ?

Die meisten Rechtsgebiete betreffen einzelne Ausschnitte des privaten und gewerblichen Lebens (zB Grundbuchordnung, Bundesjagdgesetz, Erbschaftssteuergesetz usw.). Das Arbeitsleben betrifft in der Regel die gesamte Existenz des Arbeitnehmers. Das Arbeitsrecht regelt daher nicht nur einen bestimmten Ausschnitt, sondern betrifft sein Leben insgesamt. Die meisten Menschen definieren sich zu einem erheblichen Teil über die Arbeit, welche sie tun. Die Arbeitswelt und ihre tägliche Gestaltung strahlt tief in das Privatleben des Arbeitnehmers aus. Das Arbeitsverhältnis ist daher in seiner Bedeutung für den Arbeitnehmer fast mit der Ehe zu vergleichen. Das Arbeitsrecht muß dieser typischen Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer entsprechen.

Vor allem aber ist das Arbeitsverhältnis ein Vertrag zur Erzielung eines wirtschaftlichen Ergebnisses im Unternehmen des Arbeitgebers. Lebenssinn ist gut, aber die Kasse muß stimmen. Das Arbeitsrecht liegt daher in einer wohl einzigartigen Weise in der Schnittstelle der beiden Hauptbereiche, welche das Leben eines Menschen prägen, nämlich

- einmal: Verwirklichung des Lebenssinns durch Tätigkeit im Sinne Goethes oder auch der Religion
- und zum andern: Sicherung der Existenz durch Erwerb von Zahlungsmitteln.

Wie kein anderes Rechtsgebiet umfaßt das Arbeitsrecht also den gesamten Argumentationsrahmen unserer Kultur. Fragen des im Arbeitsrecht besonders

wichtigen Gleichheitssatzes berühren sich mit theologisch-philosophischen Urfragen; und auf der anderen Seite des Spektrums ergeben sich etwa bei der Prüfung der Zulässigkeit einer betriebsbedingten Kündigung ganz realistische und moderne Fragen betriebswirtschaftlicher Kostenrechnung und der DV -gestützten Betriebsorganisation.

Dieser weitgespannte Rahmen des Arbeitsrechtes scheint den Gesetzgeber immer wieder zu überfordern. Schlechte Gesetze, falsch oder politisch verzerrte Wahrnehmung dessen, was gerecht ist, unklare Vorstellungen darüber, welche volks- und betriebswirtschaftlichen Auswirkungen ein Gesetz haben kann, ziehen den eigentlich großartigen Rahmen des Arbeitsrechtes immer wieder in Tiefen und Widersprüche, die den Juristen nicht erfreuen und die den Wirtschaftswissenschaftler oft den Kopf schütteln lassen.

Das Arbeitsrecht ist politiksensibel. Es ist also in besonderer Weise der Spielball von vorgegebenen oder wirklichen sozialpolitischen Interessen.

Beispiel: Das Kündigungsschutzgesetz war ursprünglich nur anwendbar auf Betriebe mit mindestens sieben ständigen Mitarbeitern; 1982 erhöhte die CDU - Regierung die Mindestzahl auf zehn Mitarbeiter; 1997 wurde diese Zahl von der SPD – Regierung auf fünf Mitarbeiter herabgesetzt. Dasselbe Jonglieren mit Zahlen findet man beim Betriebsverfassungsgesetz, bei welchem die derzeitige SPD - Regierung den Gewerkschaften ein Wahlversprechen einlöste und das Betriebsverfassungsgesetzes änderte. Es ist anzunehmen, daß bei einem Wahlsieg der CDU diese Dinge wieder rückwärts gedreht werden, wobei freilich zu befürchten ist, daß niemand in Deutschland den Mut haben wird, das Arbeitsrecht wirklich von Grund auf zu reformieren.

Das KündigungsschutzG ist ein besonders schlagende Beispiel für sozialpolitische oder auch ideologische Zwänge im Gegensatz zu wirtschaftlicher Vernunft. Seit Jahrzehnten ist es bei Wirtschaftswissenschaftlern praktisch unbestritten, daß dieses Gesetz denen nicht hilft, für die es angeblich geschaffen ist, den sozial Schwachen, sondern umgekehrt ausschließlich zugunsten der Starken, der Arbeitsplatzbesitzer, wirkt. Die Gewerkschaften kämpfen erbittert für die Beibehaltung des Gesetzes. Ihr Klientel besteht freilich nicht aus den Arbeitslosen, sondern aus den Arbeitsplatzbesitzern.⁴

Vielleicht wäre es gut, das Arbeitsrecht, das gesamte heute geltende Arbeitsrecht, ersatzlos abzuschaffen. Rechtsfragen aus dem Arbeitsverhältnis würden dann ohne weiteres von den ordentlichen Gerichten nach den Grundsätzen des Zivilrechts entschieden werden. Die hier geltenden und in Jahrhunderten entwickelten Grundsätze von Treu und Glauben wären am Ende besser geeignet, die besonderen Rechtsprobleme des Arbeitsverhältnisses sachgerecht zu lösen als ein Wust von

⁴ Donges/Eekhoff/Franz/Möschel/Neumann (Kronberger Kreis): *Felxibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt*, Schriftenreihe der Stiftung Marktwirtschaft Bd. 41, Berlin 2004.: Nach eine repräsentativen Umfrage unter deutschen Unternehmen im Jahre 2003 ist der gesetzliche Kündigungsschutz die Beschäftigungsbremse Nummer eins. 57% der Befragten haben aus diesem Grunde schon einmal auf Neueinstellungen verzichtet. 70% würden nach einer durchgreifenden Änderung des Gesetzes zusätzliche Arbeitsplätze schaffen.

Gesetzen, die ein unter politischem Druck stehender Gesetzgeber etwa am Heiligabend 2003 noch rasch durchs Plenum zieht⁵.

IV. Geschichte des Arbeitsrechts

Schon im 17. Jahrhundert gab es erste zusammenfassende Darstellungen zum Dienstvertrag und zur rechtlichen Lage der Angestellten. Erste staatliche Eingriffe in die grundsätzlich gegebene Vertragsfreiheit zeigen sich in England, wo durch die *Combination Act* von 1800 das so genannte *Trucksystem*, in welchem die Arbeitnehmer nicht in Geld sondern in Waren entlohnt wurden, verboten wurde.

Im Zuge der Industrialisierung entstanden neue Gefahrenherde für die Arbeitnehmer, so daß im Laufe des 19. Jahrhunderts, parallel zur Industrialisierung des jeweiligen Staates, Arbeitnehmerschutzgesetze erlassen wurden. Ein wichtiger Aspekt des staatlich geprägten Arbeitsrechtes war die Regelung bzw. das Verbot der Kinderarbeit, zum Beispiel das preußische Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Fabriken vom 9. 3.1839.

Die Ziele des Arbeitsrechtes und in der staatlichen Gesetzgebung lassen sich seit dem 19. Jahrhundert bis heute unter drei Punkte fassen:

- Beseitigung krasser Mißstände durch Sicherung von Mindestbedingungen für den Arbeitnehmer: heute Gesetze zum Schutz der Arbeitssicherheit, aber auch Kündigungsschutzrecht usw.
- Ausgleich des Kräfteungleichgewichts zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber durch eine kollektive Ordnung (heute Betriebsverfassungsrecht)
- Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Arbeitnehmer insgesamt: dieses geschieht heute im Rahmen der Tarifvertragshoheit durch Abschluß von Tarifverträgen.

Es hat in den Staaten mehrfach Versuche gegeben, die anschwellende Zahl von Sondergesetzen zum Arbeitsrecht unter einheitlichen Gesichtspunkten in einem Arbeitsgesetzbuch zusammenzufassen. Der letzte Versuch in Deutschland dieser Art ist wohl das *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit* vom 20. Januar 1934. Dieses Gesetz ist naturgemäß durch seine Herkunft aus dem Nationalsozialismus diskreditiert. Einige der dort geregelten Gegenstände wären aber vielleicht auch heute diskussionswürdig, immerhin ist das heutige Kündigungsschutzgesetz eine Fortführung der §§ 56 ff dieses damals ziemlich sozialistischen Gesetzes.

⁵ Vgl. das Datum der Gesetzesänderungen in: Neufassung des KündigungsschutzG, Teilzeit- und BefristungsG, BetriebsverfassungsG !

A: Grundlagen

I. Arbeitsrecht und Sozialrecht

Mehr als ein Drittel der Gesamtbevölkerung und vier Fünftel der erwerbstätigen Bevölkerung sind Arbeitnehmer.⁶ Nach der üblichen Definition ist das Arbeitsrecht ein Sonderrecht (Schutzrecht) für Arbeitnehmer. Das BGB gilt grundsätzlich für alle Arbeitsverhältnisse. Der Arbeitsvertrag unterliegt daher grundsätzlich der Vertragsfreiheit der Parteien, die allerdings durch arbeitsrechtliche Sondergesetze, welche fast immer zwingend sind, stark eingeschränkt wird. Der Zusammenhang kann wie folgt verdeutlicht werden:

BGB und ggfs HGB	+	Meist zwingende Sonderregeln	=	Arbeitsrecht
---------------------	---	---------------------------------	---	--------------

Arbeits- und Sozialversicherungsrecht stehen in einem engen Zusammenhang und werden oft in einem Atemzug genannt. Der Zusammenhang beider Rechtsgebiete ergibt sich im wesentlichen aus drei Punkten:

Erstens: In beiden Rechtsgebieten ist die Hauptzielgruppe der Rechtssetzung der abhängig Beschäftigte. Dieser heißt im Arbeitsrecht Arbeitnehmer. Im Sozialversicherungsrecht wird der Begriff des Arbeitnehmers zwar nicht verwendet, er ist aber von der Definition der sozialversicherungspflichtigen Personen stets auch gemeint, vgl. § 2 SGB IV: *Personen, die gegen Arbeitsentgelt... beschäftigt sind*.

Zweitens: Wenn das Arbeitsrecht nicht weiterhelfen kann, etwa weil ein Arbeitsverhältnis endet und der Arbeitnehmer keine neue Beschäftigung findet, setzt das Sozialrecht ein, insbesondere SGB III (Arbeitsförderung).

Drittens: Auch während des Bestehens von Arbeitsverhältnissen kommen sozialversicherungsrechtliche Fragen in Betracht, zum Beispiel die Haftungsfreistellung des Arbeitgebers gemäß § 104 SGB VII, oder der Eintritt der Krankenversicherung nach Ablauf der im Entgeltfortzahlungsgesetz vorgesehenen Sechswochenfrist.

Das Sozialrecht basiert zwar, ebenso wie das Arbeitsrecht, auf dem Gedanken, daß der abhängig Beschäftigte typischerweise schutzbedürftig ist, wohingegen der Arbeitgeber typischerweise zum Schutz verpflichtet ist, bzw. im Sozialrecht, diesen i.d.R. nicht braucht. Das Sozialrecht setzt daher in mehrfacher Weise die Begriffe des Arbeitsrechtes voraus, hat aber eine andere Stoßrichtung. Im Arbeitsrecht schränkt der Gesetzgeber die grundsätzlich beibehaltene Vertragsfreiheit der Parteien ein. Im Sozialrecht regelt der Gesetzgeber alles alleine.

⁶ Zöllner/Loritz S. 12:

II. Abgrenzung: Dienstvertrag - Werkvertrag - Arbeitsvertrag

Beispiel

A, gelernter Metzger, hat einen Fachbetrieb als Ausbeiner. A wird mit seinen Mitarbeitern im städtischen Schlachthof in München tätig. Der Vertrag wurde von der Stadt gekündigt. A verlangt Schadensersatz bzw. Weiterbeschäftigung. Zu Recht?⁷

Die Grundfigur des Arbeitsrechtes ist der Dienstvertrag gemäß § 611 ff BGB. Der Arbeitsvertrag ist ein modifizierter Dienstvertrag. Erweist sich ein Vertragsverhältnis als etwas anderes als ein Dienstvertrag, so kommen die Regeln des Arbeitsrechtes von vorneherein nicht in Betracht.

Dieses macht sich insbesondere im Vergleich zum Werkvertrag bemerkbar. Im Beispielsfall war die Frage, ob zwischen dem Schlachthof und A ein Werkvertrag oder ein Dienst-/Arbeitsvertrag bestand. Den Werkvertrag konnte der Schlachthof gem. § 649 BGB jederzeit, spätestens aber nach Beendigung der Auftragsarbeit kündigen. Handelte es sich jedoch um ein Arbeitsverhältnis, müßte der Schlachthof nicht nur die Kündigungsfristen gem. § 622 BGB einhalten, sondern auch das Kündigungsschutzgesetz beachten, so daß eine Kündigung nur im Rahmen des § 1 KSchG zulässig gewesen wäre.

Die Abgrenzung zum zwischen Dienst - und Werkvertrag ist nicht immer einfach. Es gelten die allgemeinen Regeln des BGB und der dazu entwickelten Rechtsprechung. Als Faustregel bleibt es bei der Unterscheidung: im Werkvertrag schuldet der Unternehmer einen Erfolg, den er auf eigenes wirtschaftliches Risiko herbeiführen muß; im Dienstvertrag schuldet der Dienstverpflichtete dem Dienstgeber die Bereitstellung seiner Arbeitskraft, damit der Dienstgeber auf sein eigenes wirtschaftliches Risiko davon Gebrauch macht. In dieser Abgrenzung war A im Beispielsfall Werkunternehmer und kein Arbeitnehmer.

III. Begriff des Arbeitnehmers

Beispiel

1. Der Kläger war für den beklagten Rundfunksender (WDR) tätig. Auf Grund einer „Honorar- Vereinbarung“ war der Kläger beauftragt, in einem bestimmten Gebiet zu überprüfen, ob die von den Haushalten bereitgehaltenen Rundfunkgeräte angemeldet waren, gegebenenfalls hatte er auf eine Anmeldung hinzuwirken. In dieser Vereinbarung hieß es ausdrücklich: „Durch diese Vereinbarung wird kein Arbeitsverhältnis begründet“. Die Bekl. kündigte das Vertragsverhältnis fristgemäß. Der Kläger widersprach der Kündigung, weil er Arbeitnehmer des WDR und die Kündigung sozial ungerechtfertigt im Sinne des § 1 KSchG sei.⁸

⁷ BGH v. 25.6.02 NJW 02, 3317: Werkvertrag

⁸ BAG v. 26.5.99 NZA 99,983 f

2. A ist Abteilungsleiter bei Arbeitgeber G. A ist zuständig für den Vertrieb. G möchte den A gerne loswerden. Er kommt daher auf den Gedanken, den A zum Geschäftsführer einer ganz unwichtigen Tochtergesellschaft zu befördern. Nach Ablauf des auf 1 Jahre geschlossenen Geschäftsführervertrages verlängert G den Vertrag nicht. A fragt, ob der Kündigungsschutz genieße.

1. Kriterien des Arbeitnehmerbegriffs

In vielen Vertragsverhältnissen ist die Abgrenzung zwischen einer so genannten freien Mitarbeiterschaft von einem Arbeitsverhältnis schwer. Die Arbeitsgerichtsbarkeit betont stets, daß es auf die Umstände des Einzelfalls ankomme. Eindeutige Kriterien sind daher nicht zu geben. In einem gegebenen Fall ist daher anhand einzelner Kriterien zu prüfen *wie der Geschäftsinhalt objektiv einzuordnen ist* (BAG). Die Schutzbestimmungen des Arbeitsrechtes, hier des Kündigungsschutzgesetzes, gelten nicht für allgemeine Dienstverträge, auch nicht für Werkverträge, sondern nur für Arbeitnehmer in Arbeitsverträgen. Die Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrages ist daher von entscheidender Bedeutung für die Anwendbarkeit des Arbeitsrechtes. Der eigentlich entscheidende Begriff des Arbeitsrechtes ist daher der des Arbeitnehmers, welchem der des Arbeitgebers korrespondiert. Arbeitgeber ist, wer mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt.

Im Beispielsfall 1 war ausdrücklich vereinbart worden, daß es sich nicht um ein Arbeitsverhältnis handle. *Der Status des Beschäftigten richtet sich nicht nach den Wünschen und Vorstellungen der Vertragspartner, sondern danach, wie die Vertragsbeziehung nach ihrem Geschäftsinhalt objektiv einzuordnen ist; denn durch Parteivereinbarung kann die Bewertung einer Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis nicht abbedungen werden.*⁹ Wenn das möglich wäre, könnten die Parteien durch einen schlichten Bezeichnungswechsel das Arbeitsrecht ausschließen. Dessen Zweck ist es aber gerade, dem Arbeitnehmer einen unentziehbaren Schutz zugeben.

Kriterien des Arbeitsvertrages bzw. Arbeitnehmers sind:

Vertrag: Beamte, Soldaten, mitarbeitende Familienangehörige sind daher nicht Arbeitnehmer.

Dienstleistung für einen anderen gegen Entgelt. Wer für sich selber arbeitet, etwa im Rahmen einer Gesellschaft, steht in keinem Arbeitsverhältnis. Problematisch kann jedoch im Einzelfall die Mitarbeit eines Kommanditisten in seiner Gesellschaft sein, wenn er vollständig von den Weisungen der Geschäftsführer abhängig ist. Dasselbe gilt für Vereinsmitglieder, welche für den Verein etwas tun. Der Dienstleistende arbeitet für Rechnung des Dienstgebers, der das unternehmerische Risiko zu tragen hat. Der Franchisevertrag ist kein Arbeitsvertrag, denn der Franchiseunternehmer trägt das wirtschaftliche Risiko seiner Betätigung, auch wenn er hinsichtlich der Gestaltung seines Betriebes vertraglich weitgehend an den Franchisegeber gebunden sein mag.¹⁰

⁹ BAG NZA 94, 169

¹⁰ LAG Bayern BB 97, 1531

Wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit: Die wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstverpflichteten kann zwar eine Rolle spielen, entscheidend ist aber die persönliche Abhängigkeit. Wer auf Grund von Exklusivverträgen wirtschaftlich von einem Hauptabnehmer oder -lieferanten abhängig ist, ist nicht dessen Arbeitnehmer. Die persönliche Abhängigkeit zeigt sich am deutlichsten an der Weisungsgebundenheit des Dienstleistenden hinsichtlich der Ausgestaltung (Art und Weise, Zeit und Ort) der Dienstleistung.

Eingliederung: Das wichtigste einzelne Indiz ist die Eingliederung des Arbeitnehmers in die fremde Betriebsorganisation. Er muß nicht notwendig in den Räumen des Arbeitgebers seine Dienste leisten, entscheidend ist die Einfügung der Arbeitskraft des Arbeitnehmers in den vom Arbeitgeber vorgegebenen Betriebsablauf und die Ein- und Unterordnung unter dessen unternehmerische Ziele.

2. Organmitglieder juristischer Personen

Die gesetzlichen Vertreter von juristischen Personen, zB AG-Vorstand, GmbH-Geschäftsführer, sind keine Arbeitnehmer, vgl. § 5 BetrVG. Dies gilt auch dann, wenn der Organvertreter wegen seiner wirtschaftlichen und persönliche Abhängigkeit eigentlich wie ein Arbeitnehmer einzustufen ist. Das Kündigungsschutzgesetz gilt für diesen Personenkreis nicht, § 14. Der Trick des G in Fall 2 kann daher auch dann funktionieren, wenn die GmbH der Muttergesellschaft durch einen Unternehmensvertrag, § 291 AktG, verbunden und G praktisch ohne eigene Verantwortung für seine GmbH ist.

IV. Arbeiter und Angestellte

1. Ausgangspunkt

Sozialgeschichtlich spielte die Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern eine erhebliche Rolle. Nach einer Faustregel waren Angestellte zur Leistung geistiger und höherer Dienste verpflichtet, während Arbeiter zur Leistung von Diensten mit der Hand verpflichtet waren. Angestellte waren daher die Führungselite der privaten Wirtschaft. Diese traditionelle Unterscheidung ist weitgehend hinfällig geworden. Im Zuge einer allgemeinen Demokratisierung stellen die Angestellten heute die Mehrheit der Arbeitnehmer. Aber auch die Anforderungen an die Berufstätigkeit des so genannten *Arbeiters der Faust* sind derartig gestiegen, daß die traditionelle Unterscheidung nicht mehr gerechtfertigt ist. Sie spielt im Arbeitsrecht praktisch keine Rolle mehr. Die zuletzt noch bestehende Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern im Betriebsverfassungsgesetz ist nach entsprechender Änderung des Gesetzes ebenfalls weggefallen, § 5 Abs. 1.

Die historischen Unterschiede zwischen Angestellten und Arbeitnehmern werden nur noch im Sozialversicherungsrecht konserviert. Angestellte werden zur

Angestelltenversicherung, BfA, versichert, § 132 SGB VI, Arbeiter dagegen zur jeweiligen Landesversicherungsanstalt, LVA, § 127 SGB VI.¹¹

Im Zuge der ausgerufenen Reformen wäre es vermutlich sinnvoll, beide Versicherungssysteme miteinander zu verbinden. Der historische Grund für die Zweispurigkeit ist entfallen.

2. Leitender Angestellte

Auch der leitende Angestellte ist Arbeitnehmer. Auf Grund seiner Nähe zum Arbeitgeber gelten für ihn aber besondere Regeln, insbesondere wie folgt

- das Betriebsverfassungsgesetz gilt grundsätzlich nicht für leitende Angestellte, § 5 III BetrVG:
- die Arbeitszeitenregeln des Arbeitszeitgesetzes gelten nicht, § 18 I Nr. 1
- nur einen eingeschränkter Kündigungsschutz, § 14 KSchG

Im Einzelfall kann es schwierig sein, den leitenden gegen den „normalen“ Angestellten zu definieren. Ausgangspunkt ist § 5 Abs. 3 Betriebsverfassungsg. Hauptkriterium für den leitenden Angestellten ist, daß er *zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt ist.*

V. Gliederung des Arbeitsrechts

Seit jeher wird das Arbeitsrecht in zwei Hauptbereiche unterteilt, nämlich

1. Individualarbeitsrecht

Das Individualarbeitsrecht betrifft den Vertrag des einzelnen Arbeitnehmers mit seinem Arbeitgeber. Der zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geschlossene privatrechtliche Arbeitsvertrag wird durch die Regeln des Individualarbeitsrechts kraft Gesetzes, *ipso iure*, ergänzt. Die Regelungsgegenstände des Individualarbeitsrechts können wiederum unterteilt werden in

aa. Vertragsergänzende Gesetze, zB

- Kündigungsschutz
- Arbeitszeitgesetz
- Entgeltfortzahlung
- Teilzeitbeschäftigung
- Urlaub

bb. Gesetze zum Schutz am Arbeitsplatz, zB

- Recht der Arbeitssicherheit

¹¹ Ab 2005 werden diese Rentenversicherungssysteme zusammengelegt zur *Deutschen Rentenversicherung*

- MutterschutzG
- Jugendarbeitsschutzgesetz
- SchwerbehindertenG

2. Kollektives Arbeitsrecht

Das kollektive Arbeitsrecht regelt das Recht der Arbeitnehmerschaft gegenüber dem einzelnen Arbeitgeber oder der Arbeitgeberschaft. Zu diesem Rechtsbereich gehören insbesondere

- Tarifvertragsgesetz
- Betriebsverfassungsgesetz
- Mitbestimmungsgesetze

VI. Grundrechte im Arbeitsvertrag

Beispiel:

Jungeselle A inseriert im Anzeigenblatt: *Zuverlässige Putzfrau gesucht, keine Ausländerin*. Abwandlung: A betreibt ein Unternehmen für Gebäudereinigung. Bedenken?

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit besagt, daß jeder mit jedem Verträge beliebigen Inhaltes schließen kann, soweit diese nicht gegen Gesetz, § 134 BGB, oder gute Sitten, § 138 BGB, verstoßen. Die Umkehrung dieses Satzes besagt: Niemand ist verpflichtet, mit einer ihm nicht zusagenden Person einen Vertrag irgendeines Inhaltes zu schließen. Dieses gilt grundsätzlich zwar auch im Arbeitsrecht. Die inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien ist im Bereich des Arbeitsrechtes aber typischerweise eingeschränkt.

Die Grundrechte sind Freiheitsrechte des Bürgers gegenüber dem Staat. Der Bürger wird in seinem privaten Verhalten durch die Grundrechte des Grundgesetzes nicht verpflichtet. Es ist daher nichts dagegen einzuwenden, wenn A in seinem privaten Bereich keine Ausländer beschäftigen möchte.¹²

Etwas anderes gilt für Träger öffentlicher Gewalt und Institutionen, welche dem Staat nahe stehen. In der Abwandlung ist diese Anzeige vermutlich bereits heute sittenwidrig. Das Arbeitsrecht ist ein Teil des öffentlichen Rechts insofern, als der Arbeitgeber sich mit seiner gewerblichen Betätigungen nicht im reinen Privatbereich bewegt, sondern sich an die Öffentlichkeit wendet. Es ist streitig, ob und wieweit die Grundrechte im Arbeitsrecht unmittelbare Anwendung finden. Für die Zwecke dieser Darstellung mag es aber genügen, darauf hinzuweisen, daß der Arbeitgeber - und

¹² Obwohl auch dieser Form der Anzeige anscheinend zunehmend Widerspruch erregt und vermutlich durch ein auf europäischer Ebene vorbereitetes Antidiskriminierungsgesetz verboten werden wird.

zwar mit steigender Größe seines Unternehmens immer eindeutiger - unter dieselben Handlungspflichten gestellt wird wie öffentliche Institutionen.

Für öffentlich-rechtliche Arbeitgeber ist die unmittelbare Geltung grundgesetzlicher Regelungen im wesentlichen unstrittig. Aus Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz folgt, daß der Arbeitgeber ausschließlich auf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung bei Einstellung und Beförderung entscheiden soll. Diese Grundsätze haben zwar auch im Verhältnis zu einem privatrechtlichen Arbeitgeber ihre Bedeutung. Dieser wird bereits aus eigenem Interesse hiernach handeln. Der Unterschied liegt darin, daß der abgewiesene Bewerber gegenüber der öffentlich-rechtlichen Institutionen den Rechtsweg beschreiten kann, wenn er der Meinung ist, daß seine fachliche Eignung falsch beurteilt wurde,¹³ während der Bewerber eines privaten Arbeitgebers sich mit dem negativen Bescheid - jedenfalls grundsätzlich - zufrieden geben muß.

¹³ Dieses führt im öffentlichen Recht, auch im Dienstrecht für Beamte, zu der eigentümlichen Rechtsfigur der Konkurrentenklage. ZB: Regierungsdirektor R soll auf die frei gewordene Stelle eines Ministerialrats befördert werden; K, ebenfalls Regierungsdirektor und mit, wie ein meint, größerer Erfahrung, möchte an Stelle von K befördert werden. K kann auf Beförderung klagen und eine einstweilige Verfügung des Verwaltungsgerichts dahin erwirken, dass die Beförderung des R bis zur Entscheidung des Rechtsstreits zu unterbleiben habe.

B: Individualarbeitsrecht

I. Anbahnung des Arbeitsvertrags

Beispiel

Kläger K ist ein männlicher Jurist. Die Beklagte ist eine Stadt in Nordrhein-Westfalen. Diese schrieb folgende Stelle öffentlich aus: *Bei der Stadt P ist die neu eingerichtete Teilzeitstelle einer Gleichstellungsbeauftragten zu besetzen.* K bewarb sich auf diese Stelle und erhielt den Bescheid, daß die Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten nur von einer Frau wahrgenommen werden könne, die Bewerbung des Klägers daher nicht berücksichtigt werden könne. K fühlt sich diskriminiert und klagt auf Einstellung, hilfsweise auf Schadensersatz.¹⁴ Zu Recht ?

§ 611a Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt: *Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei der Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses,.... nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen.* Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist gemäß Satz 2 nur zulässig, soweit das Geschlecht eine unverzichtbare Voraussetzung für die betreffende Tätigkeit ist. Gem. § 611 b muß bereits die Ausschreibung geschlechtsneutral erfolgen. Das Verbot der Ungleichbehandlung wegen der Zugehörigkeit zu einem Geschlecht oder einer bestimmten gesellschaftlichen Gruppe folgt für das Arbeitsrecht nicht erst aus dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes, sondern unmittelbar aus dem BGB. Gegen diesen Grundsatz hatte die Beklagte im Beispielsfall offenbar verstoßen.¹⁵

Als Rechtsfolge des Verstoßes gegen diese Vorschrift gibt das Gesetz in keinen Einstellungsanspruch, sondern nur einen Schadensersatzanspruch gem. § 611 a Abs. 2 BGB. Eine effektive Rechtsdurchsetzung dieser gut gemeinten Vorschrift scheitert in der Regel an der Beweisbarkeit. Der Bewerber hat nachzuweisen, daß er (nur) *hierdurch benachteiligt* (also: durch die geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung) wurde, daß er also auf Grund seiner sonstigen Qualifikation die Stelle erhalten hätte. Daran ließ das Bundesarbeitsgericht die Klage letztlich scheitern. Selten wird ein Arbeitgeber so dumm sein wie die Beklagte hier, einem Bewerber ausdrücklich zu sagen, daß er wegen seiner Geschlechtszugehörigkeit nicht in Betracht komme. Die Vorschrift ist daher im Ergebnis wohl kaum mehr als eine politische Proklamation.

II. Abschluß des Arbeitsvertrages

¹⁴ BAG v. 11.98 NZA 99, 371

¹⁵ Das Gericht hatte noch des näheren dargelegt, dass ein Ausnahmefall des § 611 a I Satz 2 (unverzichtbare Voraussetzung) nicht vorliege; es sei durchaus denkbar, dass auch ein Mann die Aufgaben der Gleichstellungsstelle ausfüllen könne. Damit hatte das Gericht sicherlich recht, auch wenn es offensichtlich an der politischen Wirklichkeit vorbeizielte.

1. Form

Verträge sind im Grundsätzlich formlos gültig. Das gilt an sich auch für Arbeitsverträge. Arbeitsverträge können daher weiterhin mündlich abgeschlossen werden und sind mit dem mündlich vereinbarten Inhalt verbindlich. Aber aufgrund § 2 des Nachweisgesetzes vom 20. Juli 1995 ist in der Arbeitgeber zwingend ,§ 5, verpflichtet, *spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen.*

Die Vorschrift soll in erster Linie der Rechtssicherheit dienen; der Verfasser vermutet jedoch, daß sie im wesentlichen der Überwachung dienen soll, damit die Behörden feststellen können, welche Arbeitsverhältnisse sozialversicherungspflichtig sind.

2. Der fehlerhafte Arbeitsvertrag :faktisches Arbeitsverhältnis

Beispiel

Asylant A hält sich ohne Aufenthaltsgenehmigung in Deutschland auf, natürlich hat er auch keine Arbeitsgenehmigung. Es gelingt ihm, sich für seinem gleichnamigen Vetter auszugeben, welcher sich mit Arbeitserlaubnis in Deutschland befindet, und nimmt eine Arbeitsstelle bei G an, welche er auch ordentlich ausfüllt. Die Fremdenpolizei stellt nach 6 Monaten den Schwindel fest, A wird ausgewiesen. A verlangt seinen Lohn. G meint, er brauche A keinen Lohn zu zahlen, jedenfalls habe A keinen Urlaubsanspruch erworben. Zu recht?

Das Arbeitsverhältnis ist gemäß § 134 BGB ungültig. Auch ohne gültigen Arbeitsvertrag entstehen aber Pflichten *als ob* nur aufgrund der Tatsache, daß A wirklich, faktisch, gearbeitet hat. Es entstehen im *faktischen Arbeitsverhältnis* grundsätzlich dieselben Ansprüche, die auch auf Grund eines gültigen Arbeitsvertrages entstanden wären, also nicht nur Lohn, sondern auch Urlaubsanspruch usw.

Für die Zukunft jedoch entfallen Rechte und Pflichten. Arbeitgeber (auch der Arbeitnehmer) können sich jederzeit auf die Ungültigkeit Arbeitsverhältnisses berufen, eine Kündigungsfrist muß nicht eingehalten werden.

3. Willensmängel bei der Begründung des Arbeitsvertrages

Beispiel

1. Lizenzfußballspieler L unterschreibt bei dem angesehenen V-Verein einen neuen Vertrag. V erfährt später, daß L einmal wegen Doping gesperrt war und will anfechten.¹⁶ L beruft sich auf Kündigungsschutz. Zu Recht?

2. Klägerin K wird vom Arbeitgeber G als Sachbearbeiterin in einem Labor angestellt, wo sie mit infektiösem Material in Berührung kommt. Schwangere Frauen dürfen an dieser Arbeitsstelle nicht beschäftigt werden. Im Einstellungsgespräch wies K den G nicht auf ihre bereits bestehende Schwangerschaft hin, obwohl ihr bewußt war, daß das schwangerschaftsbedingte Beschäftigungsverbot in den ersten Monaten des Arbeitsverhältnisses der vertragsgemäßen Beschäftigung entgegenstand. G ficht den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an.¹⁷ Zu Recht?

a. Grundsatz: Geltung der allgemeinen Regeln

Für den Arbeitsvertrag gelten die allgemeinen Regeln des BGB über das Zustandekommen von Willenserklärungen und Verträgen. Die zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses ausgetauschten Willenserklärungen können daher gem. § 104 ff BGB ungültig sein (zB der Arbeitnehmer/Arbeitgeber ist minderjährig oder sogar geisteskrank), sie können aber auch, nachdem sie zuvor gültig geworden sind, gem. § 119 (Irrtumsanfechtung) oder § 123 (Anfechtung wegen Täuschung oder Drohung) vernichtet werden. Naturgemäß kann ein Arbeitsverhältnis, welches bereits in Kraft gesetzt worden ist, nicht rückwirkend ungeschehen gemacht werden. Die Anfechtung wirkt daher entgegen der gesetzlichen Regelung, § 142 BGB, nicht zurück, sondern nur ab Zugang der Erklärung (*ex nunc*).

Das Vertragsverhältnis eines Lizenzfußballspielers mit seinem Verein ist Arbeitsvertrag. Im 1. Beispiel kommt also in Betracht, daß V den Arbeitsvertrag mit L anfechtet, und zwar gem. § 119 Abs. 2 (Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person). Die Umstände entscheiden, ob der frühere Dopingfall noch jetzt eine *wesentliche* Eigenschaft in Bezug auf L ist. Der BGH hat das in dem entschiedenen Fall bejaht.

Die Anfechtung vernichtet den Vertrag. Da es sich nicht um eine Kündigung handelt, kann L sich nicht auf das Kündigungsschutzgesetz berufen.

b. Recht zur Lüge

Im 2. Beispiel hat K eine sie betreffende Eigenschaft verschwiegen, welche, wie sie wußte, für G von entscheidender Bedeutung war. Arglistige Täuschung kann nicht nur durch direkte Lüge verübt werden, sondern auch - das ist praktisch sogar der häufigste Anwendungsfall - durch Verschweigung von Tatsachen, zu deren Offenbarung man aufgrund von Gesetz oder Vertrag verpflichtet ist.

¹⁶ vgl. BGH NJW 76, 565

¹⁷ LAG Hamm v. 1.3.99 DB 99, 2114

Eine arglistige Täuschung liegt nicht vor, wenn keine Verpflichtung zur Offenbarung der Wahrheit besteht. Nur Frauen kann die Frage nach der Schwangerschaft gestellt werden. Nur Frauen kommen also unter den Druck, hierüber eine Aussage machen zu müssen und zu riskieren, daß der Arbeitgeber wegen der damit verbundenen Kosten doch lieber einen Mann einstellt. Es ist daher heute anerkannt, daß Frauen die Frage nach der Schwangerschaft nicht beantworten müssen. Folglich müssen Sie diese Frage auch nicht von sich aus ansprechen.

Was aber gilt, wenn der Arbeitgeber die Frage dennoch stellt? Die Verweigerung der Antwort, wird dem Arbeitgeber entsprechende Rückschlüsse aufdrängen; die Wahrheit über die bestehende Schwangerschaft kann leicht zum „Aus“ für die Frau führen. Die Rechtsprechung erlaubt daher der Frau, auf die Frage nach der Schwangerschaft die Unwahrheit zu sagen.

Wenn man sich auf diesen Weg begibt, bleibt auch in dem krassen Fall 2 keine andere Möglichkeit, als die Unwahrhaftigkeit der K auch hier zu sanktionieren. Die Besonderheit im Fall 2 bestand zusätzlich darin, daß die Schwangerschaft es der K von vornherein unmöglich machte, die Pflicht, welche sie mit dem Vertrag übernahm, zu erfüllen. Das LAG führte unter Berufung auf Urteile des Bundesarbeitsgerichtes und europäisches Recht aus: *Es ist dem Beklagten verwehrt, den Arbeitsvertrag v. 1.4. 98 wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Eine erfolgreiche Anfechtung würde eine unzulässige Diskriminierung der Kl. wegen ihres Geschlechtes darstellen. Die am 1.4.1998 bei Vertragsabschluß bestehende Schwangerschaft durfte die Bekl. nicht zum Anlaß nehmen, gegen eine Einstellung der Kl. zu entscheiden. Dementsprechend war die Kl. nicht verpflichtet, die Schwangerschaft von sich aus zu offenbaren.*

Auch sonstige Fragen nach dem privaten Leben sind nur zulässig, und müssen daher nur dann wahrheitsgemäß beantwortet werden, wenn sie in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der in Aussicht genommene Arbeitsstelle stehen.

Der Verfasser hält in dieser Rechtsprechung für verfehlt. Lüge bleibt Lüge - es ist problematisch, eine Unwahrheit rechtlich zu legitimieren, um angeblich höhere Rechtsgüter (hier: Gleichbehandlung von Mann und Frau) durchzusetzen. Die Lösung dieser Fälle sollte anders gesucht werden. Die Frau kann auf die unzulässige Frage schweigen. Wenn der Arbeitgeber eine unzulässige Frage stellt und Bewerber/ Bewerberin die begehrte Stelle nicht erhält, so kann im Sinne einer gesetzlichen Vermutung unterstellt werden, daß die Entscheidung des Arbeitgebers auf unzulässigen Gründen beruhte. Der abgewiesene Bewerber hätte dann einen Schadensersatzanspruch gem. § 611 a Abs. 2.

4. Ausbildungsverhältnis

Das Ausbildungsverhältnis ist ein Sonderarbeitsverhältnis, auf welches grundsätzlich die Regeln des Arbeitsrechtes anzuwenden sind, § 3 Abs. 2, nicht aber die besonderen Vorschriften zum Schutz des Arbeitnehmers. Es gilt das BerufsbildungsG vom 14. August 1969. das Bildungsverhältnis ist kraft Gesetzes ein

befristetes Arbeitsverhältnis. Es beginnt mit der Probezeit und endet mit dem Ablauf der Ausbildungszeit, § 14.

Dieses Gesetz gibt anders als sonst im Arbeitsrecht Anweisungen für die inhaltliche Gestaltung des Arbeitsvertrages, § 4. Der Vertrag muß schriftlich sein.

Das Ausbildungsverhältnis kann während der Probezeit, § 13, gekündigt werden. Nach deren Ablauf ist eine Kündigung seitens des Arbeitgebers nur aus wichtigem Grunde möglich; der Auszubildende kann mit einer Frist von vier Wochen kündigen, § 15.

Der Auszubildende hat gem. § 10 einen Anspruch auf eine *angemessene Vergütung*. Die Vergütung ist auch zu bezahlen für die Zeiten der Freistellung für den Berufsschulbesuch, § 7, und bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn der Auszubildende etwa durch Krankheit unverschuldet verhindert ist, sollte Pflichten zu erfüllen, § 12.

5. Leiharbeit

Beispiel

A in Essen – Nord hat einen Baubetrieb, in welchem er 50 Mitarbeiter beschäftigt. Sein Vetter V in Essen – West hat ebenfalls einen Baubetrieb ähnlicher Größe. A leidet seit einiger Zeit an Auftragsmangel und kann die Mitarbeiter 1 – 20 nicht beschäftigen. V hingegen hat eine gute Auftragslage und benötigt 20 Mitarbeiter. A tritt dem V daher seinen Anspruch auf Dienstleistung gegenüber den Mitarbeitern 1-20 ab. Geht das?

Das Arbeitsverhältnis ist ein Vertrag, in welchem der Arbeitnehmer zur Leistung höchstpersönliche Dienste verpflichtet wird. Der Anspruch des Arbeitgebers auf Dienstleistung ist grundsätzlich nicht übertragbar. Gesetzlicher Ausgangspunkt hierfür ist § 399 BGB, wonach einer Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn die Leistung einem anderen Gläubiger *nicht ohne Veränderung ihres Inhalts* erbracht werden kann. Die von A und V angedachte Lösung geht daher so nicht.¹⁸

Das Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (ArbeitnehmerüberlassungsG - AÜG) vom 3. Februar 1995 trifft, rechtssystematisch gesehen, eine Ausnahme von § 399 BGB. Die Überlassung von Arbeitnehmern, also die Übertragung der Ansprüche auf Dienstleistung auf einen Dritten wird daher grundsätzlich für zulässig erklärt, allerdings besteht sie unter einem Erlaubnisvorbehalt: die Arbeitnehmerüberlassung ist nur mit behördlicher Erlaubnis, § 1, zulässig. Für die Erlaubnis ist die Bundesagentur für Arbeit zuständig, § 17. Der

¹⁸ Möglich ist allerdings, in das A von V als Subunternehmer eingesetzt wird. Das ist jedoch keine arbeitsrechtliche Frage, denn A bliebe Arbeitgeber. Ob diese Lösung praktisch in Betracht kommt, entscheidet sich nach den Verträgen, die V mit seinen Auftraggebern hat.

Vertrag inzwischen Verleiher und Entleiher, rechtssystematisch ein Mietvertrag, denn es handelt sich ja um einen entgeltlichen Vertrag, bedarf der Schriftform, § 12.

Die Leiharbeitnehmer sind Arbeitnehmer des Unternehmers (Verleihers). Werden sie in den Betrieb des Entleihers entsandt, werden sie nicht dessen Mitarbeiter. Leiharbeitnehmer können in dem Betrieb, in welchen sie entsandt werden, nicht zum Betriebsrat gewählt werden, § 14 Abs. 2, denn sie bleiben Angehörige des Verleihbetriebes und sind gegebenenfalls dort aktiv und passiv wahlberechtigt.

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz versuchten zwei miteinander im Widerstreit bestehende Interessen auszugleichen. Einerseits erfordert eine moderne Wirtschaft flexible Einsatzmöglichkeiten von Arbeitskräften. Andererseits soll das Arbeitnehmerschutzrecht, insbesondere das KSchG, nicht unterlaufen werden. Das wäre leicht möglich, wenn der Entleihbetrieb selbst stets weniger als fünf ständige Mitarbeiter hat und im Übrigen nur mit entstehenden Arbeitnehmern Leistungen erbringt. Das unternehmerische Risiko, Arbeitnehmer auch dann beschäftigen und bezahlen zu müssen, wenn wenig zu tun ist, könnte dann wesentlich auf die Arbeitnehmer verlagert werden.¹⁹ Ein Bereich, in welchem sich insbesondere das letztere Risiko verwirklichen kann, im Baugewerbe, ist daher die gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich unzulässig, § 1 a.

Die weiteren Voraussetzungen, unter welchen nach diesem Gesetzarbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig stattfinden kann, wirken bürokratisch überfrachtet und zeugen von dem Wunsch des Gesetzgebers, sich einerseits wirtschaftspolitisch waschen zu lassen, sich aber sozialpolitisch nicht naß zu machen. Es ist anzunehmen, jedenfalls anzuraten, daß dieses Gesetzes in der nächsten Zeiten grundlegend überarbeitet wird, um es in einer modernen Wirtschaft wirklich einsetzbar zu machen.

III. Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis

1. Grundsätzliches

Beispiel:

1. Polier P erteilt dem Lehrling L den Auftrag, zum Freitagnachmittag im Getränkemarkt einen Kasten Bier zu besorgen. L meint, das gehöre nicht zu seinen Aufgaben und weigert sich. Muß er in der Weisung folgen?

2. Die mit Arbeitserlaubnis in Deutschland lebende Syrerin S, mohammedanischen Glaubens, ist in dem Warenhaus des W als Kosmetikberaterin angestellt. Einige Zeit nach Inkrafttreten des Arbeitsverhältnisses entdeckt S bei sich eine Zunahme ihres Glaubens und entschließt sich, zum Dienst ein Kopftuch zu tragen, wie sie glaubt, daß es ihre Religion vorschreibe. W fordert von ihr, während der Kundenberatung das Kopftuch abzunehmen. Als S sich weigert, kündigt W.²⁰ Zu Recht?

¹⁹ Ob dieses in der betrieblichen Praxis wirklich ein Risiko wäre, steht dahin.

²⁰ BVerfG v. 30.7.03 NZA 03, 959

Die Hauptpflicht des Arbeitnehmers ist die Arbeitspflicht. Diese wird durch Absprachen, im übrigen durch Gesetz, Tarifvertrag und gegebenenfalls Betriebsvereinbarungen im Einzelnen bestimmt. Im täglichen Vollzuge des Arbeitsvertrages wird die Arbeitspflicht durch Weisungen des Arbeitgebers (**Weisungs- oder Direktionsrecht**) konkretisiert. Der Arbeitnehmer hat den Anweisungen des Arbeitgebers im Rahmen der beschriebenen Vertragspflichten nach Treu und Glauben, § 242 BGB, zu gehorchen. Tut er es nicht, setzt er sich dem Vorwurf der Arbeitsverweigerung aus, welcher nach Abmahnung den Arbeitgeber zur Kündigung berechtigt. Voraussetzung ist aber, daß die Weisung des Arbeitgebers ebenfalls im Rahmen der beschriebenen Vertragspflichten nach Treu und Glauben ergeht.

Im ersten Beispiel stellt sich die Frage, ob es zu den Aufgaben eines Lehrlings gehört, Bier zu holen. Die Frage, so gestellt, ist vermutlich zu verneinen. Man kann die Frage auch anders stellen: darf der Vorgesetzte dem Lehrling Weisungen erteilen, die zwar nicht unmittelbar mit seinem Ausbildungsziel zusammenhängen, die aber das kollegiale Zusammenleben der Betriebsgruppe fördern? Diese Frage ist zu bejahen. L wird sich aber weigern dürfen, wenn er ständig zu Boten- und Besorgungsgängen geschickt wird.

Ähnlich ist für den Fall 2 anzusetzen. Es ist zu prüfen, ob W der S Weisung erteilen darf, während des Kundenkontakts keine Kopfbedeckung zu tragen. Aus dem Arbeitsvertrag, welcher durch die Wertentscheidung des Grundgesetzes ergänzt wird, sowie aus ergänzenden Erwägungen, welche aus § 242 BGB folgen, ergibt sich, daß der Arbeitgeber auf verständige Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen hat. Die Religionsfreiheit ist gem. Art. 4 Abs. 2 Grundgesetz geschützt, so daß auch die Muslimin ihren Glauben grundsätzlich jederzeit frei, und sogar aktiv, vertreten kann, auch am Arbeitsplatz.

Aber auch S darin ihre Rechte nur so ausüben, daß die verfassungsmäßig geschützten Rechte des W nicht beeinträchtigt werden. W hat einen Anspruch darauf, daß seine unternehmerischen Ziele nicht durch unangebrachte Glaubensaktivitäten beeinträchtigt werden. Das Recht hat daher die kollidierenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Das BVerfG kam zu dem erstaunlichen Ergebnis, daß das Recht der S, am Arbeitsplatz ein Kopftuch zutragen, das wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers überwiege.²¹

2. Arbeitszeit

²¹ Diese nach Meinung des Verfassers völlig verfehlt Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist hier nicht im Einzelnen zu kommentieren. Der schwerste Fehler des Bundesverfassungsgerichts in dieser Entscheidung liegt darin, nicht geklärt zu haben, inwieweit das Tragen eines Kopftuchs von der islamischen Religion (gegebenenfalls von welcher Sekte?) als verpflichtend angesehen wird. Im Koran steht dazu jedenfalls nichts. Das BVerfG und die vielen eifrigen Diskutanten in dieser Frage übersehen die einfache Weisheit, dass Verbotenes Spaß macht. Es macht offenbar bestimmten mohammedanischen Einwanderern Spaß, die westliche Öffentlichkeit mit solchen Dingen zu provozieren und sich daran zu freuen, das die selbst glaubenslos gewordenen Richter aus lauter Unsicherheit solche Manifestationen für echte Glaubensinhalte halten.

a. Arbeitszeitgesetz

Um 1900 waren 60 Wochenarbeitsstunden in Deutschland normal. 1995 betrug die regelmäßige Wochenarbeitszeit 38,8 Stunden. Hinzu kommen erhebliche Erleichterungen durch Urlaubsverlängerung. Im Rahmen der Vertragsfreiheit können die Parteien des Arbeitsverhältnisses die Arbeitszeit grundsätzlich frei bestimmen. Unter demselben Gesichtspunkt spricht auch nichts dagegen, daß Arbeitnehmer und Arbeitgebers „vereinbaren“, daß der Arbeitnehmer mal eben einige Stunden dranhängt. Es liegt aber auf der Hand, daß eine solche Vertragsfreiheit in vielen Fällen zu Lasten des Arbeitnehmers geht, der sich dem Arbeitgeber fügt. Das Arbeitszeitgesetz v. 6. Juni 1994²² versucht, dem entgegenzuwirken, indem ein Arbeitgeber mit Ordnungsgeldern bedroht wird, §§ 22 f, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig die gesetzlich vorgeschriebene Höchstarbeitszeit überschreiten läßt.

Gem. § 3 darf *die werktägliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers acht Stunden nicht überschreiten*. Die Arbeitszeit darf auf zehn Stunden/Tag verlängert werden, sie darf aber im Durchschnitt von sechs Monaten 8 Stunden nicht überschreiten; es ist also bei gelegentlicher Überschreitung des Achtsturentages ein Freizeitausgleich zu gewähren.

Gem. § 7 können in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen abweichende Regelungen getroffen werden, die jedoch besonders begründet werden müssen. § 14 erlaubt *bei vorübergehenden Arbeiten und in Notfällen und in außergewöhnlichen Fällen, die unabhängig vom Willen der Betroffenen eintreten und deren Folgen nicht auf andere Weise zu beseitigen sind*, eine Überschreitung der genannten Stundenzahlen. In solchen Fällen kann also der Arbeitgeber auch einmal eine Verlängerung der täglichen Arbeitszeit über zehn und 12 Stunden hinaus anordnen.

b. Teilzeitarbeit

Mit dem Gesetz über die *Teilzeitarbeit- und befristete Arbeitsverträge* vom 21. Dezember 2000 will der Gesetzgeber die Teilzeitarbeit fördern und die Diskriminierung von teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern gegenüber dem Vollzeitbeschäftigten verhindern. Der Begriff des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers ergibt sich aus § 2 des Gesetzes. Dieser ist ein Arbeitnehmer, *dessen regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als die eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers*.

Ausprägung des Diskriminierungsverbotes ist es, daß der Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer gem. § 9 einen Anspruch auf Erhöhung seiner Stundenzahl hat, wenn eine entsprechende Stelle frei wird. Umgekehrt hat der vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer gem. § 8 Abs. I einen Anspruch darauf, daß seine *vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird*, allerdings nur, *soweit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen*, § 8 Abs. 4. Diese betrieblichen Gründe sind in § 8 Abs. 4 Satz 2 im Einzelnen ausgeführt.

²² Vorläufer war die ArbeitszeitO v. 30. 4. 38

3. Schadensersatzpflicht des vertragsbrüchigen Arbeitnehmers

Beispiel

Arbeitgeber G hat den Betriebswirt B zum 1.4. für 50.000 Euro/a eingestellt, damit dieser ein Angebot, welches G am 30. 4. abgeben muß, nachkalkuliert. B erhält von dem Konkurrenten des G, K, ein besseres Angebot und fängt am 1.4. bei diesem an. G führt die Nachkalkulation mit seiner Notbesetzung durch. Dadurch kommt es zu einem Fehler, der bei Anwendung normaler Sorgfalt eines gelernten Betriebswirts vermieden worden wäre. G erleidet einen Schaden von 20.000 Euro. Ansprüche des G gegen N?

Der Arbeitsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des BGB. Der Arbeitnehmer (natürlich auch der Arbeitgeber) haftet daher für den Schaden, der dem Vertragspartner daraus entsteht, daß er seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllt. Die Pflicht zur Arbeitsleistung ist eine höchstpersönliche Verpflichtung. Diese kann als solche nicht vollstreckt werden. Der Gerichtsvollzieher kann also den vertragsbrüchigen B nicht verhaften und zwecks Ableistung seiner Arbeitspflicht auf seinen Arbeitsplatz bei G setzen, vgl. § 888 ZPO. B hat aber dem G seinen Schaden zu ersetzen, § 283 BGB, weil er die Erfüllung seiner Arbeitspflicht selbst unmöglich gemacht hat, § 275.

Vergleichbares gilt für den Verzug, wenn also der Arbeitnehmer seine Arbeit schuldhaft zu spät anbietet.

4. Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung

Beispiel

A befindet sich in einem unkündbaren Arbeitsverhältnis bei evgl.- luth. Landeskirche M. Landesbischof B will den A unbedingt loswerden. B erklärt dem A : *Wenn Sie darauf bestehen, weiterhin hier beschäftigt zu sein, werde ich dafür sorgen, daß Sie nichts zu tun haben und in Ihrem Büro den ganzen Tag Zeitung lesen können!*²³ A fragt, ob und gegebenenfalls was er unternehmen kann.

Der Arbeitnehmer ist nicht nur zur Arbeit verpflichtet, er ist auch berechtigt, die vertraglich vereinbarte Arbeit zu leisten. Dieses folgt aus Art. 1 und Art. 2 Grundgesetz. Es langt grundsätzlich nicht, daß der Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung bekommt; das Arbeitsverhältnis ist mehr. Mit zunehmender hierarchischer Ebene oder Qualifikation des Arbeitnehmers ist die Arbeitsleistung auch Ausprägung der grundgesetzlich geschützten freien Entfaltung der

²³ Ein Fall aus dem echten Leben.

Persönlichkeit. Solange das Arbeitsverhältnis besteht, also auch nach Kündigung bis zur effektiven Beendigung des Vertrages, hat der Arbeitnehmer grundsätzlich einen Beschäftigungsanspruch und zwar auch unter dem Gesichtspunkt, daß er sich im Hinblick auf eine künftige berufliche Neuorientierung seine Praxis erhalten muß.

Im wirklichen Leben wird es außerordentlich schwierig sein, den Beschäftigungsanspruch durchzusetzen. Formalrechtlich ergibt sich folgendes: A kann mit einer einstweiligen Verfügung, gegebenenfalls Klage, vor dem Arbeitsgericht, M verpflichten, die Organisationsabläufe so zu gestalten, daß er im Rahmen seines Arbeitsvertrages angemessen an den Entscheidungsabläufen beteiligt wird. Diese Pflichten können dadurch vollstreckt werden, daß das Arbeitsgericht der M unter Androhung von Strafgeldern die entsprechende Auflagen macht.

5. Weiterbeschäftigungsanspruch

Die Kündigung beendet mit ihrer Gültigkeit das Arbeitsverhältnis. Es kommt in Betracht, daß der Arbeitnehmer der Kündigung widerspricht. Ob eine Kündigung gültig ist oder nicht, zeigt sich daher gegebenenfalls erst nach längerer Zeit, wenn der Arbeitsgerichtsprozeß rechtskräftig entschieden ist. Wird die Kündigung vom Gericht schließlich für rechtmäßig erklärt, gilt das Arbeitsverhältnis als von dem entsprechende Datum an als beendet. Wird die Kündigung vom Gericht rechtskräftig als ungerechtfertigt erkannt, dauert das Arbeitsverhältnis bis auf weiteres an.

In vielen Fällen hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, daß der Arbeitnehmer bereits mit Ausspruch der Kündigung, spätestens aber mit Ablauf der Kündigungsfrist, seine Tätigkeit einstellt. Er wird dann von der Arbeit freigestellt. Rechtlich ausgedrückt: der Arbeitgeber verzichtet auf die Dienstleistung des Arbeitnehmers und kommt, falls dieser seine Dienstleistung dennoch anbietet, in den Annahmeverzug.

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer aber bis zur rechtskräftigen Entscheidung einen Weiterbeschäftigungsanspruch, wenn überwiegende Gründe dafür sprechen, daß die Kündigung als ungerechtfertigt erkannt werden wird. Ein solcher Fall ist in § 102 Abs. 5 BetrVG geregelt: *Hat der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung ordnungsgemäß widersprochen und hat der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so muß der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen.*

Der Arbeitnehmer muß dieses Verlangen nicht stellen! Tut er es nicht, kann er geduldig warten, bis der Prozeß rechtskräftig entschieden ist. Geht der Prozeß dann zu seinen Gunsten aus, hat sich der Arbeitgeber für die gesamte Dauer des Prozesses, der über drei Instanzen vielleicht mehrere Jahre dauern kann, im Annahmeverzug befunden, so daß er gem. § 615 BGB für die vergangene Zeit den Lohn nachbezahlen muß. Hat der Arbeitnehmer in der Zwischenzeit verdient, möglichen Verdienst unterlassen oder Arbeitslosenunterstützung bezogen, wird verrechnet.

Wird aber der Arbeitnehmer auf Grund seines Verlangens weiterbeschäftigt, wird er in jeder Hinsicht wie ein normaler Arbeitnehmer behandelt.

Auf Antrag des Arbeitgebers kann das Arbeitsgericht ihn dieser Weiterbeschäftigungspflicht befreien, etwa weil die Kündigungsschutzklage keine Aussicht auf Erfolg hat oder weil die Weiterbeschäftigung zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen würde.

6. Lohnzahlungspflicht

Beispiel

Die Kl. ist seit dem 1. September 1990 bei dem Bekl. beschäftigt. Seit Anfang 1996 ist sie schwanger, sie nahm ab Juni 1996 Mutterschaftsurlaub in Anspruch und anschließend den Erziehungsurlaub, welcher am 12. Juli 1999 enden sollte. In den Vorjahren, so auch für 1995, hatte die Kl. das von der Bekl. gezahlte Weihnachtsgeld erhalten. Das Weihnachtsgeld wurde von der Bekl. *als einmalige, freiwillige und jederzeit widerrufliche Leistung* bezeichnet. Die Mitarbeiter hatten eine Erklärung zu unterschreiben, wonach sie sich verpflichteten, das Weihnachtsgeld zurückzuzahlen, falls das Arbeitsverhältnis vor dem 1. Juli des folgenden Jahres aus einem von ihnen zu vertretenden Grunde endete. Für das Jahr 1996 erhielt die Kl. kein Weihnachtsgeld. ²⁴Dieses verlangt sie mit der Klage. Zu Recht?

Die Hauptpflicht des Arbeitgebers ist es, dem Arbeitnehmer den Lohn zu zahlen. Gem. § 115 GewO muß dieses in Geld geschehen, eine Vergütung in Sachleistungen gilt nicht als Erfüllung. Die Höhe der Vergütung ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag. Einen Mindestlohn gibt es nicht.

Es kommt aber in Betracht, daß die Lohnvereinbarung ganz oder teilweise unwirksam ist, weil sie **rechts- bzw. sittenwidrig** ist: für Arbeitnehmer, welche Angehörige einer Tarifvertragspartei (= Gewerkschaft) sind, gilt ohne weiteres der Tariflohn, den der Arbeitgeber mit der Tarifvertragspartei vereinbart hat. Gehört der Arbeitnehmer keiner Gewerkschaft an, sind die Parteien des Arbeitsvertrages grundsätzlich frei, den Tariflohn zu über- oder unterschreiten. Es wird diskutiert, daß die Unterschreitung um ein Viertel bis zu einem Drittel als sittenwidrig (§ 138 BGB: Ausnutzung einer Notlage) anzusehen sei.

Die Lohnvereinbarung kann ein **Verstoß gegen das Gleichheitsgebot** sein. In Betracht kommt etwa eine Regelung, wonach die Jahressonderzahlung (Weihnachtsgeld) nur denen gezahlt wird, die effektiv gearbeitet haben, oder daß die Sonderzahlung nach Leistung oder leistungsunabhängigen Kriterien oder Dauer der Betriebszugehörigkeit differenziert wird. Die Regelung der Bekl. in dem Beispielfall wurde vom EuGH für bedenklich gehalten, im Ergebnis wurde aber gesagt (Nr. 38): *Die Weigerung eines Arbeitgebers, einer Frau im Erziehungsurlaub eine von ihm freiwillig als Sonderzuwendung zu Weihnachten gezahlte Gratifikation zu gewähren, stellt dann keine Diskriminierung dar, wenn die Gewährung dieser*

²⁴ EuGH v. 21.10.99 DB 2000, 223

Zuwendung nur von der Voraussetzung abhängt, daß der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Gewährung im aktiven Beschäftigungsverhältnis steht.

Das Gericht will also sagen, daß die Kl. nicht dafür bestraft werden darf, daß sie von ihrem Recht, Erziehungsurlaub zu nehmen, Gebrauch gemacht hat, daß aber Gründe der Differenzierung, die auf einen Mann ebenso zutreffen könnten, eine unterschiedlichen Behandlung rechtfertigen.

Bei einer insgesamt nicht einheitlichen Rechtsprechung kann hier als Grundsatz fest gehalten werden: wenn eindeutige vertragliche Regelungen (Individualvertrag oder Tarifvertrag) bestehen, sind in Differenzierungen möglich; wenn nicht, sind vom Arbeitgeber getroffene Differenzierungen auch dann rechtswidrig, wenn die Sonderzahlung ausdrücklich als freiwillige Leistung bezeichnet worden ist.²⁵

IV. Schutzpflichten aus dem Arbeitsverhältnis

1. Besonderheiten des Urlaubsrechts

a. Bundesurlaubsgesetz

Im Rahmen der Vertragsfreiheit könnten die Parteien nach dem Grundsatz *ohne Arbeit kein Lohn* ein Arbeitsverhältnis vereinbaren, in welchem der Arbeitnehmer niemals Urlaub hat. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf einen regelmäßigen und bezahlten Erholungsurlaub ist sozialpolitisch eine relativ späte Errungenschaft.

Durch das Bundesurlaubsgesetz ist zwingend, § 13, vorgeschrieben, daß der Arbeitnehmer im Laufe eines Kalenderjahres einen Mindesturlaub nicht nur als Anspruch hat, sondern auch tatsächlich nimmt. § 1 bestimmt: *Jeder Arbeitnehmer hat in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub*. Die gesetzliche Mindestdauer des Urlaubs beträgt 24 Werktage, § 3. Nach dem Günstigkeitsprinzip, welches eine Abweichung von zwingenden gesetzlichen Vorschriften zugunsten des Arbeitnehmers zuläßt, ist durch einzelvertragliche und tarifvertragliche Regelungen der Mindesturlaubsanspruch in der Regel deutlich überschritten.

§ 7 des Gesetzes will erzwingen, daß der Urlaub, der nämlich zur Erholung dient und zur Wiederherstellung und Erhaltung der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit. auch als Urlaub genommen wird. § 8 verbietet daher *eine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit*. Ein Arbeitnehmer, welcher im Urlaub einer zweiten Beschäftigung nach geht, verletzt daher seine Vertragspflichten gegen über dem Arbeitgeber.

Der Urlaub soll daher grundsätzlich zusammenhängend genommen werden, § 7 Abs. 2, und er muß (!) im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden, § 7 Abs. 3. *Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr ist nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe*

²⁵ BAG NZA 2000, 1062 m.w.N.

dieses rechtfertigen. Wird der Urlaub ausnahmsweise in das folgende Jahr übertragen, so muß er bis zum 31. März, genommen sein, andernfalls verfällt er.

b. Urlaubsgewährung

Der Arbeitnehmer hat zwar nach dem Gesetz einen unentziehbaren Anspruch auf Urlaub, er darf ihn aber nicht eigenmächtig nehmen, und zwar auch dann nicht, wenn das Ende des Urlaubsjahrs oder der 31. März des Folgejahres bevorsteht.

c. Urlaub trotz Krankheit

Krankheitstage im Urlaub können vom Urlaub nur insoweit abgerechnet werden, als der gesetzliche Mindesturlaub nicht unterschritten wird. Nach der Rechtsprechung ist der Urlaubsanspruch eine Folge des Arbeitsvertrages, nicht aber eine Folge der effektiv geleisteten Arbeit. Nach heute herrschender Meinung entsteht daher der ungekürzte Urlaubsanspruch auch dann, wenn der Arbeitnehmer während des betreffenden Jahres wegen Krankheit überhaupt nicht gearbeitet hat.²⁶

2. Nebenpflichten der Arbeitsvertragsparteien

Beispiel

Die Kl. ist bei dem Bekl. als Sachbearbeiterin in einem Großraumbüro beschäftigt. Wegen chronischer Atemwegserkrankung wird sie seit Jahren ärztlich behandelt. In dem Großraumbüro sind die Arbeitsplätze durch Stellwände getrennt. Um den Arbeitsplatz der Kl. herum sind mindestens zwölf Arbeitnehmer beschäftigt, die regelmäßig während der Arbeitszeit je 10 bis 20 Zigaretten pro Tag rauchen. Die Kl. beantragt, die Bekl. zu verurteilen, ihr einen rauchfreien Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen.²⁷ Zu Recht?

a. Treuepflicht des Arbeitnehmers

Jeder Vertrag hat eine oder mehrere Hauptpflichten, und einem Kranz von im Vertrag ausdrücklich benannten oder aus den Umständen folgenden unbenannten Nebenpflichten. Die unbenannten Nebenpflichten können gesetzlich aus § 241 Abs.

²⁶ BAG NZA 86, 392. Nach Meinung des Verfassers ist dieses eine Perversion des Urlaubsgedankens. Es erscheint auch fraglich, ob diese aus der Zeit der Hochkonjunktur in Deutschland stammende Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes heute noch einmal in die Welt gesetzt würde.

²⁷ BAG v.17.2.98 NZA 98, 1231

2 BGB hergeleitet werden.²⁸ § 242 ergänzt diese Vorschrift, indem gesagt wird, daß Haupt- und Nebenpflichten *nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte* erfüllt werden müssen. Das gilt auch im Arbeitsvertrag. Naturgemäß sind die vertraglichen Nebenpflichten nicht allgemein zu beschreiben, sie ergeben sich aus den Umständen. Folgende Gesichtspunkte kommen in Betracht

- **Wettbewerbsverbot:** der Arbeitgeber kann verlangen, daß sein Arbeitnehmer die im Betrieb gewonnenen Erkenntnisse nicht dazu verwendet, um entweder selbst oder für einen Wettbewerber auf dem gleichen Feld tätig zu werden. Das Wettbewerbsverbot ergibt sich zum Teil unmittelbar aus dem Gesetz, vgl. §§ 60,61 HGB, folgt aber im übrigen aus dem Treuegrundsatz.
- **Verschwiegenheitspflicht:** auf Grund seiner Tätigkeit erhält der Arbeitnehmer Informationen über den Arbeitgeber und seinen Betrieb, die nicht für Außenstehende gedacht sind. Die Verschwiegenheitspflicht ist in der Regel bereits in den Arbeitsverträgen (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarungen) ausdrücklich vereinbart.
- **Schmiergelder:** Die Pflicht, sorgfältige Arbeit zu leisten und die Interessen des Arbeitgebers zu wahren, umschließt das Verbot, Schmiergelder anzunehmen, wenn dieses nicht bereits kraft Gesetzes unter Strafe steht, § 12 UWG.
- **Loyalität:** Abhängig von der hierarchischen Stellung des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber erwarten, daß der Arbeitnehmer sich mit den Zielen und dem äußeren Erscheinungsbild des Unternehmens identifiziert. ZB: Wer leitender Angestellter bei der Opel AG ist, wird zwar nicht verpflichtet sein, einen Opel zu fahren, er darf aber nicht in der Öffentlichkeit die Produkte seines Hauses etwa gegenüber einem Ford herabsetzen. Der Pförtner wird das eher dürfen.
- **Privatleben:** In besonderen, etwa kirchlichen, Arbeitsverhältnissen kann in Betracht kommen, daß auch die Gestaltung des privaten Lebens, zB häufig wechselnde Geschlechtspartner, arbeitsrechtliche Rückwirkungen hat.

b. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Auch den Arbeitgeber treffen benannte und unbenannte Nebenpflichten. Die wichtigsten dieser Nebenpflichten sind im Laufe der Rechtsentwicklung gesetzlich gefaßt worden. Das trifft insbesondere auf Vorschriften zur Arbeitssicherheit zu

- ArbeitsstättenVO
- Unfallverhütungsvorschriften

Es kommen aber auch unbenannte Nebenpflichten des Arbeitgebers in Betracht. Allgemein gilt, daß dieser im Rahmen des Möglichen auf die persönlichen Belange

²⁸ Darin ist bestimmt: *Das Schuldverhältnis kann jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.*

und verständige Wünsche des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen hat. Folgende Gesichtspunkte kommen in Betracht

- Schutz vor sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz,
- Schutz vor Mobbing
- Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

In diesem Zusammenhang ist der Beispielsfall zu sehen. Ausgangspunkt des Anspruchs der Kl. ist § 618 Abs. 1 BGB. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeitsräume so einzurichten, daß der Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben und Gesundheit geschützt wird. Diese Verpflichtung des Arbeitgebers betrifft nach Meinung des Bundesarbeitsgerichts auch die Beschaffenheit der Atemluft in den Arbeitsräumen, wenn dort geraucht wird. Der Arbeitgeber trage die Verantwortung dafür, das Arbeitnehmer durch so genanntes Passivrauchen in ihrer Gesundheit nicht gefährdet werden.

Es ist dem Arbeitgeber überlassen, welche Schutzmaßnahmen er zur Abwehr der Gesundheitsgefahr ergreift. Der Arbeitnehmer hat daher keinen Anspruch auf eine ganz konkrete Maßnahme, solange der Arbeitgeber nur Maßnahmen ergreift, welche geeignet sind, die Gefährdung zu beheben und die unter Abwägung aller Umstände dem Arbeitgeber zugemutet werden können.

V. Lohnanspruch ohne Arbeit

1. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Beispiele

1. Pianist P gibt Klavierstunden zu 15 EUR /Stunde, unter anderen den zwei Kindern des A. Dazu kommt er in das Haus des A. So sollte es auch am 1.4. sein. P muß die Stunde wegen Erkrankung absagen. Am Ende des Monats verlangt er für die ausgefallenen zwei Stunden 30 EUR. Zu Recht?
2. Der beklagte Fußballverein spielte in der zweiten Bundesliga. Der Kläger war bei ihm als Berufsfußballspieler (Lizenzspieler) beschäftigt. Der Kläger war vom 14. März bis zum 26. April krank. Das vereinbarte Grundgehalt betrug 7500 DM/M. Zusätzlich zahlte der Verein Prämien für erzielte Meisterschaftspunkte, so daß der Kläger DM 9000 mehr verdient hätte, wenn er nicht krank gewesen wäre (Lohnausfallsprinzip). Vereinbart war für die Entgeltfortzahlung aber nur der Durchschnitt der Einkünfte in den drei Monaten vor der Erkrankung (Referenzprinzip). Der Kläger verlangt Entgeltfortzahlung nach dem Lohnausfallsprinzip, also DM 9000. Bekl. ist nur bereit, nach dem Referenzprinzip abzurechnen.²⁹ Hat der Kläger Recht?
3. Arbeitnehmer A, Bilanzbuchhalter bei Arbeitgeber G, ist ein begeisterter aber nicht sehr geschickter Schifahrer. Zu Neujahr verabschiedet er sich von seinem Chef in den 14 tägigen Schiurlaub. G fordert ihn auf, vorsichtig zu sein, da er für die Erstellung des Jahresabschlusses unersetzbar sei. G nimmt an einem Abfahrtlauf teil, welcher erkennbar über seinen Fähigkeiten liegt, und verletzt sich schwer, so daß er für drei Monate ausfällt. G weigert sich, dem A Entgeltfortzahlung zu leisten. Zu Recht?

a. Grundsatz des § 326 BGB

Nach allgemeinen Regeln gilt: *Ohne Leistung keine Gegenleistung*. Wenn also der Arbeitnehmer aus irgendeinem Grund, verschuldet oder nicht, seine Leistung nicht erbringen kann, steht er an sich genauso da wie derjenige, der aus irgendeinem Grund, verschuldet oder nicht, seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllen kann: er verliert den Anspruch auf die Gegenleistung, § 326.³⁰ Der innere Grund für diese Regelung besteht darin, daß jeder sein eigenes Lebensrisiko zu tragen hat. Wenn *ich* krank werde, dann werde *ich* krank - und ich, nicht irgendein anderer, muß die Nachteile, die daraus entstehen, tragen. So ist es im Beispiel 1: P hat also keine Ansprüche gegen A.

²⁹ BAG v. 6.12.95 NZA 96, 640

³⁰ Hat er die Unmöglichkeit verschuldet, ist er gemäß § 283 zum Schadensersatz verpflichtet.

b. Entgeltfortzahlung als Verlagerung des Lebensrisikos

Aufgrund des *Entgeltfortzahlungsgesetzes* vom 26. Mai 1994³¹ ist diese natürliche Risikoverteilung für dem deutschen Recht unterstehende Arbeitsverhältnisse zu Gunsten des Arbeitnehmers verschoben. § 3 sagt: *Wenn ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, so hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen.*

Diese Vorschrift ist zwingend, § 12. Im Fall 2 hatte der Kläger daher zweifelsfrei einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung während seiner Krankheit. Zu prüfen war lediglich, ob die von dem Bekl. angewendete Berechnungsmethode zulässig war. Bedenken dagegen ergeben sich aus § 12 des Entgeltfortzahlungsgesetzes welches eine vertragliche Vereinbarung, die es in der Tat gab, für insofern unzulässig erklärt, als diese die Rechte des Arbeitnehmers schmälert. Die Rechtsprechung vertritt das Lohnausfallsprinzip. BAG: *Der Angestellter hat daher Anspruch auf die Vergütung, die er erhalten hätte, wenn er nicht aus Krankheitsgründen an der Leistung seiner Dienste verhindert gewesen wäre. Er soll nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt werden, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte.*

Entscheidend für den Anspruch des Klägers war daher, ob er für die Meisterschaftsspiele, die er durch seine Krankheit versäumt hat, eingesetzt worden wäre. Hypothetische Urteile sind immer unsicher. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit sprach aber dafür, daß der Kläger tatsächlich gespielt hätte, folglich wurde ihm der Anspruch zugesprochen.

Die Risikoüberwälzung auf den Arbeitgeber findet eine Grenze, wo der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit selber verschuldet hat. Zu denken ist an Fälle wie Beispiel 3. Theoretisch hat G hier Recht. Es ist jedoch zweifelhaft, ob er in der Praxis hiermit durchdringen wird.

Eindeutiger legen natürlich Fälle, in denen der Arbeitnehmer durch Trunkenheit oder vorwerfbare Beteiligung an Schlägereien, durch Drogenmißbrauch usw. seine Arbeitsunfähigkeit selber herbeigeführt.

³¹ Früher Lohnfortzahlungsgesetz: dieses der ursprünglich nur für Angestellte; auf Grund der Rechtsentwicklung, welche zu einer Ausgleicheung des Unterschied zwischen Arbeitern und Angestellten geführt hat, wurde das Gesetz 1994 neugefasst und geht jetzt für alle Arbeitnehmer.

2. Annahmeverzug des Arbeitgebers

Beispiel

A ist in der Molkerei des M beschäftigt, welche die frische Milch des nördlichen Oldenburger Umlands verarbeitet. Auf Grund eines unbestätigten Infektionsverdachts bei dem Rindviehbestand in der Friesischen Wehde³² verfügt die Bezirksregierung eine Sperre der Milchzulieferungen an M für mehrere Tage. M hat für A nichts zu tun und schickt ihn nach Hause. Am Ende des Monats verlangt A den vollen Lohn, M möchte die nicht gearbeiteten Tage kürzen. Wer hat Recht?

Der Lohnanspruch entsteht auf Grund des Arbeitsvertrages. A hat seine Dienstleistungen ordnungsgemäß angeboten. Wenn M aus irgend einem Grund das Angebot nicht annimmt, weil A mit der Arbeit des A derzeit nichts anfangen kann, dann ist das sein Problem. Er befindet sich im Gläubiger- oder Annahmeverzug, § 293 f BGB. Der Gläubigerverzug befreit den Gläubiger nicht von der Pflicht, seine Leistung zu erfüllen.³³ A hat Recht. Oder?

Bei der Fallgestaltung ist zu fragen, wer das Risiko tragen soll, daß auf Grund einer allgemeinen Gefährdungslage die Produktion eingestellt werden muß, in deren Folge die angebotene Arbeit sinnlos wird. Liegt es im Risikobereich des M, daß die Kühe im Einzugsbereich der Molkerei infektionsfrei sind? oder, daß ein vielleicht überängstlicher Beamter in der Bezirksregierung Oldenburg unnötige Maßnahmen trifft?

Ausgangspunkt ist, daß der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trägt. Wenn aber die Umstände, welche die Arbeit unmöglich machen, die Allgemeinheit betreffen, stellt sich die Frage, ob das Hindernis nicht auch die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers unmöglich macht, § 275 BGB, so daß er zwar mangels Verschulden keinen Schadensersatz schuldet, aber auch den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, § 326.³⁴

Die auftretenden Fragen sind im Fluß. Die Rechtsprechung zögert, den Arbeitgeber von seinem Risiko zu entlasten. Das soll nur in zwei Fällen in Betracht kommen:

- Wenn die Pflicht zur Fortzahlung der Vergütung den Betrieb in seiner Existenz gefährdet.
- Betriebsstörungen als Folge eines Arbeitskampfes auch in anderen zB Zulieferbetrieben. Hier wird im Rahmen der so genannten Waffengleichheit argumentiert, daß der Arbeitnehmer als Teil der Arbeitnehmerschaft das Risiko zu tragen hat, welches seine Genossen anzetteln.

³² Sie wollten schon immer wissen, wo die liegt: Landschaft im Dreieck von Friedeburg, Jever und Varel.

³³ Vgl §§ 293 ff BGB.

³⁴ Aden S. 145

VI. Schadensersatzhaftung des Arbeitnehmers

Beispiel:

Die Beklagte betreibt ein Spielcasino. Dort ist der Kläger im Schichtdienst zu je 5 Stunden als Kassierer tätig. Er wechselt Geld und zahlt Gewinne aus. Jeweils nach Schichtende wird die Kasse abgerechnet und dem Nachfolger übergeben. Im Idealfall ist der Kassenbestand bei Übergabe Null. Im Laufe etwa eines Jahres entstanden bei dem Kläger Kassenfehlbestände in Höhe von rund DM 850. Bekl. behält diesen Betrag von dem Lohn des Klägers ein, wogegen dieser sich wehrt.³⁵ Zu Recht?

1. Grundsatz

Der Arbeitsvertrag ist ein schuldrechtlicher Vertrag, es gilt also § 280 BGB: *Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen.* Hat der Arbeitnehmer in Erfüllung seiner Arbeitspflicht dem Arbeitgeber einen Schaden zugefügt, ist er nach diesem Grundsatz an sich wie jeder andere Schuldner in jedem anderen Schuldverhältnis zum Schadensersatz verpflichtet.³⁶

Das Arbeitsvertragsverhältnis ist aber kein Schuldverhältnis wie jedes andere. Es ist dadurch gekennzeichnet, daß der Arbeitnehmer in einer kontinuierlichen Pflicht steht, entweder mit den vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Gerätschaften zu arbeiten, was ihn dem Risiko aussetzt, diese durch Fahrlässigkeit zu beschädigen oder in anderer Weise auf die Angelegenheiten des Arbeitgebers einzuwirken. Jeder Mensch begeht Fehler. Es ist eigentlich nicht möglich, dauerhaft ohne leichte Fahrlässigkeit zu arbeiten. Der Arbeitgeber, welcher Menschen einstellt und nicht Maschinen, nimmt daher typischerweise das Risiko eines leichten menschlichen Versagens auf sich.

Die Arbeitsrechtsprechung trägt diesem Gedanken Rechnung. BAG: *Eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit gibt es (für den Arbeitnehmer) nicht.* Das gilt auch dann, wenn der Arbeitsvertrag, wie es im Beispielsfall geschehen war, ausdrücklich vorsieht, daß der Arbeitnehmer für Kassenfehlbestände haftet.³⁷ Der Arbeitnehmer haftet für von ihm verursachte Schäden nur bei Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (Leichtfertigkeit).

³⁵ BAG v. 17.8.98 NZA 99, 141 f

³⁶ So ausdrücklich das BAG aaO: *Die Regeln über die positive Vertragsverletzung gelten auch im Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer haftet also für Schäden aus Vertragspflichtverletzung, die er zu vertreten hat.*

³⁷ BAG aaO m.N.

2. Haftung für schlechte Arbeit

BAG: *Der Arbeitnehmer schuldet die Leistung der versprochenen Dienste, nicht den Erfolg der Leistung. Das Risiko der Schlechtleistung trägt grundsätzlich der Arbeitgeber.*³⁸

Wer durch Schusseligkeit oder allgemeine Unfähigkeit (einschließlich mangelnde Vorbildung oder Anleitung) die ihm übertragende Arbeit nicht so erbringt, wie es eine normal befähigte Person an diesem Platz täte, erfüllt doch seine Arbeitspflicht und behält seinen ungeschmälertem Lohnanspruch.

Freilich kann ständige schlechte Arbeit einen in der Person des Arbeitnehmers liegenden Kündigungsgrund, § 1 Abs. 2 KSchG, abgeben.

3. Haftung des Arbeitnehmers für gegenüber Dritten/ Arbeitskollegen verursachte Schäden.

Beispiel:

Der Verfasser dieser Zeilen, V, hat als Student am Fließband in einer Fabrik der Brötje- Werke, Rastede, gearbeitet und durch Ungeschick (er warf eine scharfkantige Stahlmatte, die in eine Palette zu *legen* war) seinen Arbeitskollegen K am Unterarm ziemlich verletzt. K müßte ärztlich behandelt werden. V war der Meinung, daß er dem K Schadensersatz leisten müsse und ärgerte sich wahnsinnig, daß er in seinen Semesterferien praktisch umsonst gearbeitet hatte. War die Sorge des V berechtigt?

§ 104 SGB VII sagt: *Unternehmer sind den Versicherten, die für ihr Unternehmen tätig sind... nach anderen Vorschriften*³⁹ *zum Ersatz des Personenschadens, den ein Versicherungsfall verursacht hat, nur verpflichtet, wenn sie den Versicherungsfall vorsätzlich.... herbeigeführt haben.*

Dasselbe Haftungsprivileg trifft den Arbeitskollegen. Grundsätzlich gilt auch im Arbeitsverhältnis das allgemeine Recht. V wäre daher gem. § 823 BGB verpflichtet, dem K seinen Schaden zu ersetzen und gegebenenfalls ein Schmerzensgeld zu zahlen. Im Arbeitsverhältnis gilt jedoch § 105 Abs. 1 SGB VII. Danach ist, mit Ausnahme von Vorsatz, die zivilrechtliche Haftung des Arbeitnehmers gegenüber einem Arbeitskollegen für Personenschäden einschließlich Schmerzensgeld infolge eines Arbeitsunfalls ausgeschlossen. K hat Ansprüche gegen die Unfallversicherung. Deren Rückgriff auf V wäre aber nur bei Vorsatz in Betracht gekommen.

Exkurs: Das Sozialgesetzbuch VII regelt die gesetzliche Unfallversicherung. § 2 beschreibt den Personenkreis der kraft Gesetzes versicherten Personen, § 2 Nr. 1 nennt Beschäftigte. Dieser Begriff ist zwar nicht ganz identisch mit dem des Arbeitnehmers, Arbeitnehmer sind

³⁸ BAG NZA 99, 141

³⁹ Das sind in erster Linie §§ 823 ff BGB.

aber auf jeden Fall Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes. Arbeitnehmer sind mithin kraft Gesetzes gegen Unfallschäden, welche sie im Rahmen ihrer Beschäftigung erleiden, versichert. Die Versicherungsbeiträge sind gem. § 150 vom Unternehmer aufzubringen. Da der Arbeitnehmer im Falle eines Arbeitsunfalls also bereits durch die Versicherung schadlos gestellt wird, benötigt er den privatrechtlichen Anspruch gegen den Schädiger nicht mehr. Im Ergebnis sind also der Unternehmer und Arbeitskollege durch die Unfallversicherung geschützt. Wurde der Unfall durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt, hat der Unfallversicherungsträger gegenüber dem Schädiger, der im Verhältnis zum Geschädigten gem. §§ 104ff frei ist, einen Ersatzanspruch in der Höhe, wie ihn der Geschädigte nach allgemeinem Recht, §§ 823ff BGB, gegen den Schädiger hätte.

VII. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Fall:

Arbeitgeber A will dem Mitarbeiter M kündigen. M ahnt, was kommt und

- a. entfernt seinen Briefkasten
- b. begibt sich auf Urlaub
- c. stellt sein Faxgerät ab
- d. wechselt die Wohnung

Nützt das was?

1. Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung

Die Kündigung ist empfangsbedürftige Willenserklärung und wird erst gültig, wenn sie dem Empfänger zugeht, § 130 BGB. In den weitaus meisten Fällen werden die ausgetauschten Willenserklärungen sofort gültig, weil beide Parteien anwesend sind. Dasselbe gilt für Erklärungen per Telefon oder Email. Die Rechtsprechung läßt die Willenserklärung als zugegangen gelten, sobald *der Empfänger unter normalen Umständen von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen kann.*⁴⁰ Fall 1 a und c: Die Maßnahmen nützen dem A schon mal gar nichts.

Wenn die Zielperson behauptet, ihr sei eine Willenserklärung nicht zugegangen, so kann das daran liegen, daß sie wirklich nicht angekommen ist. Die Beweislast dafür, daß eine Willenserklärung dem Empfänger zugegangen ist, trägt derjenige, der sich auf den Zugang beruft, also der Erklärende. Der fehlende Zugang kann allerdings auch daran liegen, daß der Empfänger Vorkehrungen traf, um diesen Zugang zu verhindern. Zwei Interessen kollidieren mit einander:

- Niemand darf einen Rechtsnachteil erleiden, ohne Gelegenheit gehabt zu haben, gehört zu werden und sich zu verteidigen. Das Gericht darf dem Gläubiger über seinen Anspruch einen vollstreckbaren Titel nur dann geben, wenn der Schuldner die Möglichkeit hatte, sich gegen diesen Anspruch zu verteidigen. Grundsatz des rechtlichen Gehörs, Art. 103 GG.

⁴⁰ BGH 67, 275; Aden S. 82 f

- Der Schuldner darf sich aber auch nicht durch „Totstellen“ seinen Verpflichtungen entziehen können.

2. Empfangsverhinderung

Im Rahmen bestehender Rechtsverhältnisse gilt nach § 242 eine allgemeine Pflicht, "empfangsbereit" zu sein. Wer umzieht, muß seinem Arbeitgeber den neuen Wohnort angeben usw. Der BGH sagt: *Wer aufgrund bestehender oder angebahnter vertraglicher Beziehungen mit dem Zugang rechtserheblicher Erklärungen zu rechnen hat, muß geeignete Vorkehrungen treffen, daß ihn derartige Erklärungen auch erreichen.*⁴¹ Fall: Diese Maßnahmen nützen dem A alle nichts. In der rechtlichen Konstruktion gilt: A verletzt eine Pflicht gegenüber dem Absender; der von ihm zu leistende Schadensersatz, § 249, führt dazu, daß der Absender so gestellt wird, wie er stünde, wenn M sich redlich verhalten hätte. Dann wäre ihm die Willenserklärung zugegangen. und die Kündigung gültig geworden.

3. Kündigung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses

a. Ordentliche und außerordentliche Kündigung

Das Recht unterscheidet nicht nur im Arbeitsverhältnis sondern auch in anderen Dauerschuldverhältnissen, zB dem Mietvertrag und Darlehensvertrag , zwischen

- der ordentlichen oder fristgemäßen Kündigung und
- der außerordentlichen Kündigung oder Kündigung aus wichtigem Grund.

Die Kündigung ist gültig, sobald sie dem Vertragspartner zugeht oder als zugegangen gilt, § 130 BGB. Sie wird wirksam mit Ablauf der Kündigungsfrist. Bei der außerordentlichen Kündigung, § 626, ist die Kündigungsfrist auf null Tage geschrumpft; in allen anderen Fällen ergibt sich die Kündigungsfrist aus Vertrag oder Gesetz.

Rechtlich macht es keinen Unterschied, ob die Kündigung von Arbeitnehmer oder von Arbeitgeber erklärt wird. Die früher auch mündlich gültige Kündigung steht seit dem Jahre 2000 unter einer zwingenden Schriftform, § 623 BGB, wobei eine Erklärung durch E - Post ausdrücklich nicht ausreichend ist.⁴²

b. Die Kündigung durch den Arbeitnehmer

Der Arbeitnehmer kann das Arbeitsverhältnis ohne Begründung im Rahmen der bestehenden Kündigungsfristen auflösen. Das KSchG gilt nur zu seinen Gunsten, so

⁴¹ NJW 98, 977: Kläger nahm Kaufangebot des Beklagten über Campingwagen durch Einschreiben an; das wurde aber trotz Benachrichtigungsschein nicht abgeholt. Das Gericht meinte: Empfänger habe nicht wissen können, dass es sich um die Annahmeerklärung handele. Der Vertrag war nicht zustande gekommen. Eine nicht sehr überzeugende Entscheidung des BGH.

⁴² LAG Hamm v. 4.1.203 NZA – RR 04, 189: die versehentliche Aushändigung nur der Kopie genügt, wenn Arbeitnehmer das Original unterschrieben hat.

auch andere Gesetze, welche die Kündigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers erschweren: der Arbeitnehmer ist daran nicht gebunden. Der Arbeitnehmer ist nur an die vertragliche oder gesetzliche Kündigungsfrist gebunden.

Die gesetzliche Kündigungsfrist folgt aus § 622 Abs. 1. Die in § 622 Abs. 2 vorgesehene Verlängerung der Kündigungsfristen gilt nur zum Schutz des Arbeitnehmers, an welche der Arbeitnehmer also nicht gebunden ist. Der Arbeitnehmer kann also auch nach zwanzigjähriger Betriebszugehörigkeit nicht erst mit sieben Monaten kündigen, vgl. § 622 Abs. Nr. 7, sondern gem. § 622 Abs. 1 mit einer Frist von vier Wochen.

c. Andere Beendigungsgründe des Arbeitsverhältnisses

Die Kündigung ist der Hauptfall der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, aber nicht der einzige. Es kommen folgende weitere Beendigungsgründe in Betracht.

1. Anfechtung des Arbeitsverhältnisses gemäß §§ 119, 123 BGB
2. Tod des Arbeitnehmers.
3. Ablauf der Befristung, vgl. unten. XI
4. Aufhebungsvertrag, gegebenenfalls Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch das Arbeitsgericht, vgl. unten.

Keine Beendigungsgründe sind

- a. Der Tod des Arbeitgebers hat keinen Einfluß auf das Arbeitsverhältnis. Dieses geht ohne weiteres auf den Erben über, welcher kraft Erbrechts in sämtliche Rechte und Pflichten des Verstorbenen eintritt.
- b. Veräußerung des Betriebs, vgl. § 613 a BGB, s.u. X.
- c. Insolvenz des Arbeitgebers bzw. Stilllegung des Betriebs. In diesen Fällen kommt naturgemäß die betriebsbedingte Kündigung ins Bild, weil der Arbeitsplatz wegfällt. Der Insolvenzverwalter/ Unternehmer hat aber – etwa für den Fall einer zeitweiligen Fortführung des Betriebes - auch jetzt § 1 KSchG, Sozialauswahl, zu beachten.

4. Aufhebungsvertrag

a. Grundsatz

Aus Grundsatz in der Vertragsfreiheit folgte, daß die Parteien das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung von Kündigungsfristen und ohne Rücksicht auf Beendigungsgründe nach dem KSchG das Arbeitsverhältnis jederzeit einvernehmlich aufheben können. Da es sich um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses handelt, bedarf dieser

Vertrag der schriftlichen Form gem. § 623. Der ArbN hat kein Rücktrittsrecht gemäß §§ 312 ff BGB, auch dann nicht wenn der Vertrag im Personalbüro unterschrieben wird. §§ 312 ff BGB sind Vorschriften des Verbraucherschutzes, welche auf Seiten des Schutzwürdigen einem Verbraucher gem. § 13 BGB voraussetzen. Diese Vorschriften sind wieder von Zweck noch vom Tatbestand auf das Arbeitsverhältnis anwendbar.⁴³

b. Anfechtbarkeit oder Sittenwidrigkeit des Aufhebungsvertrages

Für den Aufhebungsvertrag der gelten in die normalen Regeln des BGB, und hier kommen insbesondere in Betracht § 123 BGB, Anfechtung wegen Drohung oder Täuschung, und in geringeren Umfang, § 119, Anfechtung wegen Irrtums. Die Drohung des Arbeitgebers, er werde die Kündigung aussprechen, falls der Arbeitnehmer dem Aufhebungsvertrag nicht zustimme, ist zwar eine *Drohung*, aber nicht in jedem Fall eine *rechtswidrige* Drohung, wie sie gem. § 123 BGB vorausgesetzt wird. Rechtswidrig wird in den Drohenden dadurch, daß der drohende Vertragspartner von seinem Weg droht dem Vertragspartner einen Vorteil erzwingen will, auf den er keinen Anspruch hat.

Der Arbeitnehmer wird in vielen Fällen geltend machen, daß er von seinem Arbeitgeber zum Abschluß eines für ihn ungünstigen Aufhebungsvertrages gedrängt worden sei, und er habe vor Verwirrung und Unerfahrenheit die Bedeutung dessen, was er unterschrieben habe, nicht verstanden. In Betracht kommt dann eine Ungültigkeit des Aufhebungsvertrages gemäß § 138, insbesondere Abs. 2. Dieser Einwand ist häufig berechtigt. Es ist für den Arbeitnehmer eine ungewohnte Situation, einer angedrohten Kündigung des Arbeitgebers gegenüberzustehen; der Arbeitgeber hat einen erheblichen Vorteil allein schon dadurch, das er solche Situationen häufiger erlebt und von den Auswirkungen der Kündigung i. d. R. nicht in derselben Weise betroffen ist, wie der Arbeitnehmer. Trotzdem ist allein dieses psychologische Ungleichgewicht kein ausreichender Grund, den Aufhebungsvertrag für Anfechtbarkeit sittenwidrig zuhalten.⁴⁴

Ein Aufhebungsvertrag ist aber bedenklich, wenn eine Kündigung nach Lage der Dinge, also auch unter Berücksichtigung der Prozeßaussichten des Arbeitgebers nach dem KSchG, eine ernsthafte Möglichkeit für den Arbeitgeber war. Es ist nicht zu fordern, daß die Kündigung des Arbeitgebers in jedem Fall vor Gericht Bestand gehabt hätte. Der Aufhebungsvertrag hat gerade dem Zwecke, die für beide Seiten verbleibende Unsicherheit auszugleichen; der Aufhebungsvertrag der kann auch als Ausfluß der Treuepflichten des Arbeitgebers verstanden werden, wenn dieser zur Vermeidung einer an sich anstehenden Kündigung das freundlichere Mittel des Aufhebungsvertrags sucht.

c. Aufhebungsvertrag im Sozialversicherungsrecht

Wenn der Arbeitnehmer nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses keine neue Beschäftigung findet, treten die Regeln des Sozialrechtes (SGB III) ein, welche den

⁴³ Bauer NZA2002, 169 f

⁴⁴ BAG NZA 96, 811

Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitslosenunterstützung regeln. Das Sozialrecht soll den Arbeitnehmer vor unverschuldeten Notfällen schützen. § 144 SGB III schenkte daher den Arbeitslosen auf arbeitslosen Unterstützung im Falle der Arbeitsaufgabe ein, also wenn er selbst an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mitgewirkt hat.

Inoffiziell ist es weit bekannt, offiziell wird es gerne heruntergespielt: in vielen Fällen wirken Arbeitgeber und Arbeitnehmer geradezu arglistig zusammen, um die Abwicklungskosten eines Arbeitsverhältnisses möglichst auf das Sozialversicherungsrecht dem zu verlagern. Typischer Fall: Arbeitgeber kündigt, obwohl kein Kündigungsgrund besteht oder jedenfalls zweifelhaft ist. In einem Abwicklungsvertrag erklärt sich bereit, auf eine Kündigungsschutzklage gegen Zahlung einer Abfindung zu verzichten. Das Bundessozialgericht hat entschieden, daß der Arbeitnehmer in einem solchen Fall *einen wesentlichen Beitrag zur Herbeiführung seiner Beschäftigungslosigkeit* leiste, so daß die Voraussetzungen des § 144 SGB III gegeben sein können.⁴⁵ Es kommt also eine Sperre des Arbeitslosengeldes für bis zu zwölf Wochen in Betracht.

VIII. Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber bei Geltung des Kündigungsschutzgesetzes

1. Das Kündigungsschutzgesetz

Das deutsche Arbeitsrecht ist ganz wesentlich durch die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes geprägt. Dieses Gesetz gilt für alle Betriebe und Verwaltungen des privaten und öffentlichen Rechts zu Gunsten eines Arbeitnehmers, *dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat*, § 1 I S.1 KSchG.

Die entscheidenden Vorschriften des Kündigungsschutzes gelten aber nicht *für Betriebe und Verwaltungen, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden*, § 23 KSchG. Diese Formulierung macht deutlich, daß die Beweislast dafür, daß der Betrieb in der Regel fünf oder weniger Beschäftigte hat, bei dem Arbeitgeber liegt. Besonders kritisch ist die Formulierung *in der Regel*. Es ist also im Einzelfall möglich, daß der Arbeitgeber *außerhalb der Regel* kurzfristig mehr als fünf Mitarbeiter beschäftigt, ohne daß das KSchG Anwendung findet.

Unter der Bedingung, daß die weiteren Voraussetzungen gem. § 1 KSchG vorliegen, ist eine Kündigung nur zulässig, wenn die gesetzlich in Betracht kommenden Kündigungsgründe dazu führen, daß eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb dem Arbeitgeber unzumutbar ist. Das Gesetz fordert also einen Ursachenzusammenhang.

⁴⁵ BSG v. 189.12.03 B 11 AL 35/03 R (FAZ v. 12. Mai 04, S. 27)

Die Beweislastverteilung des Gesetzes führt dazu, daß der Arbeitnehmer der Kündigung lediglich zu widersprechen braucht. Das muß aber in Form einer Klage bei dem Arbeitsgericht binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung geschehen, § 3 KSchG. Nicht der Arbeitnehmer muß nachweisen, daß die Kündigung sozial ungerechtfertigt, sondern umgekehrt der Arbeitgeber, daß sie sozial gerechtfertigt ist. Die Abfassung einer Kündigungsschutzklage ist daher denkbar einfach, vgl. Musterklage gem. Anl. II.

2. Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes

Beispiel

1. Der Kläger war als Bäcker bei dem Bekl. beschäftigt, welcher vier Arbeitnehmer und zwei Auszubildende beschäftigte. Bekl. kündigte das Arbeitsverhältnis fristgemäß wegen einer länger andauernden Erkrankung Klägers. Dieser erhob Klage vor dem Arbeitsgericht mit dem Antrag festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis fortbestehe.⁴⁶ Aussicht auf Erfolg?

2. Dem Verfasser ist folgender Fall bekannt geworden: Arzt A, der drei Arzthelferinnen beschäftigt, hat ein Auge auf die H geworfen und wird nach Feierabend zudringlich. H wehrt sich, A schämt sich und kündigt der H. Ist die Kündigung gültig?

3. Der Kläger ist bei der beklagten Kirchengemeinde als Kantor tätig. Die beklagte Kirchengemeinde ist Mitglied im Verband der evangelischen Kirchengemeinden in Wuppertal- Elberfeld. Dieser Verband übernimmt alle wesentlichen Verwaltungsaufgaben für die beklagte Kirchengemeinde und hat mehr als 30 ständige Mitarbeiter. Die beklagte Kirchengemeinde selbst hat nur 3 ständige Mitarbeiter. Im Anschluß an Meinungsverschiedenheiten kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis fristgemäß. Der Kläger erhebt Kündigungsschutzklage und beantragt die Feststellung, daß die Kündigung gem. § 1 KSchG sozial ungerechtfertigt sei.⁴⁷ Ist das Gesetz anwendbar?

a. Grundsatz

Die Klage im Fall 1 hat nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn das KSchG anwendbar ist, denn außerhalb dieses Gesetzes kann der Arbeitgeber ohne weitere Erschwernisse kündigen. Gem. § 23 KSchG ist das Gesetz hier nicht anwendbar, weil der Betrieb des Beklagten weniger als fünf ständige Beschäftigte hatte.⁴⁸ Es ist aber zu prüfen, ob § 23 KSchG verfassungswidrig ist.

Diese Frage wurde in dem Beispielfall vom BVerfG entschieden. Der Kläger hatte unter Mithilfe der Gewerkschaften, die diesen Fall offenbar als Musterfall zur

⁴⁶ BVerfG v. 27.1.98 NZA 98, 470

⁴⁷ BAG v. 12.11.98 NZA 99, 590 f

⁴⁸ Bei der Berechnung des Schwellenwertes wird der zu kündigende ArbN mitgezählt, und zwar auch dann wenn dessen Arbeitsplatz infolge der Kündigung wegfallen soll, BAG v. 22.1.04 NJW 04, 1818

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gebracht hatten, vorgetragen: Der Ausschluß von Kleinbetrieben aus dem Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes sei insbesondere mit Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz nicht zu vereinbaren. Etwa zehn Prozent der Arbeitnehmer seien in Betrieben mit nicht mehr als fünf⁴⁹ Arbeitnehmer beschäftigt, aber etwa ein Viertel aller Kündigungen würden in diesen Betrieben ausgesprochen. Daher bleibe ein unproportional hoher Teil aller in Deutschland ausgesprochenen Kündigungen ohne wirksame rechtliche Überprüfung. Das Kündigungsrisiko in Kleinbetrieben sei beinahe siebenmal größer als in Betrieben mit mehr als 2000 Arbeitnehmern. Arbeitnehmer in Kleinbetrieben seien daher gegenüber den Arbeitnehmern in größeren Betrieben in ungerechtfertigter Weise benachteiligt.

Das BVerfG hat die gesetzliche Regelung für verfassungsgemäß gehalten. Es wägt den an sich bestehenden Anspruch des Arbeitnehmers in Kleinbetrieben auf Gleichbehandlung mit Arbeitnehmern im Großbetrieb gegen das gemäß Art. 12 GG ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Berufsinteresse des Unternehmers ab. BVerfG aaO: *Das Kündigungsrecht des Kleinunternehmers ist in hohem Maße schutzwürdig. In einem Betrieb mit wenigen Arbeitskräften hängt der Geschäftserfolg mehr als bei Großbetrieben von jedem einzelnen Arbeitnehmer ab. Auch die regelmäßig geringere Finanzausstattung fällt ins Gewicht. Der kleine Betrieb ist häufig nicht in der Lage, Abfindungen bei Auflösung eines Arbeitsverhältnisses zu zahlen oder weniger leistungsfähiges.... oder auch nur weniger genehmes Personal mitzutragen. Schließlich belastet auch der Verwaltungsaufwand, den ein Kündigungsschutzprozeß mit sich bringt, den Kleinbetrieb stärker als ein größeres Unternehmen.* Im Fall 1 hatte die Klage keinen Erfolg.

Soweit das KSchG oder andere Schutzgesetze nicht anwendbar sind, braucht der Arbeitgeber keinen Kündigungsgrund. Aber auch in diesen Fällen ist der Arbeitnehmer - mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts - *nicht völlig schutzlos. Wo die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes nicht greifen, sind die Arbeitnehmer durch die zivilrechtlichen Generalklauseln vor einer... treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt.* In der Praxis sieht das freilich zumeist anders aus. Im Fall 2 war die Kündigung zwar unwirksam. Abgesehen von der schwierigen Beweislage konnte der H aber aus lebenspraktischen Gründen nicht der Rat gegeben werden, die Sache vor das Arbeitsgericht zu tragen.

b. Betriebsbezug

Bezugsgröße des § 23 ist nicht das Unternehmen, sondern der Betrieb. Der Betriebsbezug spielt insbesondere eine Rolle bei der betriebsbedingten Kündigung. Auch hier kommt es grundsätzlich nicht auf das Unternehmen an, sondern auf den Betrieb, in welchem der jeweilige Arbeitnehmer tätig ist.

⁴⁹ Damals war die Grenze 7 Mitarbeiter

Die Mitarbeiterzahlen in mehreren Betrieben desselben Unternehmens werden nicht zusammengerechnet, um so weniger werden mehrere rechtlich selbständige Unternehmen/Betriebe, auch wenn sie rechtlich eng miteinander verbunden sind zusammengezählt.⁵⁰

Im Fall 3 war daher darüber zu entscheiden, ob die Mitarbeiterzahl der beklagten Kirchengemeinde mit der des Verbandes zusammengerechnet werden konnte. In diesem Fall hätte der Kläger wohl obsiegt. Das Bundesarbeitsgericht stellte hier jedoch fest, daß die Arbeitgeberfunktionen ausschließlich von der Bekl. ausgeübt wurde, die Kirchengemeinde konnte aus eigenem Recht Arbeitsverträge abschließen und kündigen. Ein Berechnungsdurchgriff kam nicht in Betracht,.

3. Personenbedingte Kündigung

Fall

Die Klägerin K, bei der G im Büro angestellt, erleidet im Betrieb am 1.4. 02 einen Unfall, der ihr das Sitzen sehr erschwert. K wird arbeitsunfähig geschrieben. Am 1.4.03 kann sie angabegemäß immer noch wieder sitzen. Der Arbeitgeber kündigt das Arbeitsverhältnis.⁵¹Zu recht?

Das Gesetz unterscheidet die personenbedingte und die verhaltensbedingte Kündigung. Daraus folgt, daß ein Kündigungsgrund aus der Person des Arbeitnehmers unabhängig von seinem Verhalten, also auch unabhängig von einem eventuellen Verschulden, festzustellen ist. Wichtiger Anwendungsbereich dieses Kündigungsgrundes ist die Krankheit des Arbeitnehmers.

Krankheit ist ein normales menschliches Risiko und erlaubt für sich genommen keine personenbedingte Kündigung. Bei einer sehr langdauernden Krankheit kann etwas anderes gelten. Der Verfasser ist der Meinung, daß ein Arbeitsverhältnis, welches seit einem Jahr nicht mehr gelebt wird, automatisch, ohne daß es einer Kündigung bedarf, endet, weil die lange Dauer der Krankheit die Unmöglichkeit der Leistungserfüllung bedeute, § 275 BGB. An Stelle der Kündigung tritt dann die schlichte Feststellung des Arbeitgebers (Lösungserklärung), daß das Arbeitsverhältnis nicht mehr bestehe.⁵² Wenn man dieser Meinung folgt, endet das

⁵⁰ BAG NZA 99,590. Nur in Sonderfällen kommt nach der Rechtsprechung eine Zusammenrechnung in Betracht, etwa wenn mehrere Unternehmen sich zur gemeinsamen Führung eines Betriebes rechtlich verbunden habe, so daß *der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt wird.* (Berechnungsdurchgriff im Konzern).

⁵¹ Die erste praktische Begegnung des Verfassers mit dem deutschen Arbeitsrecht., die ihn auch nachhaltig beeindruckt hat. Der Grund für die lange Krankheit der K war ein sehr einfacher: K bekam an Krankengeld netto etwa DM 400/Monat mehr ausgezahlt, als sie durch Arbeit verdient hätte. D a s durfte aber natürlich vor Gericht nicht gesagt werden! Unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung wurde die K wieder gesund. Auch daraus durften natürlich keine Schlüsse gezogen werden. Im Gerichtssaal erschien die K mit fast dem gesamten Betriebsrat und ihren Verwandten – der Verfasser - allein, eifrig und seinem Arbeitgeber loyal – sagte, was er nicht sagen durfte: niemals wurde Verf. vor und vom Gericht so fertig gemacht wie hier! Er hat seinem Ärger in dem Aufsatz RdA 81, 280 Luft gemacht.

⁵² Aden RdA 81, 280

Arbeitsverhältnis also ohne Kündigung. Eine von der K erhobene Kündigungsschutzklage ginge ins Leere.

Die Rechtsprechung ist diese Argumentation nicht gefolgt. Die Rechtsprechung will die Kündigungsmöglichkeit des Arbeitgebers auch in diesen Fällen davon abhängig machen, ob das andauernde Fernbleiben des krankgeschriebenen Arbeitnehmers die Betriebsabläufe stört. Fällt das Fernbleiben des Arbeitnehmers nicht auf, stört es nicht - folglich sei dem Arbeitgeber zuzumuten, das Arbeitsverhältnis weiter fortzusetzen, theoretisch bis zum St. - Nimmerleinstag. Folgerung also: ist der Arbeitnehmer durch Fleiß schier unersetzlich, fällt sein fehlen sofort auf, und er kann alsbald gekündigt werden. Das ist auch ein Aspekt der „ sozialen Rechtfertigung“ gemäß § 1 KSchG.

Häufige Kurzerkrankungen eines Mitarbeiters pflegen den Betriebsablauf in der Regel zu stören; eine gewisse Störung muß der Arbeitgeber aber hinnehmen. Die Grenzen der Zumutbarkeit ergeben sich aus den Umständen. In diesen Fällen kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht.

Auch hier gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Kündigung ist das äußerste Mittel, so daß der Arbeitgeber auf Grund seiner dem Arbeitnehmern geschuldeten Treuepflicht im Rahmen des Möglichen versuchen muß, den Arbeitnehmer in einer Weise einzusetzen, die seinen persönlichen Umständen besser entspricht.

4. Verhaltensbedingte Kündigung

Beispiel

1. Der Kläger K war bei der Bekl., der Deutschen Bahn AG, als Kellner im Zugrestaurant beschäftigt. Bei einer Kontrolle durch den Arbeitgeber nach Dienstscluß wurden in der privaten Tasche des K mehrere Porzellankaffeetassen, 2 Packungen Schinken und eine Dose Speiseöl im Gesamtwert von rund DM 15 gefunden. Den von der Beklagten geäußerten Diebstahls verdacht bestreitet K mit verschiedenen Erklärungen. Ein Strafverfahren findet nicht statt. Bekl. kündigt fristlos.⁵³ Zu Recht?

2. (Fiktiver aber an praktischen Erfahrungen orientierter Fall) Z, die einzige Hausjuristin, bei Arbeitgeber G hat sich seit kurzem den *Zeugen Jehovas* angeschlossen und geht ihren Arbeitskollegen dadurch auf die Nerven, daß sie bei jeder Gelegenheit offen oder verdeckt für ihre Glaubensgemeinschaft wirbt. In dienstlichen Besprechungen hat Z die Gewohnheit angenommen, ihre Beiträge mit, aus theologischer Sicht sogar passenden, Bibelsprüchen, zu ergänzen. Die Kollegen der G finden das alles ätzend und nehmen die Dienste der Z einfach nicht mehr in Anspruch. G will der Z kündigen. Geht das?

a. Grundsatz

⁵³ BAG v. 12.8.99 DB 2000, 48

Eine verhaltensbedingte Kündigung kommt in Betracht, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers, unabhängig von seinem Verschulden, dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht. Ein einzelner Verstoß wird i. d. R. nicht zur Kündigung berechtigen. Eine Gesamtbewertung der Umstände muß vielmehr zu dem Schluß führen, daß auch künftig Vertragspflichtverletzungen vorkommen werden, und daß diese so schwerwiegend sein werden, daß eine vertrauensvolle Fortführung des Arbeitsverhältnisses unwahrscheinlich ist (Prognoseprinzip).

Zu der Frage, welche Verhaltensweisen im Einzelfall zu einer Kündigung berechtigen, gibt es eine umfangreiche Rechtsprechung. Der stets wiederholte Grundsatz der Rechtsprechung ist, daß die Umstände des Einzelfalles entscheiden. Es kann daher nicht ein für alle Mal gesagt werden, daß private Telefongespräche auf Kosten des Arbeitgebers immer zu einer Kündigung berechtigen; in der Regel aber schon.⁵⁴ Laute Unmutsäußerungen des Arbeitnehmers im Betrieb sind in der Regel kein Grund zur Kündigung, es macht aber einen Unterschied, wo, wer und unter welchen Umständen und mit welchen Worten gelästert wird. Beleidigungen von Vorgesetzten mit dem berühmten Zitat aus Goethes *Goetz von Berlichingen*(= LmaA) sind wohl stets ein Kündigungsgrund.⁵⁵

b. Verdacht auf Straftaten

Anwendungsbereich dieses Kündigungsgrundes sind im wesentlichen Verletzungen des Arbeitsvertrags durch den Arbeitnehmer. In der Regel werden die Gründe, welche zu einer verhaltensbedingten Kündigung führen, verschuldet sein. Diebstahl zu Lasten des Arbeitgebers oder von Arbeitskollegen ist ohne weiteres ein Grund auch zur fristlosen Kündigung. Es ist daher keine Frage, daß der Kündigungsgrund gegeben wäre, wenn K im Fall 1 strafrechtlich verurteilt würde.

Kleinere Diebstähle oder Betrügereien liegen aber unterhalb der regelmäßigen Eingriffsschwelle der Strafverfolgungsbehörden. Der im Strafrecht wichtige Grundsatz, daß jedermann für unschuldig zu gelten habe, solange nicht seine Schuld rechtskräftig festgestellt ist, würde daher im Arbeitsverhältnis dazu führen, daß kleinere Straftaten auch arbeitsrechtlich ohne Sanktion blieben. Sie zerstören aber das im Arbeitsverhältnis erforderliche Vertrauen, auch sie berechtigen zu Kündigung. Der Arbeitgeber hat daher ein Kündigungsrecht auch dann, wenn nur ein dringender Tatverdacht vorliegt. Das war die Entscheidung des BAG im Fall 1.

c. Schuldloses Verhalten

Nicht immer ist ein schuldhaftes Verhalten erforderlich, um eine verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen. Das Verhalten der Z im Fall 2 ist in den Augen ihrer Religionsgemeinschaft sogar sehr loblich, und bewußte Christen werden vielleicht

⁵⁴ In der Regel wird das aber so sein: LAG Köln NZA-RR 92, 192

⁵⁵ BAG DB 99, 1400

keinen Anstoß nehmen. Wenn aber der religiöse Eifer der Z dazu führt, daß ihre Arbeitsleistung im Betrieb nicht dem betrieblichen Zweck dient, weil die erforderliche Mitarbeit durch andere verweigert wird, dann steht Arbeitgeber letztlich von der Frage, ob er die religiösen oder sonstigen Ideale eines einzelnen Mitarbeiters höher setzen soll als den Zwecke, wozu sich dieser Mitarbeiter eigentlich überhaupt im Betrieb befindet.

Nach Meinung des Verfassers wird in der Arbeitsrechtsprechung nicht immer bedacht, daß ein Arbeitsverhältnis ein *Arbeits-* verhältnis, und kein Betreuungsverhältnis ist. Arbeitsverhältnisse dienen dazu, eine dem Betrieb förderliche Arbeitsleistung zu erbringen. Private Dinge, auch wenn sie an sich loblich sind, haben hier zurückzutreten.

d. Abmahnung

Die Abmahnung ist im Gesetz nicht geregelt, sondern von der Rechtsprechung entwickelt worden. Mit Ausnahme der Fälle, in welchen eine fristlose Kündigung in Betracht kommt, ist die Abmahnung als zwingende Voraussetzung einer späteren verhaltensbedingten Kündigung anzusehen.

Die Abmahnung hat den Zweck, den Arbeitnehmer zu warnen und ihm die Möglichkeit zu geben, sein Verhalten zu ändern. Die Abmahnung muß daher das abgemahnte Verhalten so bestimmt bezeichnen, daß der Arbeitnehmer weiß, was er nach Ansicht des Arbeitgebers ändern muß. Anders als bei der Kündigung ist eine Beteiligung des Betriebsrats nicht erforderlich.

Eine Form ist nicht vorgesehen. Der Arbeitgeber wird aber gut daran tun, die Abmahnung schriftlich zu erteilen. Wird er die Abmahnung in die Personalakte aufgenommen, so steht dem Arbeitnehmer, wie aus § 83 Abs. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes gefolgert werden kann, das Recht zur Aufnahme einer Gegendarstellung zu.⁵⁶ Wenn der Arbeitnehmer es nicht lassen kann, kann er auch auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte klagen.

5. Betriebsbedingte Kündigung

Beispiel

Unternehmer U hat zwei Betriebe. Im Betrieb 1 arbeitet ArbN 1, und im Betrieb 2 arbeiten ArbN 2 und ArbN 3. In Betrieb 2 fällt der Arbeitsplatz des ArbN 2 weg, ArbN 3 hat den Betrieb verlassen. U möchte dem ArbN 1 kündigen, weil er ArbN 2 behalten will; den Platz des ArbN 3 will er neu besetzen.

a. Grundsatz

⁵⁶ Offen bleibt daher die Frage, ob dieses Recht auch dann besteht, wenn der Betrieb keinen Betriebsrat hat, § 83 BetrVG also nicht unmittelbar anwendbar ist.

Ein Arbeitsverhältnis kann gekündigt werden, wenn der Arbeitsplatz wegfällt. Bei diesem Kündigungsgrund handelt es sich letztlich um eine Ausprägung des Unmöglichkeitssatzes: was nicht geht, geht nicht. Wo kein Arbeitsplatz ist, kann man nicht arbeiten. Arbeitsrecht ist *Arbeits*-recht, kein *Versorgungs* – recht.

Die Gründe, weswegen der Arbeitgeber den Platz wegfallen lassen will, liegen grundsätzlich in seiner unternehmerischen Entscheidung. Die betriebsbedingte Kündigung ist daher nicht nur dann zulässig, wenn der Arbeitsplatz aus zwingenden wirtschaftlichen Gründen (zB drohende Insolvenz) wegfällt, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber durch Rationalisierung der Betriebsabläufe eine an sich bereits bestehende gute Rentabilität weiter erhöhen will, oder auch, weil der Unternehmer das entsprechende Produkt/ Angebot aus persönlichen Gründen nicht mehr herstellen will. Der ArbN kann also der betriebsbedingten Kündigung nicht entgegenhalten, die Stilllegung des entsprechenden Betriebsteils sei unnötig gewesen oder hätte bei, besserer Unternehmenspolitik vermieden werden können.

Die betriebsbedingte Kündigung hat also nichts mit der Person des Arbeitnehmers oder seinem Verhalten zu tun. Das Gesetz geht daher davon aus, daß dem Arbeitgeber grundsätzlich zuzumuten ist, den Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen.

Das KSchG ist grundsätzlich betriebsbezogen, daher ist die betriebsbedingte Kündigung nur berechtigt, wenn der Arbeitsplatz in dem betreffenden Betrieb wegfällt. Im Beispiel kann U dem ArbN 1 nicht kündigen, denn sein Arbeitsplatz fällt ja nicht weg.

Fällt der Arbeitsplatz weg und ist der daher die Kündigung grundsätzlich berechtigt, so folgt aus dem arbeitsrechtlichen Treueverhältnis, daß der Arbeitgeber verpflichtet ist, die Kündigung trotzdem zu vermeiden, wenn sich eine für den Arbeitnehmer minder einschneidende Möglichkeit bietet. Dieser Gedanke wird in § 1 Abs. 2 Satz 2 ausgedrückt: Die Kündigung gilt dann als sozial ungerechtfertigt, *wenn der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann*. U darf ArbN 2 also nicht entlassen, wenn dieser auf dem Arbeitsplatz Nr. 3 oder in einem seiner anderen Betriebe weiterbeschäftigt werden kann.

Aus der Fassung des Gesetzes folgt, daß die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß eine solche Möglichkeit besteht, nicht beim Arbeitgeber liegt. Die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit wird nur dann in Betracht gezogen, wenn der Betriebsrat *aus diesem Grunde* der betriebsbedingten Kündigung widersprochen hat.

Arbeitsplätze sind nicht alle gleich. Wenn im Betrieb 1 eine Stelle frei wird und im Betrieb 2 eine Stelle wegfällt, bedeutet das nicht automatisch, daß ArbN 2 auf die Stelle von ArbN 1 gesetzt werden kann. Als weitere Ausprägung des Treueverhältnisses aus dem Arbeitsvertrag kann daher § 1 Abs. 3 gelesen werden. Wenn zumutbare Umschulungsmaßnahmen und angemessene Änderungen der Arbeitsbedingungen dazu führen können, daß ArbN 2 auf die freiwerdende Stelle im

Betrieb eines umgesetzt werden kann, dann sind diese Maßnahmen durchzuführen, um einen Arbeitsplatzverlust für ArbN 2 zu vermeiden.

b. Soziale Auswahl

Beispiel

ArbG beschäftigt 500 Mitarbeiter. Von diesen sind 60 in verschiedenen Büroabteilungen (Personal, Abrechnung usw.) tätig und mit PC ausgestattet. Von diesen 60 schreiben 20 rund 50% ihres Schriftguts selbst, und 30 schreiben rund 90 ihrer Sachen selbst. 10 Mitarbeiter schreiben ihre Sachen nur gelegentlich selbst. Im zentralen Schreibbüro werden nur noch lange Texte geschrieben. Hier arbeiten 12 Kräfte. G will den Schreibdienst extern ausgliedern und nur 3 Kernkräfte als Privatsekretärinnen behalten. Wie geht er vor?

Auch wenn die Kündigung gem. § 1 Abs. 2 an sich sozial gerechtfertigt ist, so gilt sie gemäß §1 Abs. 3 Satz 1 dennoch als sozial ungerechtfertigt, *wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltungspflichten... nicht ausreichend berücksichtigt hat.*

Das Gesetz verlangt also von dem Arbeitgeber, daß er in ähnlicher Weise wie ein Richter den Gleichheitssatz anwendet, also unter Berücksichtigung aller im Einzelfall in Betracht kommender Gesichtspunkte eine gerechte Entscheidung trifft. Im Rahmen dieser Sozialauswahl kommen also erstmals im KSchG genuin soziale Gesichtspunkte zum Tragen. Die schwierigste Frage bei der Anwendung des Gleichheitssatzes besteht in der Feststellung (mathematisch ausgedrückt) der Arbeitnehmer - Menge, deren Elemente (= einzelne Arbeitnehmer) miteinander verglichen werden sollen, und Bezug auf welche die Sozialkriterien wie Lebensalter usw. geprüft werden sollen. Im Beispielsfall ist die Frage, unter wem G auswählen soll. Unter allen 500 Mitarbeitern oder nur unter den 12 Kräften im zentralen Schreibdienst? Sind auch, und gegebenenfalls in welcher Weise, die Bürokräfte mit in die Auswahl einzubeziehen, welche ganz oder teilweise ihre Sachen selber schreiben? Hierauf gibt das Gesetz keine Antwort. Der Arbeitgeber ist der daher auf allgemeine Überlegungen und sein Gerechtigkeitsgefühl verwiesen. Die Formulierung des Gesetzes *ausreichend berücksichtigt* bedeutet vielleicht, daß der Arbeitgeber nur beweisen muß, daß die Sozialkriterien im Rahmen der Gesamtwürdigung berücksichtigt worden sind, ausschlaggebend müssen sie also nicht sein. Die Lösung wird hier wohl sein, das nur unter den 12 Kräften des Schreibdienstes auszuwählen ist.

§ 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG gibt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, die Auswahlmenge unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten einzugrenzen. *In die soziale Auswahl sind ArbN nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer*

*ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.*⁵⁷

Hat sich der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat im Rahmen einer Betriebsvereinbarung über die von der Kündigung erfaßten Arbeitnehmer (Namensliste) geeinigt, so vermutet das Gesetz, daß diese Auswahl sozial gerechtfertigt ist, § 1 Abs. 5. Der betroffene einzelne Arbeitnehmer muß in diesem Fall schon „schweres Geschütz“ auffahren, seine Kündigung vor Gericht erfolgreich anzufechten.

c. Abfindungsanspruch

Im Falle einer betriebsbedingte Kündigung hat der Arbeitnehmer wie sonst auch die Möglichkeit, Kündigungsschutzklage zu erheben. In diesem Fall hat das Gericht die richtige soziale Auswahl zu überprüfen. Die hierzu ergangene Rechtsprechung ist unübersichtlich, jedenfalls äußerst umfangreich. Gewinnt der Arbeitgeber den Prozeß, so endet der Arbeitsvertrag, und zwar ohne Abfindung. In der arbeitsgerichtlichen Praxis ist freilich die vergleichsweise Beendigung des Arbeitsvertrages gegen Zahlung einer Abfindung die Regel. Dann, so war der Gedanke des Gesetzgebers, kann der Arbeitnehmer eigentlich auf die Kündigungsschutzklage verzichten und gleich das fordern, im Zweifel ohnehin am Ende steht, nämlich eine Abfindung, § 1 a KSchG. So hat die Bundesregierung den entsprechenden Gesetzesentwurf auch begründet: *...unbürokratische Alternative zur Kündigungsschutzklage*. Der Anspruch entsteht automatisch als gesetzlicher Anspruch, wenn der Arbeitgeber die Kündigung auf betriebsbedingte Gründe stützt, und der Arbeitnehmer die 3 – Wochenfrist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage ungenützt verstreichen läßt.

Die Regelung des seit 2004 neuen § 1a KSchG ist in einer Schnellaktion Bundestages ans Licht getreten. Die Regelung gilt als nicht sehr klar und lädt zu Manipulationen⁵⁸ ein. In ihrer Tendenz ist sie jedoch zu begrüßen, da auf diese Weise langwierige Prozesse vermieden werden können. Hilfreich ist auch, daß die bisher in der Rechtsprechung verwendete Faustregel, wonach die Höhe der Abfindung 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses beträgt, nun gesetzlich fixiert ist.

6. Außerordentliche Kündigung

Beispiel

ArbN erbittet während des Urlaubs von ArbG eine Urlaubsverlängerung. Als dieser ablehnt, stellt ArbN in der Raum, sie werde dann wohl krank werden. Am ersten

⁵⁷Diese Neufassung des § 1 Abs. 3 Satz 2 gegenüber der bis 31.12.03 geltenden Formulierung ist im wesentlichen eine Festschreibung der Ergebnisse der Rechtsprechung zu diesem besonders kritischen Bereich der Sozialauswahl..

⁵⁸ zB: Der Arbeitnehmer widerspricht, ggfs in Absprache mit dem Arbeitgeber, einer erkennbar unbegründeten Kündigung nicht, kassiert die Abfindung und umgeht den für den Anspruch auf Arbeitslosengeld erheblichen Vorwurf, die Arbeitsstelle freiwillig aufgegeben zu haben.

Arbeitstag nach dem Urlaub erscheint ArbN nicht, sondern meldet sich krank und legt ach eine entsprechende Krankschreibung vor. ArbG kündigt fristlos. Zu recht?⁵⁹

Die außerordentliche Kündigung oder Kündigung aus wichtigem Grund ist zulässig, wenn dem Arbeitgeber ein Festhalten an dem Arbeitsverhältnis ab sofort nicht mehr zuzumuten ist. Hauptanwendungsfälle sind Straftaten im Betrieb, grobe Beleidigungen, tätliche Angriffe. Aber auch minder schwere Fälle kommen in Betracht. Im Beispielsfall hat der Arbeitgeber mit einer vertragswidrigen Handlung gedroht, um seiner Bitte Nachdruck zu verleihen. Das allein ist ein Kündigungsgrund, ob die Krankheit echt oder vorgetäuscht war, ist dann nicht mehr entscheidend.

Praktisch wichtig ist, daß der Arbeitgeber den Grund zur wichtigen Kündigung innerhalb von 14 Tagen aufgreifen muß, § 626 II BGB, andernfalls das Gesetz gleichsam unwiderruflich vermutet, daß die Sache doch nicht so schlimm war und das Kündigungsrecht verfällt.

7. Änderungskündigung

Als Änderungskündigung wird eine Kündigung bezeichnet, welche zugleich mit der Kündigung ein Angebot zum Abschluß eines Arbeitsvertrages zu veränderten (in der Regel für den Arbeitnehmer verschlechterten) Bedingungen enthält.

Als Grundsatz gilt, daß die Änderungskündigung nur unter denselben Bedingungen zulässig ist wie eine normale Kündigung.

IX. Besonderer Kündigungsschutz

1. Kündigungsschutz nach dem Betriebsverfassungsgesetz

Die Mandatsträger des Betriebsverfassungsgesetzes genießen einen besonderen Kündigungsschutz, § 15. Der Grund liegt darin, daß die Mandatsträger bei der Wahrnehmung von Arbeitnehmerrechten oft in Widerspruch zum Arbeitgeber treten können; sie sollen keine Gefahr laufen, Nachteile infolge ihrer Tätigkeit erleiden.

Dieser besonderer Kündigungsschutz bei außerordentlicher Kündigung.

2. Mutterschutz, Erziehungsurlaub

§ 9 MuSchG bestimmt: *Die Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung ist*

⁵⁹ BAG v. 17.6. 03 NZA 04, Heft 10

unzulässig, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt war oder innerhalb zweier Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird.

Die Konditionalität des Kündigungsschutzes bezweckt, daß die Frau möglichst früh veranlaßt wird, ihrem Arbeitgeber von der Schwangerschaft Mitteilung zu machen.

3. Schwerbehinderte

§ 85 SGB IX bestimmt: *Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwer behinderten Menschen durch den Arbeitgeber bedarf der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes.*⁶⁰ Das gilt auch für die außerordentliche Kündigung, § 91.

Um die Zustimmung des I- Amtes zu erhalten, muß der Arbeitgeber ein Antragsverfahren gem. § 87 ff durchlaufen.

X. Betriebsübergang

Beispiel

1. Der Kläger K arbeitete sechzehn Jahre als Wachmann eines Depots der Bundeswehr bei Rheinweiler. Während dieser Zeit war er sukzessive bei fünf Bewachungsunternehmen beschäftigt, welche nacheinander den Überwachungsauftrag für dieses Depot erhalten hatten. Am 30. September 1995 kündigte die Bundeswehr den mit dem Arbeitgeber des K geschlossenen Bewachungsvertrag und vergab den Auftrag an einem neuen Unternehmer, den beklagten B. B übernahm die für das Depot eingesetzten Wachleute mit Ausnahme des Klägers. K erhob Klage auf Feststellung, daß sein Arbeitsverhältnis auf B übergegangen sei.⁶¹ Zu Recht?

2. Kläger war bei N als LKW –Fahrer angestellt. N unterhielt 27 LKWs, von denen der Kläger immer einen ganz bestimmten LKW fuhr. Als N in Konkurs ging, kaufte Beklagter B drei LKWs aus der Konkursmasse, darunter den vom Kläger gefahrenen. B will den Kläger nicht beschäftigen. Der Kläger beantragt Feststellung, daß sein Arbeitsverhältnis mit wenn auf Weg übergegangen sei. Zu Recht?⁶²

§ 613 a BGB bestimmt: Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein.

⁶⁰ Dem Bürger wird gewiß diese wunderschöne Wortneubildung auf- und gefallen.

⁶¹ EuGH v. 10.12.98 NZA 99, 253

⁶² BAG NZA 2000, 144

Diese zwingende Vorschrift geht auf ein Gesetz aus dem Jahre 1972 (sozial-liberale Koalition) zurück und ist inzwischen über eine entsprechende Richtlinie europäisches Recht geworden. Der Grundgedanke des Gesetzes findet sich auch in § 571 BGB wieder: Wie der Verkauf des Hauses den Bestand des Mietverhältnisses nicht berührt, soll auch der Verkauf eines Betriebsteils die entsprechenden Arbeitnehmer nicht berühren. Ihre Rechte bleiben ungeschmälert. Betriebswirtschaftlich ist diese Vorschrift außerordentlich umstritten, insbesondere dann, wenn sie auch in der Insolvenz des alten Arbeitnehmers, dessen Betrieb nun einem neuen Unternehmer angedient werden soll, Anwendung findet.

Diese Vorschrift findet nicht nur auf Betriebe Anwendung, sondern auch auf Betriebsteile. Im Beispiel macht K geltend, die Neuvergabe des Auftrages an B stellen einen Übergang eines Betriebsteils im Sinne der Richtlinie 77/187 und von § 613 a dar. Ein Betriebsteil muß mit den Worten de EuGH *hinreichend strukturiert und selbständig sein, umfaßt aber nicht notwendigerweise bedeutsame materielle oder immaterielle Betriebsmittel. Die organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern, denen eine gemeinsame Aufgabe zugewiesen ist, kann eine wirtschaftliche Einheit darstellen, ohne daß weitere Betriebsmittel vorhanden sind.* Der EuGH neigte offenbar dazu, hier einen Fall des § 613 a anzunehmen.

Im Einklang mit diesen Gründen verweigerte das Bundesarbeitsgericht dem Kläger im Fall 2. die Weiterbeschäftigung bei B. *Ein Betriebsübergang setzt die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraus. Der Begriff Einheit bezieht sich auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung... Die Identität der Einheit ergibt sich unter anderem aus Personal, Führungskräften, Arbeitsorganisation und Betriebsmethoden.* Bei der Übernahme von einzelnen LKWs könne daher nicht von einem Betriebsübergang gesprochen werden.

In Branchen, in denen es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, Fall 1 war so eine, kann eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Mit diesen Zusatz hat das Bundesarbeitsgericht offenbar die Feststellungen des EuGH im Fall1 abgrenzen wollen.

Da es sich um eine Schutzvorschrift zu Gunsten des Arbeitnehmers handelt, ist dieser nicht in daran gebunden. Gem. Abs. 5 kann der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats widersprechen und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist seinen Wege gehen.⁶³

XI. Befristete Arbeitsverhältnisse

1. Grundsatz

⁶³ Der Widerspruch ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, welche nach Zugang nicht mehr einseitig widerrufen werden kann, BAG v. 30.10.03 NJW 04, 1891.

Im allgemeinen Vertragsrecht wäre es überflüssig, durch ein Gesetz ausdrücklich zu erlauben, daß Verträge befristet geschlossen werden dürfen. Die zwingenden Regeln, allen voran des Kündigungsschutzgesetzes, könnten aber leicht ganz oder teilweise dadurch umgangen werden, daß der Arbeitgeber mit seinem Arbeitnehmer ein befristetes Arbeitsverhältnis abschließt. Darum ist die Befristung eines Arbeitsvertrages grundsätzlich ungültig.

Die massiven Proteste der Wirtschaft gegen die Starrheit des deutschen Kündigungsschutzes haben bewirkt, daß der Gesetzgeber sich zu dem *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TZG)* vom 21. Dezember 2000⁶⁴ durchgerungen hat. Insofern das KSchG eine Ausnahme vom Grundsatz der Vertragsfreiheit ist, ist dieses Gesetz eine Ausnahme von der Ausnahme, indem unter bestimmten Voraussetzungen ein Teil der verloren gegangenen Vertragsfreiheit wieder hergestellt wird.

Ist die Befristung unwirksam, weil diese in § 14 genannten Voraussetzungen nicht eingehalten sind, gilt der *befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen*, § 16. Die Befristung bedarf der Schriftform, §14 Abs. 4.

2. Befristung ohne sachlichen Grund

a. Zweijahresvertrag

Gem. § 14 Abs. 2. TZG ist es zulässig, Arbeitsverhältnisse ohne besonderen Grund auf bis zwei Jahren zu befristeten. Haben die Parteien daher kürzerfristige Arbeitsverhältnisse vereinbart, dann dürfen sie diese dreimal verlängern, wenn damit insgesamt zwei Jahre nicht überschritten werden. Nach Abschluß einer solchen Zweijahresperiode ist der abermalige Abschluß von befristeten Arbeitsverhältnissen zwischen denselben Parteien unzulässig, § 14 II S. 2 .

b. Gründungsbefristung

§ 14 Abs. 2 a bestimmt: *In den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von vier Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig.*

Die Numerierung dieses Absatzes **2a** zeigt, das die Regelung nachgeschoben ist. Erkennbar ist der Gesetzgeber hier bemüht, daß häufig gebrachte Argument der Gründerfeindlichkeit des deutschen Arbeitsrechtes jedenfalls teilweise zu entkräften.

c. Altersbefristung

⁶⁴ Zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. Dezember (!!) 2003.

Die Befristung des Arbeitsverhältnisses ist ohne sonstige sachliche Gründe zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. Lebensjahr vollendet hat. Hiervon verspricht sich der Gesetzgeber eine Verbesserung der Vermittelbarkeit älterer Arbeitnehmer.

3. Begründete Befristung

§ 14 des TZG sagt: *Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist.*

Die vom Gesetz in Betracht gezogenen sachlichen Gründe werden in § 14 Satz 2 Nrn. 1 bis 8 aufgeführt. Entsprechend der Gesetzessprache (*insbesondere*) ist diese Aufzählung nicht abschließend; jedenfalls theoretisch sind also weitere Gründe denkbar, welche Arbeitgeber/Arbeitnehmer geltend machen können, um ein befristetes Arbeitsverhältnis zu rechtfertigen.

Ein, auch mit ausdrücklicher Befristung geschlossener, Arbeitsvertrag, der keinen solchen sachlichen Grund aufweist, wird daher als normaler Arbeitsvertrag behandelt. Der sachliche Grund muß bei Vertragsschluß objektiv vorgelegen haben; wenn er später wegfällt, wird das nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für die Gültigkeit der Befristung unschädlich sein.

Nr. 1 : betrieblicher Bedarf

Hauptgrund für eine Befristung ist *wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht*. Dieser Fall ist gegeben, wenn der Arbeitgeber auf Grund greifbarer Tatsachen annehmen darf, daß der Arbeitskräftebedarf wieder wegfällt. In Betracht kommen also befristete Projekte, saisonale Spitzen usw. Die bloße Unsicherheit über die künftige Konjunktur und ihre Auswirkungen auf den Arbeitskräftebedarf des Arbeitnehmers rechtfertigt eine Befristung nicht.

Nr. 3 Vertretung eines verhinderten Arbeitnehmers

Typischer Fall wird sein die Vertretung einer in Mutterschutz befindlichen Arbeitnehmerin.

Nr. 6 Gründe in der Person des Arbeitnehmers

In Betracht kommt der Wunsch des Arbeitnehmers, sich nach Ablauf der Befristung um seine Familie zu kümmern usw. Bei diesem Ausnahmegrund ist allerdings darauf zu achten, daß er als Vorwand „ mißbraucht“ werden könnte. Die unqualifizierte Bezeichnung im befristeten Arbeitsvertrag mit „ persönliche Gründe“ dürfte daher unter dem Risiko stehen, vom Arbeitsgericht gegebenenfalls nicht anerkannt zu werden.

4. Ende des befristeten Arbeitsvertrages

Ein befristeter Arbeitsvertrag endet mit Ablauf der vereinbarten Zeit, § 15 Abs. 1. Die ordentliche Kündigung ist während der Laufzeit des befristeten Vertrages in der Regel ausgeschlossen, kann aber einzelvertraglich oder durch Tarifvertrag vorbehalten werden, § 15 Abs. 3.

XII. Arbeitszeugnis

Gem. § 630 BGB hat er Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch darauf, daß der Arbeitgeber in ein schriftliches Zeugnis *über das Dienstverhältnis und dessen Dauer* erteilt.

Man unterscheidet allgemein zwischen zwei Farben des Zeugnisses.

- Einfaches Zeugnis: es umfaßt die Art der Tätigkeit und die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses, gegebenenfalls weiter sachliche Hinweise, jedoch ohne Bewertung der Arbeitsqualität und des Arbeitnehmers.
- Qualifiziertes Zeugnis: auf Verlangen des Arbeitnehmers ist der Arbeitgeber verpflichtet, ein qualifiziertes Zeugnis mit einer objektiven Beurteilung der Arbeitsleistungen und der Führung des Arbeitnehmers. Auszustellen.

Das Arbeitszeugnis ist eine Beurteilung des Arbeitgebers über den Arbeitnehmer, folglich liegt der Wortlaut im Ermessen des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch darauf, daß dieser bestimmte Formulierungen verwendet oder bestimmte Leistungen besonders heraus hebt bzw. weniger positive Aspekte unterschlägt. Es gilt auch hier der allgemeine Grundsatz des § 242 BGB. Ausgangspunkt ist stets, daß das Zeugnis der Wahrheit entsprechen muß. Der Arbeitgeber kann sich gegebenenfalls einem künftigen Arbeitgeber des Arbeitnehmers schadensersatzpflichtig machen, wichtige Punkte unterschlägt oder falsch darstellt. ZB: im Zeugnis des wegen Unterschlagung entlassenen Buchhalters B wird dessen Treue und Genauigkeit betont, woraufhin B als im neuen Arbeitgeber die selben Touren dreht.⁶⁵

Und dabei unter Wahrheitspflicht hat die Rechtsprechung geht jedoch vielfach ausgesprochen, daß ein Zeugnis *von einem verständigen Wohlwollen gegenüber dem Arbeitnehmer getragen sein muß, welches ihn das berufliche Fortkommen nicht unnötig erschwert.*⁶⁶

Des liegt auf der Hand, an das zwischen Wahrheitspflicht und Wohlwollen gelegentlich ein Spagat zu machen ist. Es entstehen hier ähnliche Probleme wie bei der Bankauskunft, welche ebenfalls zwar ein zutreffendes Bild über den Kunden geben muß, andererseits aber diesen auch nicht im Markt diskreditieren darf.

⁶⁵ Als Anspruchsgrundlage kommend in der § 826 BGB; der Verfasser möchte darüber hinaus in § 630 BGB (auch) ein Schutzgesetz gemäß § 823 Abs. 2 BGB sehen. Grund: der Arbeitgeber weiß, daß ein Arbeitszeugnis einem neuen Arbeitgeber vorgelegt wird.

⁶⁶ LAG Baden - Württemberg DB 93, 1040

C. Kollektives Arbeitsrecht

I. Tarifvertragsrecht

Beispiel:

Der Kläger ist ein Verband von Beschäftigten des DGB und dessen Einzelgewerkschaften (VGB). Der Verbandszweck ist es, die wirtschaftlichen und sozialen Interessen der Arbeitnehmer der Gewerkschaften gegenüber dem Arbeitgeber Gewerkschaft zu vertreten. Der Hauptvorstand der zum DGB gehörenden Gewerkschaft GdED, Beklagte, faßte unter dem 11. August 1994 den Beschluß, daß die Mitgliedschaft im VGB unvereinbar sei mit der Mitgliedschaft in der GdED (welche ihrerseits praktisch Voraussetzung für eine Beschäftigung bei dieser Gewerkschaft war). Die Bekl. drohte ihren Beschäftigten für den Fall der Mitgliedschaft im VGB den Ausschluß aus der Gewerkschaft an. Der Kläger verlangte von der Beklagten den Unvereinbarkeitsbeschluss aufzuheben und der Bekl. zu verbieten, die genannte Drohung weiter aufrechtzuerhalten.⁶⁷ Zu Recht?

1. Grundsatz der Koalitionsfreiheit

a. Arbeitnehmer

Eine der wesentlichen Errungenschaften der europäischen Aufklärung ist die Vereinigungsfreiheit der Bürger zur Erreichung legaler Ziele. Dieser in Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz formulierte Grundsatz gilt im Arbeitsrecht als Grundsatz der Koalitionsfreiheit in zwei Formen:

- positive Koalitionsfreiheit: jeder Arbeitnehmer ist frei, sich einer Organisation oder Interessengemeinschaft anzuschließen, insbesondere also einer Gewerkschaft.
- negative Koalitionsfreiheit: jeder Arbeitnehmer ist frei, sich nicht zu organisieren.

Maßnahmen und Versuche des Arbeitgebers oder anderer Stellen, diese Freiheit zu beeinträchtigen, sind rechtswidrig. Die Bekl. hatte dargelegt, daß die Mitglieder der VGB sich ihr gegenüber auf die Koalitionsfreiheit nicht berufen dürfen, weil sie in einem unlösbaren Loyalitätskonflikt stünden; es sei widersinnig, wenn der VGB einen Arbeitskampf gegenüber einem Arbeitgeber ins Auge fasse, welcher selbst als Satzungszweck die Durchsetzung von Arbeitnehmerinteressen habe. Dem ist das BAG nicht gefolgt. Im Beispiel sagte das BAG: *Die Koalitionsfreiheit gilt für jedermann und für alle Berufe.* Der Beklagten wurde aufgegeben, den Unvereinbarkeitsbeschluss aufzuheben und alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Gewerkschaftsbeschäftigten daran hindern könnten, sich zusammenzuschließen.

⁶⁷ BAG v. 17.2.98 NZA 754

b. Arbeitgeber

Die Koalitionsfreiheit besteht auch für Arbeitgeber. Auch hier gilt: kein Arbeitgeber darf gezwungen werden, einer Tarifgemeinschaft, einem Arbeitgeberverband usw. beizutreten oder fernzubleiben.

2. Begriff des Tarifvertrags

§ 1 Tarifvertragsgesetz bestimmt: *Der Tarifvertrag regelt die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können.*

Entscheidend ist der Begriff der Tarifvertragsparteien. Diese sind in § 2 definiert, nämlich

- Gewerkschaften
- einzelner Arbeitgeber (nicht aber einzelne Arbeitnehmer)
- sowie Vereinigungen von Arbeitgebern

§ 3 des Gesetzes sagt: *tarifgebunden sind die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber, der selbst Teil des Tarifvertrages ist.*

Tarifverträge sind Verträge und können daher grundsätzlich nur die Vertragspartner binden. Aus § 3 folgt aber, daß der einzelne Arbeitnehmer/Arbeitgeber sich der Verbindlichkeit des Tarifvertrages nur dadurch entziehen kann, daß er vor Abschluß des Vertrages aus der entsprechenden Vereinigung austritt. Tritt er während des Laufs eines Tarifvertrages aus oder löst sich der Verband während dieser Zeit auf, so wirkt der TV bis zu seinem Ende nach.⁶⁸

Flächentarifvertrag: das von den Gewerkschaften und grundsätzlich auch von der Politik gewünschte Ziel möglichst gleichartiger Lebensverhältnisse, wenn nicht in ganz Deutschland, so doch in größeren zusammenhängenden Gebieten wird durch den so genannten Flächentarifvertrag am ehesten verwirklicht. Arbeitnehmer einer Branche, zB des metallverarbeitenden Gewerbes, haben dann im Tarifbezirk, Nordrhein, Nordrhein dieselben Arbeitsbedingungen. In Bezug auf die Arbeitskosten und Arbeitsbedingungen ist damit in dem entsprechenden Tarifbezirk ein möglicherweise zu Lasten der Arbeitnehmer stattfindender Wettbewerb um Arbeitsbedingungen ausgeschaltet.⁶⁹

⁶⁸ BAG NZA 98, 40

⁶⁹ Bemerkenswert ist, das Kartelle, welche in der Wirtschaft als ein Werkzeug des Teufels angesehen werden, geradezu als wohltätig gepriesen werden, wenn sie auf der Seite der Arbeitnehmerschaft stattfinden.

Haustarifvertrag: die Nachteile des Flächentarifvertrages sind zugleich die Vorteile des Haustarifvertrages, in welchem mit einem einzelnen Arbeitgeber ein Tarifvertrag, abgestimmt auf dessen finanzielle und sonstige Situation, geschlossen wird.

3. Inhalt des Tarifvertrages

a. Schuldrechtlicher Teil des Tarifvertrags

In erster Linie ist der Tarifvertrag ein Vertrag zur Regelung von Rechten und Pflichten der Vertragsschließenden, also der Tarifvertragsparteien im Sinne von § 2. In diesem Teil des Tarifvertrages finden sich Regelungen von der Art wie folgt

- Verpflichtung der Parteien, nach Ablauf des Tarifvertrages im Nichteinigungsfall nicht gleich zu streiken oder auszusperrern, sondern ein Schlichtungsverfahren durchzuführen.
- die Pflicht der Tarifvertragsparteien während der Laufzeit des Vertrages keine Kampfmaßnahmen vorzunehmen (Friedenspflicht).
- Pflichten der Tarifvertragspartei, auf ihre Mitglieder im Sinne des Tarifvertrages hinzuwirken,
- usw.

b. Normativer Teil des Tarifvertrags

Normativ heißt der Teil des Tarifvertrages, welcher in gesetzesähnlicher Weise (Normen) Regelungen für die einzelnen Arbeitsverträge trifft. In seinem normativen Teil ist der Tarifvertrag ein Vertrag zu Gunsten aber auch - das ist eine Besonderheit im Recht- zu Lasten der Vertragsparteien.

Die Regeln des Tarifvertrages sind kein Gesetz, aber insofern sie über § 3 TarifvertragsG unmittelbar für und gegen die Mitglieder der Tarifvertragsparteien wirken, haben sie gesetzesähnliche Bedeutung. Aus diesem Grunde haben die Grundrechte unmittelbare Geltung für Tarifvertragsnormen.

Die normativen Regelungen des Tarifvertrages betreffen Lohnhöhe und Lohnzuschläge, Arbeitszeit und weitere Modalitäten des Arbeitsvertrages. Sie können enthalten Regelungen zur Betriebsordnung und Arbeitssicherheit.

Hier ergeben sich Überschneidungen mit den Kompetenzen des Betriebsrates bzw. den Parteien von Betriebsvereinbarungen, vgl. § 77 Abs. 3 BetrVG. .

II. Das Arbeitskampfrecht

1. Streik

Eine Revolution ist der gezielte kollektive Gesetzesbruch zur Herbeiführung anderer Gesetze. Ähnlich kann man den Arbeitskampf, Streik, als den gezielten kollektiven Bruch arbeitsvertraglicher Pflichten ansehen, zur Erzielung anderer Vertragsbedingungen. Der formgerecht durchgeführte Arbeitskampf gilt als gem. Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz legitimiert. Gesetzliche Regelungen fehlen. Die Tarifvertragsparteien haben es daher im wesentlichen selbst in der Hand, die Modalitäten festzulegen, unter welchen ein Arbeitskampf als formgerecht anzusehen ist. Der Arbeitskampf ist ein *Arbeits*-Kampf. Es ist die von Gewerkschaftsseite oft bestrittene, aber wohl immer noch herrschende, Meinung, daß ein Arbeitskampf zur Herbeiführung von allgemeinerpolitischen Zielen, zB Herauf- oder Herabsetzung der Renten, Abschaffung von Atomkraftwerken usw. rechtswidrig ist.⁷⁰

Es existiert Rechtsprechung dazu, was im einzelnen während eines Arbeitskampfes erlaubt bzw. nicht erlaubt ist.. Zum Beispiel ist es nicht erlaubt, Streikposten aufzustellen, welcher arbeitswillige Arbeitnehmer am Betreten ihrer Arbeitsstelle behindern. Auch diese Fragen sind im wesentlichen theoretisch. In der Praxis werden halt doch Streikposten aufgestellt.⁷¹

2. Aussperrung

Die Aussperrung ist der Streik der Arbeitgeber. Auch diese Arbeitskampfmaßnahme wird letztlich auf Art. 9 Grundgesetz zurückgeführt und, wenn auch von den Gewerkschaften bekämpft, von den Arbeitsgerichten unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit der Tarifvertragsparteien verteidigt.

Lebenspraktisch geschieht eine Aussperrung dadurch, daß ein Unternehmer seine Pforten schließt und den Arbeitnehmern, in streikenden sowohl wie auch den arbeitswilligen, die Aufnahme der Arbeit verweigert. An sich liegt hierin ein Annahmeverzug des Arbeitgebers, der ihn von der Verpflichtung zur Lohnzahlung nicht befreit. Die besonderen Umstände des Arbeitskampfes legen aber eine juristische Konstruktion etwa wie folgt nahe: Die Aussperrung suspendiert die Rechte und Pflichten der Arbeitskampfparteien für die Dauer des Kampfes. Die Arbeitnehmer haben daher, solange der Arbeitskampf dauert, keine Arbeitspflichten, sie können also ihre Arbeit auch nicht im Sinne von § 294 BGB anbieten.

Die so genannte **Abwehraussperrung**, als Reaktion der Arbeitgeber auf einen angedrohten oder ins Werk gesetzten Streik, gilt allgemein als rechtmäßig. Die **Angriffsaussperrung**, also die Kampfhandlung der Arbeitgeber zur Erzielung besserer Vertragsbedingungen, gilt zwar ebenfalls als legal, wird aber von vielen als

⁷⁰ Diese Fragen sind jedoch weitgehend theoretisch. Der Arbeitskampf ist auch ein anthropologisches Phänomen, in welchem sich eine Gesellschaft im Überdruß durch Auslösung chaotischer Prozesse gelegentlich Luft verschafft.

⁷¹ Wer sich gegen die rechtswidrigen Handlungen von Streikposten zur Wehr setzt, also eigentlich rechtmäßig handelt, wird noch bestraft. Auch Richter und Staatsanwälte sind letztlich Arbeitnehmer und wissen, daß das Votum ihres Personalrats, der auch aus Menschen zusammengesetzt ist, die selbst als Streikposten in Frage kommen, eine Rolle spielen kann, wenn es um ihre Beförderung geht. Es ist ganz allgemein davor zu warnen, gegen eine Menschenmasse „Recht“ zu fordern.

rechtswidrig angesehen. Diese Frage ist jedoch bisher theoretisch, weil es eine Angriffsaussperrung in Deutschland bisher noch nicht gab.

D. Betriebsverfassungsrecht

I. Einführung

1. Grundgedanke des Betriebsverfassungsrechts

Der Unternehmer ist zwar Eigentümer der Produktionsmittel, er ist aber Vertragspartner und nicht Herr der Arbeitnehmer. Als Eigentümer der Produktionsmittel ist der Unternehmer verantwortlich für die unternehmerischen Entscheidungen und damit für die eigentliche Richtung, welche ein Unternehmen geht. Er trägt das wirtschaftliche Risiko von Erfolg und Mißerfolg. Es ist daher angebracht, daß er unternehmerische Entscheidungen grundsätzlich in eigener Verantwortung trifft. Das gibt dem Unternehmer ein natürliches Übergewicht über jeden einzelnen seiner Vertragspartner, die einzelnen Arbeitnehmer. Die Gefahr besteht, daß ein Unternehmer der Versuchung erliegt, seine Rolle als Vertragspartner im Sinne eines Herrschaftsverhältnisses zu verstehen.

Dem wirkt das Betriebsverfassungsgesetz entgegen. Dieses Gesetz gibt den Arbeitnehmern eines Betriebes einen Handlungsrahmen, in welchem sie sich zusammenschließen können, um gemeinsame Anliegen der Arbeitnehmerschaft eines Betriebes gegenüber dem Unternehmer zur Geltung zu bringen.

Richtig gehandhabt ist das Betriebsverfassungsrecht auch für den Arbeitgeber ein wirkungsvolles Führungsinstrument, mit welchem sich anbahnende Konflikte frühzeitig erkannt und gelöst werden können.

2. Heutige Problematik

Die Idee des Betriebsrates als eines Vertrauensorgans der Mitarbeiter gegenüber dem Arbeitgeber war sinnvoll in einer Zeit, in welcher der Arbeitgeber auf Grund der damaligen Rechtslage ungeschminkt die Attitüde des Herrn im Hause spielen durfte. Das hat sich längst geändert. Der Arbeitnehmer hat vielfache Rechte, welche er in einem funktionierenden System des Rechtsschutzes durchsetzen kann.

Betriebsräte sind heute zu einem Machtfaktor in den Unternehmen geworden, welche die Entscheidungsfreiheit des Unternehmers in vieler Hinsicht beschränken. Der Hauptkostenblock in wohl allen Unternehmen sind die Personalkosten. Das Gesetz weist dem Betriebsrat gerade in diesem Bereich, bei der Gehaltsfindung und der Schaffung von Anreizsystemen für Mitarbeiter, besonders ausgeprägte Mitwirkungsrechte zu. Der Betriebsrat hat so einen wesentlichen Teil der Budgetverantwortung an sich gezogen, ohne das wirtschaftliche Risiko für die Gehalts- und Personalpolitik des Unternehmen tragen zu müssen.

In Betrieben in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft mit mehr als 500 Mitarbeitern ist zusätzlich zum Betriebsrat ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu installieren, welcher zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen muß. Der Arbeitgeber sieht sich daher auf zwei Seiten den Mitwirkungsansprüchen und gesetzlich sanktionierten Mitwirkungsrechten der Arbeitnehmer gegenüber.

Ein großer Teil der innerbetrieblichen Willensbildung, welche der Umsetzung von Unternehmenszielen dienen könnte, wird daher durch Auseinandersetzungen mit den diversen Mitbestimmungsrechten absorbiert.

3. Reformvorschlag

Die ursprünglich heilsame Idee des Betriebsverfassungsrechts ist heute nicht mehr ganz sinnvoll. Das Beste wäre wohl, das Betriebsverfassungsgesetz (fast) ersatzlos zu streichen. Statt dessen sollte ein zu wählender Arbeitnehmersausschuss das Recht bekommen, sich dauernd über die Gesamtlage des Betriebes zu informieren und dem Arbeitgeber Vorschläge zu machen. Es ist daran zu denken, den Arbeitgeber zu verpflichten, qualifizierte Vorschläge des Arbeitnehmersausschusses qualifiziert zu beantworten und gegebenenfalls in einem nicht-öffentlichen Beschlußverfahren zur arbeitsgerichtlichen Überprüfung zu stellen, vgl. § 80 I BetrVG. .

Im praktischen Arbeitsleben ist es oft verständlich, daß ein Arbeitnehmer seine Beschwerden anonym vorbringen will. Dem Arbeitnehmersausschuss könnte in solchen Fällen das Recht gegeben werden, im eigenen Namen, also ohne Nennung des betreffenden Arbeitnehmers, dessen Rechte gegenüber dem Arbeitgeber und gegebenenfalls vor dem Arbeitsgericht durchzusetzen, vgl. § 85..

Der Verfasser weiß natürlich, daß solche Vorschläge ohne jede Aussicht auf Erfolg sind. Das Betriebsverfassungsrecht ist politisch völlig unantastbar. Außerdem sichert es nicht nur Tausenden von freigestellten Betriebsratsmitgliedern eine meist recht kommode Existenz. Mindestens ebenso viele Juristen und juristische Autoren, die auf der Basis des geltenden, ziemlich komplizierten, Betriebsverfassungsrechts immer dickere Werke schreiben, leben davon. Der gesamtgesellschaftliche Nutzen all dieser Werke ist angesichts des zweifelhaften Nutzens des Betriebsverfassungsrechts selbst zweifelhaft. Insgesamt werden durch die schlichte Existenz dieses Rechtsgebietes juristische und sonstige Ressourcen in grandioser Weise fehlallokiert.

II. Anwendungsbereich des BetrVG

1. Anwendungsbereich und Bedeutung

Das Betriebsverfassungsgesetz findet Anwendung auf private gewerbliche Einrichtungen. Gem. § 130 findet dieses Gesetz keine Anwendung auf Verwaltungen und Betriebe der öffentlich-rechtlichen Körperschaften, wozu auch die Kirchen gehören. Im öffentlichen Bereich gibt es die landesrechtlichen

Personalvertretungsgesetze, welche inhaltlich im wesentlichen dem Betriebsverfassungsgesetz entsprechen.

Das bei weitem wichtigste Dokument des Betriebsverfassungsrecht ist das Betriebsverfassungsgesetz. Inhalt und Bedeutung dieses Gesetzes wäre leichter zu verstehen, wenn dieses Gesetz *Betriebsratsgesetz* hieße. Davon handelt das Gesetz.

2. Begriffe

Das Gesetz heißt *Betriebs* - nicht Unternehmensverfassungsgesetz. Wie im KSchG ist der Bezugsrahmen des Gesetzes also nicht das Gesamtunternehmen, oder gar die Gruppe von Unternehmen, welche demselben Unternehmer gehört, sondern der einzelne Betrieb. Der Begriff des Betriebs ist daher, wie auch für andere Arbeitsgesetze, von entscheidender Bedeutung. *Betrieb* ist im Gesetz nicht definiert. Einigkeit besteht aber darüber, daß Betrieb und Unternehmen nicht dasselbe sind. Unternehmen ist ein Rechtsbegriff, Betrieb ist ein wirtschaftlicher Begriff. Der Betrieb gehört zu einem Unternehmen, dem Betrieb gehört aber kein Unternehmen. Das in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft geführte Unternehmen kann zum Beispiel eine Reihe von Betrieben haben, nicht umgekehrt.

Im Einzelnen ergeben sich viele Fragen. Der Begriff des Betriebs ist nicht nur von Unternehmen abzugrenzen, sondern auch von dem Begriff eines Betriebsteils, etwa für den Fall, daß ein Betrieb in verschiedenen Gebäuden untergebracht ist.

III. Der Betriebsrat

Beispiel:

Rechtsanwälte R und A haben vier Mitarbeiter. Der langjährige Mitarbeiter M wird häufig krank. Aus alter Treue wollen die Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ihm aber nicht kündigen. Sie überlegen statt dessen, eine neue Kraft einzustellen.⁷² Ist das klug?

1. Bildung des Betriebsrates

Im Eingangsfall werden die Arbeitgeber es sich dreimal überlegen, einen neuen Mitarbeiter einzustellen. Die Überschreitung der magischen Zahl von fünf Mitarbeitern würden nicht nur das KSchG in Kraft setzen, sondern zusätzlich die Gefahr heraufbeschwören, daß die Mitarbeiter einen Betriebsrat gründen. Auf Grund des dann geltenden § 102 Betriebsverfassungsgesetz hätten die Arbeitgeber sofort einen wichtigen Teil ihrer Personalhoheit verloren. Sie wären nun auch nicht mehr frei, durch Kündigung wieder unter die 5er – Grenze zu kommen.

⁷² The Economist v. 8. Mai 2004 führt aus, S. 72: Now the Betriebsrat has too much power...und zitiert einen deutschen Arbeitgeber: *Can you imagine the anxiety in a small law firm, with four staff and one part time worker about the implications of taking on another worker ?*

§ 1 Betriebsverfassungsgesetz bestimmt: *In Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, werden Betriebsräte gewählt.*

§ 2 fordert Arbeitgeber und den Betriebsrat auf, nicht nur miteinander vertrauensvoll umzugehen, sondern – Absatz 2 – auch, die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften in diese Zusammenarbeit einzubeziehen. Es wird klar herausgestellt, dass Betriebsrat und Gewerkschaften nicht dasselbe sind und auch nicht dieselben Ziele haben. Vorrang haben die betrieblichen Ziele.

Der Begriff des Arbeitnehmers entspricht dem allgemeinen Verständnis, vgl. auch § 5, leitende Angestellte fallen nicht unter das Betriebsverfassungsrecht und sind weder aktiv noch passiv zum Betriebsrat wahlberechtigt.

Es gibt viele Betriebe in Deutschland, welche keinen Betriebsrat haben, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Der Unternehmer/Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, von sich aus auf die Gründung eines Betriebsrats hinzuwirken. Die Arbeitnehmer sind lediglich berechtigt, und aus Sicht des Gesetzes sollten sie, einen Betriebsrat zu bilden. Der Arbeitgeber darf daher nichts tun, was die Bildung eines Betriebsrats behindert.

Die Zahl der Betriebsratsmitglieder folgt aus der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer. Bei bis zu zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern ist eine Person zu wählen, in einem Betrieb von bis zu 5000 Mitarbeitern besteht der Betriebsrat aus 29 Mitglieder, § 9. .

Gestaffelt nach der Zahl der Arbeitnehmer sind Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen: bei bis zu 500 Arbeitnehmern: 1, bei bis zu 1500 sind es 3. Kalkulatorisch haben also durchschnittlich 500 Mitarbeiter jeweils ein freigestelltes Betriebsratsmitglied zu finanzieren. Die Tatsache, daß der Arbeitgeber keine Beiträge für die Finanzierung des Betriebsrates erheben darf, § 41 Umlageverbot, ändert an der betriebswirtschaftlichen Wahrheit nichts.⁷³

⁷³ Nach Berechnungen der deutschen Wirtschaft belastet das Betriebsverfassungsrecht den deutschen Arbeitnehmer durchschnittlich mit DM 1000/Jahr. Es wäre wohl überflüssig, den Arbeitnehmer zu fragen, ob er die Segnungen der betrieblichen Mitbestimmung genießen möchte oder ob er lieber monatlich rund DM 50 netto mehr in der Tasche hätte. Freigestellte Betriebsratsmitglieder werden das natürlich anders sehen.

3. Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates

Die allgemeinen Grundsätze der betrieblichen Mitbestimmung ergeben sich aus den §§ 74 – 86a. Systematisch kann man diese Vorschriften als eine Art Verfahrensordnung der Arbeitnehmerwirkung ansehen. Nach allgemeinen Grundsätzen und Abgrenzungen, § 74, regeln § 76 und 76a die Einigungsstelle. § 77 betrifft den wichtigen Bereich der Betriebsvereinbarung usw. Die inhaltliche Ausgestaltung der Mitwirkungsrechte ist in den §§ 87 – 113 geregelt.

Das Gesetz untergliedert die Mitwirkungsrechte des Betriebsrates nach Sachbereichen, nämlich

- soziale Angelegenheiten, §§ 87 ff
- organisatorische Angelegenheiten, also Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung, §§ 90 ff
- personelle Angelegenheiten, §§ 92 ff
- wirtschaftliche Angelegenheiten. §§ 106 ff

In diesen Bereichen kommenden jeweils Mitwirkungsrechte des Betriebsrates zum Tragen, welche unterschiedliche Ansätze haben. Diese können nach ihrer Eingriffstiefe von unverbindlich - freundschaftlich bis zum Vetorecht gestaffelt werden

- Informationsrechte, § 80 Abs. 2,
- Anhörungsrechte, insbesondere § 102
- Vorschlagsrechte, § 90 Abs. 2
- Beratungsrechte §§ 90, 92
- Mitstimmungsrechte, zB § 95: *bedürfen der Zustimmung*

4. Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten

§ 87 ist die wesentliche Grundlage der betrieblichen Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, wobei der gesetzliche Vorbehalt *so weit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht*, im Einzelfall zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen kann.

Die Mitbestimmung in den vom Gesetz genannten Sachbereichen wird dadurch verwirklicht, daß der Betriebsrat vom Arbeitgeber fordert, bestimmte Gegenstände so zu regeln, wie der Betriebsrat es vorschlägt. § 87 ist eine gesetzliche Anspruchsgrundlage. Der Betriebsrat hat keinen Anspruch darauf, daß der Arbeitgeber seinen Vorschlägen entspricht. Er hat aber einen Anspruch darauf, daß der Arbeitgeber, systematisch ausgedrückt, gem. § 315 BGB, nämlich nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung aller Gegebenheiten des Einzelfalls, die Vorschläge soweit verwirklicht, als sie sinnvoll und möglich sind.

Kommt eine Einigung nicht zu Stande, so entscheidet ein - wie man es nennen könnte - innerbetriebliches Schiedsgericht, nämlich die Einigungsstelle, § 76. Gegen

den Spruch der Einigungsstelle können beide Seiten die Entscheidung des Arbeitsgerichts anrufen, welches dann im so genannten Beschluß verfahren entscheidet, §§ 2a, 80 ArbGG.

5. Mitbestimmungsrechte in organisatorischen Angelegenheiten

Fragen der Betriebsorganisation gehören grundsätzlich zum unternehmerischen Bereich, in denen eine unmittelbare Mitbestimmung der Arbeitnehmerseite nicht angebracht ist. Diese Maßnahmen können aber Auswirkungen auf die soziale und personelle Situation der Arbeitnehmer haben. § 90 verpflichtet den Arbeitgeber daher den Betriebsrat *rechtzeitig unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu unterrichten*, wenn bestimmte Maßnahmen geplant sind. Die Unterrichtung hat zum Ziel, dem Betriebsrat die Möglichkeit zugeben, eigene Vorstellungen geltend zu machen.

Der Betriebsrat erkannte den geplanten Maßnahmen nur dann widersprechen, wenn sie *den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit offensichtlich widersprechen*, § 91. Gegebenenfalls entscheidet die Einigungsstelle, gegen dessen Spruch wiederum das Arbeitsgericht angerufen werden kann.

6. Mitbestimmungsrechte in personellen Angelegenheiten

Beispiel

Der Kläger war bei der Bekl. in deren Werk K, das seit dem 30. September 1996 stillgelegt ist, beschäftigt. Die Bekl. hatte dem Kläger im Hinblick auf diese Stilllegung am 20. März zum 31. Dezember 1995 gekündigt. K hat gegen diese Kündigung Schutzklage erhoben. Er macht einen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend, weil der Betriebsrat der Bekl. der beabsichtigten Kündigung zum 31. Dezember 1995 widersprochen hatte, und zwar mit den Worten: *Der Betriebsrat ist der Auffassung, daß eine Weiterbeschäftigung für den Kläger möglich ist. Nach den bisherigen Informationen ist eine Fortführung der bis heute in K durchgeführten Tätigkeiten an anderen Orten geplant, daher ist der Wegfall des Arbeitsplatzes nicht zwingend*. Die Bekl. behandelte diesen Widerspruch als unbeachtlich und setzte den Kläger definitiv frei.⁷⁴ Hatte der Kläger einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung?

a. Grundsatz

§ 92 bestimmt: *der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Personalplanung.... Anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten*.

Das Gesetz bekräftigt also das die Entscheidung über Personalfragen grundsätzlich bei dem Arbeitgeber liegt. Der Betriebsrat hat aber in einer Reihe von Einzelfragen das Recht mitzuwirken, zB

⁷⁴ BAG v. 17.6.99 NZA 99, 1154

- er kann gem. § 92 Abs. 2 Vorschläge für die Einführung einer Personalplanung machen
- erkannte gem. § 92 a Vorschläge zur Sicherung und Förderung der Beschäftigung machen
- der Betriebsrat kann gem. § 93 verlangen, daß Arbeitsplätze in der betrieblich ausgeschriebenen werden müssen

Weit gehend ist das Recht des Betriebsrates gem. § 95. wenn der Arbeitgeber Richtlinien über die personelle Auswahl Einstellungen, Versetzungen, Gruppierungen und Kündigungen aufstellt, muß der Betriebsrat zustimmen. In Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern kann der Betriebsrat verlangen, daß solche Richtlinien aufgestellt werden.

b. Einzelmaßnahmen

Gem. § 99 muß der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Einstellung, Ei- oder Umgruppierungen und Versetzung unterrichten und ihm die Bewerbungsunterlagen des Kandidaten vorliegen. Der Betriebsrat kann seine Zustimmung aus den Gründen des § 99 Abs. 2 verweigern, die gegebenenfalls gem. § 99 Abs. 4 vom Arbeitsgericht ersetzt werden kann. Aus dringenden Gründen kann der Arbeitgeber sich zwar gem. § 100 über eine Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates hinwegsetzen. Bleibt der Betriebsrat aber bei seiner Weigerung unter die Zustimmung nicht der durch das Arbeitsgericht ersetzt, *so ändert die vorläufige personelle Maßnahme* - ggfs ändert also das ohne Zustimmung des Betriebsrats begründete Arbeitsverhältnis mit einem neuen Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf Kündigungsgründe nach dem Kündigungsschutzgesetz.

c. Mitwirkung bei Kündigungen

Das Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei Kündigungen gem. § 102 ist von großer praktischer Bedeutung: *Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.*

Der Betriebsrat hat ein Recht gehört zu werden, die Wirksamkeit der Kündigung ist aber nicht von seiner Zustimmung abhängig. Der Betriebsrat kann der Kündigung widersprechen. Der Widerspruch ist aber nur beachtlich, wenn er mit Gründen gem. § 102 Abs. 3 versehen ist. Im Beispielsfall genügte es daher nicht, wenn der Betriebsrat pauschal behauptet, eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestehe. Der Betriebsrat ist verpflichtet, konkret darzulegen, *auf welchem freien Arbeitsplatz eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in Betracht kommt, hierbei muß der Arbeitsplatz im bestimmter Weise angegeben und der Bereich bezeichnet werden, in dem der Arbeitnehmer anderweitig beschäftigt werden kann(BAG).*

Hat der Betriebsrat der Kündigung gemäß § 102 Abs.3 widersprochen und hat der Arbeitgeber trotzdem die Kündigung ausgesprochen, *so muß der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen*

weiterbeschäftige, § 102 Abs. 5. von dieser Pflicht bekannte Arbeitgeber durch das Arbeitsgericht entbunden werden wenn er besonders dringliche Gründe geltend machen kann.

d. Kündigungsverlangen seitens des Betriebsrats

Gleichsam Gegenstück zur Mitwirkung des Betriebsrates bei Kündigungen des Arbeitgebers ist das Recht des Betriebsrates, vom Arbeitgeber den Ausspruch der Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer zu verlangen, der durch gesetzlich widriges Verhalten oder durch grobe Verletzung arbeitsrechtlicher Grundsätze *insbesondere durch rassistische oder fremdenfeindliche Betätigungen dem Betriebsfrieden wiederholt und ernstlich stört*, § 104

7. Mitbestimmungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten

a. Grundsatz

Mitberatungs- und Mitbestimmungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten ergeben sich für den Betriebsrat über die Bildung eines Wirtschaftsausschusses, § 106, der in Unternehmen mit mehr als 100 ständigen Arbeitnehmern gebildet werden muß.

b. Betriebsänderungen

Von besonderer Bedeutung sind die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, § 111, und der Erstellung eventueller Sozialpläne. In diesem Bereich ist die Stellung des Betriebsrats besonders stark, § 112 a.

Die gesetzliche und darüber hinaus gewohnheitsrechtliche Regelung der Aufstellung von Sozialplänen im Falle von Betriebsänderungen und Betriebsschließungen ist in den jeweiligen Einzelfällen sozial verständlich, gesamtwirtschaftlich aber fragwürdig..

Anhang I

Prüfungsschema für die Wirksamkeit einer Kündigung bei Geltung des KSchG*

I. Allgemeine Voraussetzungen der Gültigkeit der Kündigung

1. Ist die Kündigungserklärung nach BGB gültig?
 - a. Das Wort *Kündigung* muß nicht zwingend gebraucht werden, obwohl dieses immer zu empfehlen ist. Unverzichtbar ist, daß eindeutig der Wille zum Ausdruck kommt, das Arbeitsverhältnis zu beenden.
 - b. Ist die Willenserklärung gem. § 104 ff BGB in Ordnung? Wenn der Arbeitgeber nicht in Person gekündigt hat, ist zu prüfen, ob die kündigende Person dazu hinreichend bevollmächtigt war, § 164 BGB, § 48 HGB (Prokurist).
 - c. Ist die Schriftform gem. § 623 BGB eingehalten?
 - d. Ist die Kündigungsfrist eingehalten?

2. Wenn der Betrieb einen Betriebsrat hat, ist zu prüfen, ob dieser ordnungsgemäß beteiligt wurde. § 102 BetrVG lautet:

Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

In der öffentlichen Verwaltung entspricht dem Betriebsrat die Personalvertretung nach dem Personalvertretungsrecht in der Bundesländer mit dem wesentlichen denselben Aufgaben wie der Betriebsrat.

3. Gibt es außerhalb des KSchG ist besonderen Kündigungsschutz? MuSchG ? § 18 Bundeserziehungsgeldgesetz? usw.

II. Voraussetzungen nach dem KSchG

1. Ist das KSchG anwendbar? § 1 und § 23

2. Ist die Kündigung nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls ausgesprochen worden und erweist sie sich danach als sozial gerechtfertigt, § 1 Abs. 2 S. 1 ?
 - a. Personenbedingt
 - b. verhaltensbedingt
 - c. betriebsbedingt

3. Ist die Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 an sich sozial gerechtfertigt, so ist zu noch einmal prüfen, ob sie gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 erste und zweite Alternative dennoch sozial ungerechtfertigt ist.

* vgl. Prüfungsschema von G. Marscholke in Alpmann/Schmidt

4. Erweist sich in die Kündigung auch jetzt noch als sozial gerechtfertigt, so ist abermals zu prüfen, ob sie nicht doch gem. § 1 Abs. 2 Satz 3 sozial ungerechtfertigt ist (ggfs. Möglichkeit der Weiterbeschäftigung nach Umschulung).

5. Bei betriebsbedingter Kündigung: eine im Übrigen sozial gerechtfertigte Kündigung kann gem. § 1 Abs. 3 *trotzdem sozial ungerechtfertigt* sein, wenn der Arbeitgeber eine unzureichende Sozialauswahl getroffen hat.

Anhang II

Muster einer Kündigungsschutzklage.

Martin Möller
Goethestraße 32
45289 Essen

Essen, den 15.4.04

An das
Arbeitsgericht
Zweigertstraße
45131 E s s e n

Klage

Ich erhebe im eigenen Namen Klage - Kläger -

gegen

die Haus- Vermietung GmbH, 45343 Essen, Siegelstr. 13,
vertreten durch den Alleingeschäftsführer Karl-Heinz Schmitz,
- Beklagte-

und beantrage Anberaumung eines mündlichen Termins, in welchem der Kläger den Antrag stellen wird:

Die Kündigung der Beklagten vom 1.4.2004 ist unwirksam.

Begründung:

Der Kläger ist seit dem 1.4.2000 bei der Beklagten fest angestellt. Der Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 1.4. 2004 zum 30. 4. 2004 gekündigt, vgl. Anlage.

Nicht erforderlich, aber sinnvoll ist eine Ergänzung etwa wie folgt: Der Kläger ist als Lagerarbeiter gem. in Kopie beigefügten Arbeitsvertrag beschäftigt. Sein Bruttolohn betrug zuletzt 1800 EUR/ Monat brutto. Der Beklagte beschäftigt regelmäßig mehr als fünf vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer.

Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt.

Unterschrift Martin Möller

Der Arbeitnehmer kann die Klage selbst bei Gericht einlegen und auch den Prozeß selbst führen, § 11 ArbGG. Anwaltszwang besteht nicht.

Besondere Problembereiche der Kündigungsschutzklage

1. Anhörung des Betriebsrates
2. Nachschieben von Kündigungsgründen
3. Klagefrist nach § 4 KSchG
4. Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Kündigungsschutzprozeß

Hauptbegriffe der Arbeitsrechts

Abfindung: Zahlung des ArbG an den AN als Ausgleich für den Verlust der ArbPl infolge einer unverschuldeten Beendigung des ArbV; §§ 9 ff KSchG. Die Abfindung ist Arbeitseinkommen und unterliegt der Steuer. Gemäß § 3 Nr. EStG gelten aber bestimmte Freibeträge. Seit dem 1.1.04: Grundfreibetrag von 7.200 Euro; dieser steigt auf 9000 Euro, wenn der ArbN über 50 Jahre alt ist und das Arbeitsverhältnis mindestens 15 Jahre bestanden hatte.

Abhängigkeit der Beschäftigung: Hauptkriterium für die AN -eigenschaft; Gegensatz: Selbständigkeit; Problem: Scheinselbständigkeit. Allgemeine Definition der Abhängigkeit: Eingliederung des AN in den Betrieb eines ArbG und vertragliche Pflicht des AN, Weisungen des ArbG zu befolgen.

Abmahnung: Im Gesetz nicht geregelt. Die A. ist die Warnung des ArbG an den AN, daß die Wiederholung eines Fehlverhaltens (zB Unpünktlichkeit) zu arbeitsrechtlichen Folgen (meist: Kündigung) führen könne. A. ist nach der Rechtsprechung in der Regel Voraussetzung für solche Maßnahmen.

Änderungskündigung: Kündigung (fast immer des ArbG) mit gleichzeitigem Angebot eines neuen, veränderten(fast immer für den AN weniger günstigen) ArbVertrages. Die Ä-Kündigung darf grds nur unter denselben Voraussetzungen erfolgen, unter denen auch eine normale Kündigung erlaubt ist, § 2 KSchG.

Annahmeverzug: Die im BGB geregelte Rechtsfigur hat im ArbR besondere Bedeutung, wenn eine Kündigung des ArbG sich im Prozeß unzulässig als unzulässig herausstellt. § 615 BGB besagt dann: der AN hat Anspruch auf vollen Lohn auch für die Zeit, in der er nicht gearbeitet hat.

Angestellter: Im Sinne der herkömmlichen Unterscheidung ist Arbeiter derjenige, welcher vorwiegend körperlich Arbeit verrichtet. Schlagwort: Arbeiter der Faust. Angestellter ist, wer kaufmännische oder Büroarbeit leistet, (Arbeiter des Kopfes). Die früher sehr wichtige Unterscheidung zwischen beiden ist vom Gesetzgeber und durch Tarifverträge heute oft (aber nicht immer !) bis zur Ununterscheidbarkeit eingeebnet worden. Heute gilt: Ein AN, der nicht Angestellter ist, ist Arbeiter; früher galt dieser Satz umgekehrt.

Arbeit: §§ 611 BGB spricht von Diensten. Unterschied zwischen Dienstleitung und Arbeit ist schwimmend. Grundsatz: Wer seine ganze zeitliche und persönliche Arbeitskraft in den Dienst eines ArbG stellt, arbeitet; wenn nur zu einem Teil (zB: Klavierlehrer, der einmal die Woche kommt) Dienstleistung. Auf Dienste findet das ArbR keine Anwendung.

Arbeitsrecht: Es gibt kein Arbeitsgesetzbuch. Das A. besteht aus einer großen Anzahl von Gesetzen und - besonders wichtig - Urteilen der Arbeitsgerichte.

Arbeitgeber: Der Unternehmer, welcher einem AN in seinem Betrieb einen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt.

Arbeitnehmer: Die Person, welche sich in einem Vertrag einem ArbG zur Leistung von Diensten verpflichtet.

Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis: Der durch arbeitsrechtliche Sonderregeln ergänzte Dienstvertrag des Arbeitnehmers mit seinem Arbeitgeber.

Arbeitszeit: Die A eines AN darf nach dem ArbeitszeitG bestimmte Höchstdauern nicht überschreiten, sonst macht sich der ArbG strafbar. So dürfen gemäß § 3 regelmäßig 8 Stunden nicht überschritten werden, und es müssen bestimmte Mindestpausen eingehalten werden. Dieses aus der Nazizeit stammende damals ziemlich sozialistische Gesetz, damals Arbeitszeitordnung, gilt nicht für leitende Angestellte, vgl. § 18 .

Aussperrung: Gegenstück des Streiks auf Arbeitgeberseite. Planmäßiger Annahmeverzug des Gläubigers zur Erreichung eines Zwecks im legalen Arbeitskampf. Der Annahmeverzug verpflichtet an sich den ArbG, den Lohn weiter zu zahlen. Die rechtmäßige A. verhindert diese Folge. Damit eine Aussperrung rechtmäßig ist, müssen eine Reihe von Voraussetzungen gegeben sein, in erster Linie ein Streik. Die Abwehraussperrung zur Verteidigung gegen einen Streik ist aus Gründen der Waffengleichheit im Arbeitskampf geschützt. Die Angriffsaussperrung, etwa um bisher geltende Tarifverträge nach unten zu verändern gilt ebenfalls als zulässig; diese hat aber in der bisherigen Praxis kaum eine Rolle gespielt. .

Außerordentliche Kündigung: Dasselbe wie Kündigung aus wichtigem Grunde oder fristlose K. Nur zulässig, wenn dem ArbG oder AN wegen der Schwere des Verstoßes nicht zuzumuten ist, den ArbV bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen. Eine Abmahnung ist hier nicht nötig.

Beamte: Sind im volkswirtschaftlichen Sinne zwar abhängig Beschäftigte, sie unterliegen aber nicht dem Arbeitsrecht; es gilt das Beamtenrecht des Bundes bzw. der Länder.

Behinderte: Für behinderte AN gelten je nach Art Behinderung bestimmter Schutzvorschriften, zB SchwerbehindertenG.

Beschäftigungsverbot: Für Schwangere nach dem MutterschutzG, Jugendliche nach dem JugendarbeitsschutzG und nach Ausländerrecht für Ausländer gelten zwingend bestimmte B.

Betrieb: Als Betrieb wird bezeichnet die Zusammenfassung von Produktionsmitteln, mit welchen ein bestimmter Zweck im Rahmen der Unternehmensziele eigenständig verfolgt wird.

B. ist nicht dasselbe wie Unternehmen. Er ist ein Teil des Unternehmens, der räumlich und sachlich eigenständig organisiert ist., zB : ALDI ist das Unternehmen, die Aldifiliale in NN ist Betrieb. Die Regeln des ArbR setzen zumeist beim Betrieb, nicht beim Unternehmen an.

Betriebsbedingte Kündigung: Die vom Verhalten oder der Person des AN unabhängige K zum Zwecke der Rationalisierung ist nach dem KSchG erlaubt, wenn der ArbG bestimmte soziale Kriterien beachtet.

Betriebsrisiko: Ein Begriff aus dem Arbeitskampfrecht. Wenn Betrieb B wegen eines Streik in seinem Zulieferbetrieb Z nicht produzieren kann, kommt in Betracht, daß B seine AN aussperrt, um die Lohnzahlung zu sparen. Die Betriebsrisikolehre verbietet das, läßt aber einzelne Ausnahmen zu.

Betriebsrat: Nach Betriebsverfassungsg muß auf Wunsch auch nur eines AN ein B. eingerichtet werden, wenn der Betrieb 5 ständige AN hat. Einen Unternehmensrat gibt es nicht.

Betriebsvereinbarung: Im Betriebsverfassungsg geregelter Vertrag zwischen ArbG und AN zu Regelung bestimmter innerbetrieblicher Fragen. Rechtsprobleme entstehen durch eine eventuelle Überschneidung mit Tarifverträgen.

Direktionsrecht: D ist das Recht des ArbG bzw. des von ihm Beauftragten, dem AN Weisungen im Rahmen des ArbV zu erteilen.

Diskriminierung: Als D. wird angesehen die Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte ohne zureichenden Grund. zB: Keine D. ist die Bevorzugung eines Katholiken in einem katholisch - konfessionellen Krankenhaus. Es wäre aber D., wenn ein katholischer ArbG einer Maschinenfabrik nur den katholische AN eine Weihnachtsgratifikation zahlt.

Einstellungsanspruch: Einen E gibt es grds nirgendwo. Ein solcher kann sich aber ergeben, wenn der ArbG den potentiellen AN wider Treu und Glauben gegenüber anderen benachteiligt hat. Ähnliches Problem bei Beförderungen. vgl. Diskriminierung.

Europäische Recht: Arbeitsrecht ist an sich nationales, also bei uns deutsches, Recht. Gemeinschaftsrecht gewinnt aber langsam und stetig an Bedeutung, insbesondere im Bereich des Gleichheitssatzes und der Diskriminierungsverbote.

Fragen bei Einstellung: Bestimmte, den persönlichen oder den Intimbereich betreffende Fragen (zB nach Schwangerschaft, Vorstrafen) darf der ArbG dem Arbeitssuchenden nicht bzw. nur dann stellen, wenn dazu ein zureichender Grund besteht, zB Frage nach Vorstrafen bei einem künftigen Kassierer oder Sicherheitsdienstler. Trotzdem gestellte Fragen können falsch beantwortet werden.

Freistellungsklausel

Die F. erlaubt dem Arbeitgeber, einen gekündigten ArbN während der Kündigungsfrist von der Arbeit freizustellen. Solche Klauseln sind in Arbeitsverträgen häufig und galten bisher als unbedenklich. Seitdem das (frühere)

AGB-Gesetz in das BGB integriert ist, gelten dessen Regeln aber auch für das Arbeitsrecht. Es ist also zu prüfen, ob diese Klauseln den ArbN *unangemessen benachteiligen*, §307 BGB. Das ArbG Frankfurt (v. 19.11.03 – 2 Ca 251/03; vgl. FAZ v. 15. 12. 04) hat entschieden, daß solche Klauseln in der Regel unwirksam sind. Die Gründe dafür und gegen entsprechen etwa denen, wie gemäß § 106 BetrVG für den Weiterbeschäftigungsanspruch nach Erhebung der Kündigungsschutzklage.

Fürsorgepflicht des ArbG: Gegenstück zur Treuepflicht des AN. Letztlich eine arbeitsrechtliche Ausprägung des Treu-und-Glaubens- Satzes gemäß § 242.

Gefahrgeneigte Arbeit: Wer als AN Arbeiten zu verrichten hat, bei denen auch dem sorgfältigsten hin und wieder Fehler unterlaufen, zB LKW-Fernfahrer, haftete nach alter Rechtsprechung des BAG seinem ArbG für daraus entstehende Schäden nur bei grober Fahrlässigkeit. Die heutige Rechtsprechung verzichtet auf dieses Kriterium, vgl. Haftung.

Gewissen: Der AN muß grds auch solche Weisungen ausführen, die er mit seinen weltanschaulichen Überzeugungen nicht in Einklang bringen kann., ZB: Postbote muß auch links extremistisches Werbematerial zustellen. Im Einzelfall kommt in Betracht, daß der ArbG auf die Gewissensnot, wenn sie denn echt ist, des AN Rücksicht nimmt.

Gleichbehandlung, Gleichheitssatz: vgl. Diskriminierung. Verbot der Ungleichbehandlung gleicher Fälle. Der Gleichheitssatz gemäß Art. 3 GG gilt grds nur im Verhältnis Bürger - Staat. Der private ArbG ist daran nur im Rahmen bestimmter Voraussetzungen gebunden. Seine Anwendung im Arbeitsrecht unterliegt bestimmten Besonderheiten.

Günstigkeitsprinzip: Ein allgemeiner Grundsatz nicht nur des Arbeitsrechtes sagt, daß von zwingenden gesetzlichen Regeln *zugunsten* dessen, der durch diese Regel geschützt werden soll, abgewichen werden kann. Im Arbeitsrecht b spielt das G eine besondere im Tarifvertragsrecht: von zwingen Regeln des normativen Teil kann durch einzelvertragliche Regelung nur im Rahmendes G abgewichen werden.

Haftung des AN: Der AN haftet grundsätzlich seinem ArbG für Schäden in Ausführung seiner Arbeit. Nach der Rechtsprechung gilt diese Haftung aber nicht bei sehr leichter Fahrlässigkeit. Bei geringem Verschulden haftet der AN zwar, aber je nach den Umständen findet eine Schadensteilung mit dem ArbG statt.

Kirchen: K und andere Tendenzbetriebe(= Betrieb mit einer besonderen künstlerischen oder wissenschaftlichen Ausrichtung wie Verlage, Medienunternehmen) sind von arbeitsrechtlichen Regeln, auch vom Mitbestimmungsrecht, ausgenommen, insofern dieses zur Wahrung ihrer Tendenzfreiheit nötig erscheint.

Klagefrist gegen Kündigung: Es gilt eine einheitliche Klagefrist von 3 Wochen, auch gegenüber der fristlosen Kündigung, §§ 4,13 KSchG.

Krankheit als Kündigungsgrund: Die K. ist grds kein Kündigungsgrund. Lang andauernde oder wiederholte kurz K. kann aber ein Grund aus der Person des ArbN dazu werden, wenn dem ArbG die Unsicherheit nicht zuzumuten ist.

Kündigung: Nach BGB ist die K eine einseitige empfangsbedürftige, rechtsgestaltende Willenserklärung. Durch Zugang der gültigen K. wird das ArbV beendet.

Kündigungsfrist: Die K kann grds frei vereinbart werden, aber zu Lasten des AN nicht kürzer als im Gesetz, zB § 622 BGB, geregelt.

Kündigungsgrund: § 1 KündigungsschutzG nennt drei Gruppen von Gründen, aus welchen ein Arbeitsverhältnis gekündigt werden kann:

- Personenbedingte. AN kann nichts dafür, trotzdem geht es nicht länger: (zB Werksfahrer erblindet oder leidet an ansteckender Krankheit),
- Verhaltensbedingte. AN kann etwas dafür, darum geht es nicht länger (zB: AN stiehlt, beleidigt Mitarbeiter) ,
- Betriebsbedingte. Weder AN noch ArbG ist ein Vorwurf zumachen, es liegt in der Natur des Arbeitsverhältnisses. (zB Arbeitsplatz fällt wegen Rationalisierung oder Betriebsaufgabe weg).

Kündigungsschutz: Nach BGB hat der ArbG an sich das freie Recht, den ArbV jederzeit innerhalb der vereinbarten bzw. gesetzlich vorgesehenen Fristen zu kündigen. Der K. schränkt dieses Recht ein; es ist nicht abdingbar. Wichtigstes Gesetz ist das KSchG, vgl. aber auch K im SchwerbehindertenG, für Betriebsratsmitglieder nach BetrVG und sonst.

Leitende Angestellte: Diese sind AN, welche im Rahmen ihrer Befugnisse selbständig Personalentscheidungen treffen können. Für diesen Personenkreis gilt das ArbeitsR nur mit gewissen Einschränkungen, vgl. § 14 II KSchG, § 18 ArbZG.

Mitbestimmung: Das deutsche Recht kennt zwei Hauptformen von M.: die nach dem Betriebsverfassungsg (1/3 der Aufsichtsratsmitglieder sind AN) und nach dem Mitbestimmungsg v. 4. Mai 1976 (1/2 der AR-mitglieder sind AN). Nach der Neufassung des Betriebsverfassungsgesetzes durch Gesetz v. 23 Juli 2001 sind die entsprechenden Vorschriften aus dem Betriebsverfassungsgesetzes (alt) herausgenommen worden und gelten gem. § 129 BetrVG unter der Bezeichnung *BetrVG 1952* weiter.

Nachschieben von Kündigungsgründen: Im Kündigungsschutzprozeß ist ein Nachschieben von K ist grds unzulässig. Der ArbG muß sämtliche in Betracht kommenden K gleichzeitig nennen und darf nicht etwa mit betriebsbedingter Kündigung kommen, wenn er merkt, daß er mit der zunächst behaupteten verhaltensbedingten K nicht durchdringt.

Probezeit: Der Schutz nach dem KündigungsschutzG beginnt erst nach Ablauf einer Probezeit, die auf längstens 6 Monate vereinbart werden kann, § 1 I KSchG, § 622 III BGB.

Sozial: Eines der am meisten geschändeten Wörter der deutschen Rechtssprache. Es wird im ArbR immer, zumeist mit großem Pathos, verwendet, wenn AN etwas fordern. Gesetzliche Definition fehlt. Für sozial pflegt jeder das zu halten, was ihm und seiner Gruppe nutzt. Im KSchG bedeutet sozial nur: *Im Einklang mit den Vorschriften dieses Gesetzes*. Der Begriff hat also dort eigentlich nichts mit „sozial“ im Sinne von bedürftig zu tun. Eigene Definition Aden: *Sozial ist die Herstellung oder Gewährleistung gleicher Startbedingungen im Wettbewerb.*⁷⁵

Streik: Als Streik wird bezeichnet die Arbeitsverweigerung einer größeren Anzahl von AN zur Erreichung von arbeitsrechtlichen Zielen. Der Streik ist an sich ein Vertragsbruch und verpflichtet die AN grds zum Schadensersatz an den ArbG. Der legale Streik, im Gesetz nicht geregelt, vermeidet diese Rechtsfolge. Damit ein Streik legal ist, müssen eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sein, die alle darauf hinauslaufen, Streikschäden durch Verhandlungen möglichst zu vermeiden. .

Tarifvertrag: Ein T kann nach dem TarifvertragsG nur zwischen tarifvertragsfähigen Partnern geschlossen werden, d.h.: zwischen einem ArbG und einer (oder mehreren) Gewerkschaften. Besonderheit: Der T gilt für alle AN, welche der Gewerkschaft angehören. Im T werden unterschieden der

- Schuldrechtliche Teil: In diesem werden die Tarifvertragspartner als Vertragspartner schuldrechtlich selbst verpflichtet, z.B. Arbeitskampfmaßnahmen erst nach Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zu beginnen.
- Normativer Teil: In diesem werden die Arbeitsverträge der tarifgebundenen Arbeitnehmer unmittelbar gestaltet, ebenso wie wenn dieses durch eine gesetzliche Norm geschähe.

Tendenzbetrieb: vgl. Kirche

Urlaub: Nach dem BundesurlaubsG hat jeder AN Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub, § 1. Die Dauer beträgt mindestens 24 Werktage(einschl. Sonnabende). Abweichung zugunsten der AN sind möglich.

Weiterbeschäftigung, Anspruch auf: Gemäß § 102 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Wenn er der Kündigung widerspricht, und wenn der AN Kündigungsschutzklage erhebt, so hat der AN Anspruch auf Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluß des Prozesses.

Wichtiger Grund: Gesetzlich nicht definierte schwere Verletzung des Arbeitsvertrages, wie strafbare Handlung, schwere Beleidigung (zB: *Sie sind ein A..loch*) eines Vorgesetzten, berechtigt zur sofortigen Kündigung des ArbV.

⁷⁵ Zur Einführung: Aden, *Märkte, Preise, Wettbewerb - Einführung in die soziale Marktwirtschaft*, nwb- Verlag Herne, 2. Aufl. 1994

Praktisch sehr wichtig: Der wichtige Grund muß gemäß § 626 II BGB binnen 14 Tagen nach Kenntnisnahme davon zur Kündigung genutzt werden; er kann also nicht aufgespart werden.

Zeugnis: Der AN hat spätestens bei Ende des ArbV Anspruch auf ein Arbeitszeugnis. Hierzu gibt es umfangreiche Rechtsprechung mit dem Grundtenor: Das Zeugnis muß wahr sein, aber soll bei unangenehmen Wahrheiten den AN möglichst schonen. Es ist daher eine besondere Kunst, Zeugnisse zu verfassen und richtig zu lesen.