

Arbeitsrecht

Fachhochschule Ludwigshafen

Donnerstags, 14:00 bis 16:00 Uhr
Dozent: Rechtsanwalt Markus Zorn

Inhalt

A: Allgemeine arbeitsrechtliche Fragen.....	4
I. Einführung.....	4
II. Anwendung des Arbeitsrechts	4
III. Rechtsnormen des Arbeitsrechts.....	6
IV. Rechtsweg	6
V. Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen	6
VI. Nachweisgesetz.....	7
VII. Probearbeitsverhältnis	7
B: Der Beginn des Arbeitsverhältnisses.....	8
I. Die Stellenausschreibung	8
II. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG).....	9
1. Die Pflichten des Arbeitgebers	9
2. Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers bei Benachteiligung.....	9
III. Das Vorstellungsgespräch (insbesondere das Fragerecht des Arbeitgebers).....	10
1. Interessenlage von Arbeitgeber und Arbeitnehmer	10
2. Der rechtliche Hintergrund.....	11
3. Folgen einer wirksamen Anfechtung	11
C: Das laufende Arbeitsverhältnis	12
I. Pflichten des Arbeitnehmers.....	12
1. Die arbeitsvertragliche Hauptpflicht	12
2. Die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten	13
II. Pflichten des Arbeitgebers.....	13
1. Die arbeitsvertragliche Hauptpflicht	13
2. Die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten	13
III. Dauer der Arbeitszeit	14
IV. Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis	16
1. Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitnehmer	16
2. Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber	17
V. Unverschuldeter Ausfall der Arbeitsleistung.....	18
1. Krankheit.....	18
2. Sonstige vorübergehenden Verhinderungsgründe.....	19
3. Urlaub	19
4. Mutterschutz	21
5. Annahmeverzug des Arbeitgebers	21
6. Betriebsrisikolehre	22
VI. Befristete Arbeitsverhältnisse	22
1. Befristung mit Sachgrund	22

2. Befristung ohne Sachgrund	24
3. Sonstige Befristungsmöglichkeiten	24
4. Formvorschriften	24
D: Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	25
I. Die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses	25
II. Anwendungsbereich des KSchG	26
III. Sozialwidrigkeit der Kündigung.....	27
IV. Die einzelnen Kündigungsgründe des § 1 Abs. 2 KSchG	28
1. Die personenbedingte Kündigung	28
2. Die verhaltensbedingte Kündigung.....	29
3. Die betriebsbedingte Kündigung	30
V. Die Abfindung und die Kündigung mit Abfindungsangebot	32
VI. Exkurs: Der Betriebsübergang.....	33
E: Kollektives Arbeitsrecht.....	34
I. Allgemeines	34
II. Tarifrecht.....	35
III. Arbeitskampf	36
1. Allgemeines	36
2. Beginn und Ende des Arbeitskampfes	38
3. Rechtmäßige Arbeitskampfmittel der Arbeitnehmer.....	38
4. Rechtmäßige Kampfmittel der Arbeitgeber	39
5. Die Massenänderungskündigung als Arbeitskampfmittel.....	39
6. Rechtsfolgen eines rechtmäßigen Arbeitskampfes	40
7. Rechtsfolgen eines rechtswidrigen Arbeitskampfes.....	40
IV. Recht der Mitbestimmung	41
1. Betriebsverfassungsrechtliche Grundlagen.....	41
2. Grundzüge der organisationsrechtlichen Betriebsverfassung.....	42
3. Ein Sonderfall: Tendenzbetriebe	43
4. Beteiligungsrechte des Betriebsrats	44
5. Betriebsvereinbarungen.....	44

A: Allgemeine arbeitsrechtliche Fragen und Grundsätze

I. Einführung:

Das Arbeitsrecht ist das „Recht der abhängig Beschäftigten“ (= Arbeitnehmerschutzrecht). Gesetzgeberische Vorstellung: Ausgleich von (ursprünglichem) Kräfteungleichgewicht zwischen „starkem“ Arbeitgeber und „schwachem“ Arbeitnehmer. Daraus folgt das Problem der starken „Politisierung“ des Arbeitsrechtes. Je nach politischem Denkansatz werden entweder weitere Regulierungen oder die Rücknahme von Regulierungen gefordert. Das KSchG (Kündigungsschutzgesetz) steht oft im Mittelpunkt der politischen Diskussion.

Das Arbeitsrecht ist Teil des Privatrechts. Es teilt sich ein in Kollektiv- und Individualarbeitsrecht. Individualarbeitsrecht normiert die Rechtsbeziehungen des einzelnen Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber. Das Kollektivarbeitsrecht normiert das Recht der Verbände und Gewerkschaften. Im Mittelpunkt steht insbesondere das Tarifvertragsrecht und das Betriebsverfassungsrecht. Allerdings regeln auch eigentlich kollektivrechtliche Normen individualrechtliche Fragen wie z.B. den Kündigungsschutz von Betriebsräten. Darüber hinaus hängt die Beantwortung individualrechtlicher Fragen zum Teil auch von der Beantwortung kollektivrechtlicher Fragen ab. Eine Verletzung des Anhörungsrecht des Betriebsrates vor Ausspruch einer Kündigung (eine kollektivrechtliche Frage) führt auf individualrechtlicher Ebene zur Unwirksamkeit einer Kündigung.

II. Anwendung des Arbeitsrechts

Ob Arbeitsrecht auf einen streitigen Sachverhalt Anwendung findet hängt von der Erfüllung verschiedener Voraussetzungen ab. Im Mittelpunkt steht der Arbeitnehmerbegriff. Nur ein Arbeitnehmer kann sich auf den Schutz arbeitsvertraglicher Normen berufen. Arbeitnehmer ist wer aufgrund eines (1) **privatrechtlichen** Vertrages zur Leistung von (2) **Diensten** für einen **Anderen** in (3) **persönlicher Abhängigkeit** gegen **Entgelt** verpflichtet ist.

1. Ein **privatrechtlicher Vertrag**, ist ein Vertrag zwischen zwei natürlichen Personen bzw. einer natürlichen Person und einer juristischen Person des Privatrechts (z.B. Arbeitsvertrag mit einer GmbH oder einer AG). Im Gegensatz hierzu stehen die Beamten, Soldaten und Richter. Letztere leisten Dienste aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses.
2. **Leistung von Diensten** heißt, dass nur die Tätigkeit nicht aber der Erfolg geschuldet ist. Dies steht im Gegensatz zum Werkvertrag, bei dem ein Werk geschuldet ist. Geschuldet ist nach Auffassung der Literatur eine Tätigkeit von „mittlerer Art und Güte“ (s. § 243 I BGB* analog). Dem hat sich das BAG nicht angeschlossen. Nach dem BAG ist ein subjektiver Leistungsbegriff heranzuziehen. Das bedeutet, dass ein Arbeitnehmer „das zu tun hat, was er soll und zwar so gut, wie er es kann.“ Er ist weder zur überobligatorischen Leistung

* Zum besseren Verständnis empfiehlt es sich, die angegebenen Vorschriften grundsätzlich nachzulesen.

verpflichtet noch darf er eine „mangelhafte“ Arbeitsleistung erbringen. Als Maßstab dient eine repräsentative Mitarbeitergruppe hinter deren durchschnittlicher Leistung der Arbeitnehmer zurück bleiben muss.

3. In **persönliche Abhängigkeit** heisst, der Arbeitnehmer kann sich seine Arbeitszeit nicht frei einteilen. Er muss dem Arbeitgeber seine ganze oder überwiegenden Arbeitskraft zur Verfügung stellen, er ist weisungsgebunden, verpflichtet zur persönlichen Erbringung der Dienstleistung und eingebunden in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers.

- Zu beachten ist, dass die obige Definition keine mathematische Formel ist. Die einzelnen Merkmale müssen stets im Einzelfall gewichtet und bewertet werden.

Beispiel: Eine sog. „400,00 € Putzfrau“ im Privathaushalt ist im allgemeinen nicht in großem Umfang persönlich Abhängigkeit. Trotzdem leistet sie Dienste gegen Entgelt für einen anderen aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages. Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit tritt hier voll in den Hintergrund, trotzdem ist sie Arbeitnehmerin. Der Arbeitgeber ist zur Einhaltung aller arbeitsrechtlichen Bestimmungen verpflichtet. Insbesondere muss er Entgeltfortzahlung leisten, bezahlten Urlaub gewähren und der Arbeitnehmerin einen schriftlichen Arbeitsvertrag aushändigen (EntgeltfortzG; BurlG; NachwG).

Allein maßgeblich ist die **tatsächliche Gestaltung der Vertragsbeziehungen**. D.h. die einfache Bezeichnung eines Arbeitnehmers als „freier Mitarbeiter“ reicht nicht aus um die arbeitsrechtlichen Regelungen zu umgehen.

Beispiel nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG):

B war als selbständiger Frachtführer für die C-GmbH tätig. B hatte ein Gewerbe angemeldet. Jeden Tag von Montag bis Freitag nahm B auf dem Werksgelände Frachtaufträge entgegen und fuhr die Fracht aus. Er kehrte um 12:00 Uhr zurück, nahm neue Aufträge entgegen und kam um 17:00 Uhr zurück. Der Kleinlaster gehörte B. Dieser war versehen mit dem Logo der C-GmbH. Unterhaltskosten des Fahrzeuges trug B. Zur „Qualitätssicherung“ musste er das Fahrzeug regelmäßig an der betriebseigenen Tankstelle warten lassen und betanken. B durfte Frachtaufträge anderer Unternehmen annehmen. Stellte am Monatsende Rechnungen an die C-GmbH, die Umsatzsteuer auswies, hatte allerdings einen Jahresurlaub von 20 Tagen. Das BAG stufte B als Arbeitnehmer ein, da er seine Arbeitszeit nicht frei einteilen konnte und er in besonderem Maße persönlich abhängig von der C-GmbH war.

Anmerkung: Nach dem BAG (5 AZR 572/04) ist der Arbeitnehmer beim Abschluss eines Arbeitsvertrages Verbraucher im Sinne von § 13 BGB. Die Folgen dieser Rechtsansicht sind derzeit ungeklärt. Auswirkungen hat dies besonders im AGB-Recht.

III. Rechtsnormen des Arbeitsrechts:

Problematisch ist, dass das Arbeitsrecht keine einheitliche in sich geschlossene Kodifikation aufweist. Im Gegensatz zur DDR. Dort gab es ein Arbeitsgesetzbuch. Das Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland ist auf zahlreiche verschiedene Gesetze verteilt. Daher fällt die Beschäftigung mit Arbeitsrecht dem Laien ohne Kenntnisse vom BGB AT, dem Schuldrecht AT und Schuldrecht BT schwer. Die Beantwortung arbeitsrechtlicher Fragen erfordert häufig das „springen“ von Gesetz zu Gesetz und die Kenntnis allgemeiner zivilrechtlicher Problematiken und Systematiken. Derzeit (Februar 2008) sind Bemühungen um ein Arbeitsgesetzbuch zu verzeichnen. Ein Entwurf liegt bereits vor. Ob dieser Entwurf tatsächlich zum Gesetz wird ist leider stark in Zweifel zu ziehen.

Rechtsquellendes Arbeitsrechts sind zunächst das BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), insbesondere die §§ 611 ff, 305 ff. Darüber hinaus das TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz), das die allgemeinen Regeln zur Möglichkeit der Befristung von Schuldverhältnissen einschränkt. Darüber hinaus das KSchG (Kündigungsschutzgesetz), das die allgemeinen Regeln des Schuldrechts und des Dienstvertragsrechts über die Möglichkeit der Kündigung abändert. Des weiteren: Das ArbeitszG (Arbeitszeitgesetz), MuSchG (Mutterschutzgesetz), BurlG (Bundesurlaubsgesetz), EntgeltfortzG (Entgeltfortzahlungsgesetz). Zu den Rechtsquellen des kollektiven Arbeitsrechts zählen unter anderem das BetrVG (Betriebsverfassungsgesetz) und TVG (Tarifvertragsgesetz). Eine wichtige Rechtsquelle ist das so. „Richterrecht“. D.h. die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes und der Instanzgerichte. Diese weisen den Weg, wie das Gesetzesrecht in der Praxis Anwendung findet. Die Rechtsprechung ist für die Praxis bindend.

IV. Rechtsweg:

Der Rechtsweg in arbeitsrechtlichen Angelegenheiten ist zu den Arbeitsgerichten eröffnet. Den Ablauf des Verfahrens regelt das Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG), ergänzt durch die Zivilprozessordnung (ZPO). Es handelt sich um einen sog. Parteienprozess. D.h. man kann selbst vor dem Arbeitsgericht in 1. Instanz auftreten. Oder sich durch Verbände (Gewerkschaften/Arbeitgeberverbände) vertreten lassen, wenn man ein Verbandsmitglied ist. Auf die Besonderheit des § 12 a I ArbGG ist allerdings zu achten. Nach dieser Norm gibt es im arbeitsgerichtlichen Verfahren in erster Instanz keinen Kostenerstattung auch ihm Falles des Obsiegens. Dies unterscheidet das arbeitsgerichtliche Verfahren vom allgemeinen zivilprozessualen Verfahren.

V. Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen

Nebenbeschäftigungen sind grundsätzlich erlaubt solange die zulässigen Höchstarbeitszeiten nach dem Arbeitszeitgesetz nicht überschritten werden, die Nebenbeschäftigung nicht arbeitsvertraglich ausgeschlossen ist, sie nicht im Urlaub und nicht „schwarz“ ausgeübt wird.

VI. Nachweisgesetz (NachwG):

Gem. § 2 NachwG ist der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach dem Beginn des Arbeitsverhältnisses verpflichtet dem Arbeitnehmer einen schriftlichen Arbeitsvertrag auszuhändigen. Das Vorliegen eines schriftlichen Arbeitsvertrages ist allerdings keine Wirksamkeitsvoraussetzung für einen unbefristeten Arbeitsvertrag. Dieser ist - auch wenn er nur mündlich geschlossen wurde - wirksam. Auch der befristete Arbeitsvertrag ist an sich wirksam. Unwirksam ist in diesem Fall lediglich die Befristungsabrede so dass ein in diesem Fall ein mündlich geschlossener unbefristeter Arbeitsvertrag vorliegt.

Die Folgen eines Verstoßes gegen das Nachweisgesetz sind im Gesetz selbst nicht geregelt und in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft umstritten. Vertreten wird das Bestehen von Schadensersatzansprüchen bzw. die Annahme einer prozessualen Beweiserleichterungen (bis hin zur Beweislastumkehr) für den Arbeitnehmer. Vertreter der letztgenannten Auffassung gehen davon aus, dass der Arbeitnehmer im Prozess lediglich plausibel zu seinen Arbeitsbedingungen vortragen muss (z.B. zur Höhe des Lohnanspruchs) der Arbeitgeber muss dann darlegen und beweisen, dass das Arbeitsverhältnis zu anderen Bedingungen als den behaupteten abgeschlossen wurde. Das Bundesarbeitsgericht hat bereits das Vorliegen eines Schadensersatzanspruches eines Arbeitnehmers bejaht nachdem dieser versäumt hatte rückständigen Lohn innerhalb einer tarifvertraglichen Ausschlussfrist geltend zu machen (BAG 5 AZR 89/01). Der Arbeitgeber hatte dem Arbeitnehmer hier keinen schriftlichen Arbeitsvertrag ausgehändigt, so dass der Arbeitnehmer über die Verfallsfrist nicht orientiert war. Der Arbeitgeber war daher verpflichtet den rückständigen Lohn als Schadensersatz auszuzahlen obwohl der Anspruch hierauf eigentlich verfallen war.

Es liegt daher primär im Interesse des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer einen schriftlichen Arbeitsvertrag auszuhändigen.

VII. Probearbeitsverhältnis

Wichtig zum Verständnis des Probearbeitsverhältnisses ist die Unterscheidung zwischen der **Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG (Kündigungsschutzgesetz)** und der **Probezeit des § 622 Abs. 3 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)**.

Die Vereinbarung einer anfänglichen Probezeit gemäß § 622 Abs. 3 BGB dient **lediglich** der **Verkürzung der gesetzlichen Kündigungsfristen** auf mindestens **2 Wochen**. Ohne diese Vereinbarung könnte ein Arbeitsverhältnis von Beginn an mit einer Frist von 4 Wochen zum 15. oder zum Monatsende gekündigt werden.

Die **Wartezeit** nach § 1 Abs. 1 KSchG bestimmt, **ab welchem Zeitpunkt das KSchG auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet**. Das Kündigungsschutzgesetz stellt strenge Anforderungen an

die Wirksamkeit einer vom Arbeitgeber erklärten Kündigung. Das Kündigungsschutzgesetz ist allerdings erst nach sechs monatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses anwendbar.

Normalerweise decken sich daher die vertraglich vereinbarte Probezeit und die Wartezeit nach dem Kündigungsschutzgesetz. Ist somit eine Probezeit von drei Monaten vereinbart während der das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von 2 Wochen gekündigt werden kann, so ist nach Ablauf der drei Monate die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG allerdings noch nicht abgelaufen, so dass das Arbeitsverhältnis immer noch jederzeit gekündigt werden kann ohne das Kündigungsschutzgesetz beachten zu müssen. Lediglich die Kündigungsfrist ist in diesem Fall länger.

Probearbeitsverhältnisse gibt es in unterschiedlichen Erscheinungsformen:

1. Das **kalendermäßig befristete echte Arbeitsverhältnis zur Probe**. Dies ist gem. §§ 620 Abs. 1, 163, 158 Abs. 2 BGB, § 14 Abs. 1 Nr. 5 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz) zulässig. Das Arbeitsverhältnis endet in diesem Fall mit Ablauf der Befristung ohne das es einer Kündigung bedarf.
2. Das **unbefristete Arbeitsverhältnis mit anfänglicher Probezeit**. Dies ist die „gängige“ Variante. In den ersten sechs Monaten (= Höchstdauer der Probezeit gem. § 622 Abs. 3 BGB) des Arbeitsverhältnisses wird meist eine Kündigungsfrist von 2 Wochen vereinbart um die gesetzlichen Kündigungsfristen zu verkürzen. Dies stellt dann gemeinsam mit der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG den maximalen Schutz für den Arbeitgeber dar.
3. Das **unbefristete Arbeitsverhältnis mit anfänglicher Probezeit als Mindestvertragslaufzeit**. Vor Ablauf der Probezeit ist hier eine Kündigung für beide Parteien ausgeschlossen. Diese Variante ist praktisch nicht relevant.

Grundsätzlich steht die Vereinbarung einer Probezeit im freien Ermessen der Vertragsparteien. Eine Ausnahme bildet **§ 20 Berufsbildungsgesetz (BBiG)** wonach im Ausbildungsverhältnis die **höchstens vier Monate** dauernde Probezeit **mindestens einen Monat** betragen **muss**. Diese Regelung ist vor dem Hintergrund des § 22 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BBiG zu sehen, der die ordentliche Kündigung des Ausbildungsverhältnisses ausschließt bzw. (auch für den/die Auszubildende/n!) erheblich erschwert. Insbesondere dem Auszubildenden möchte das Gesetz hier die Möglichkeit geben, sich umzuorientieren, wenn der Ausbildungsberuf doch nicht seinen Interessen entspricht.

B. Der Beginn des Arbeitsverhältnisses:

I. Die Stellenausschreibung

In Betrieben mit Betriebsrat muss der Arbeitgeber zunächst die Notwendigkeit der Einbeziehung des Betriebsrates in die Personalplanung beachten. Insbesondere die Wahrung von Informationspflichten

und die Ermöglichung der Mitwirkungsrechte des Betriebsrates gem. **§§ 92 ff BetrVG** (lesen!) gewinnen hier Bedeutung. Die Einhaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften ist für den Arbeitgeber von besonderer Wichtigkeit. Er sich sogar schadensersatzpflichtig machen wenn die Mitwirkungsrechte nicht beachtet werden.

Beispielsfall nach einer BAG-Entscheidung: Ein Arbeitgeber schreibt eine Stelle intern unter höheren Anforderungen aus als extern. Das BAG ist der Auffassung das der Arbeitgeber hier gegen **§ 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG** verstoßen hat, da dies einer ganz unterbliebenen internen Ausschreibung gleich zusetzen sei. Der Betriebsrat kann somit seine Zustimmung zur Neueinstellung verweigern und der Arbeitgeber muss dem eingestellten neuen Bewerber gegebenenfalls kündigen und diesem den ihm entstanden Schaden ersetzen. Weiterhin muss der Arbeitgeber den **§ 7 TzBfG** beachten. D.h. der Arbeitsplatz muss auch als Teilzeitarbeitsplatz ausgeschrieben werden, wenn er sich hierfür eignet. Gemäß **§ 81 SGB IX** besteht weiterhin eine Prüfungspflicht ob der offene Arbeitsplatz mit einem Schwerbehindertem zu besetzen ist.

Eine Bewerbung begründet sog. vorvertragliches Schuldverhältnis gem. **§ 311 Abs. 2 BGB** zwischen Arbeitgeber und Bewerber. Es entstehen somit **Rechtspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB** die dem Arbeitgeber umfassende Informationspflichten hinsichtlich aller Umstände, die für das Arbeitsverhältnis von Bedeutung sind auferlegen. Der Arbeitgeber ist gem. dem BAG z.B. auch verpflichtet, dem Bewerber die mögliche Stilllegung des Betriebes mitzuteilen, wenn der Stilllegungsbeschluss zum Zeitpunkt der Einstellung bereits fest steht. Versäumt der Arbeitgeber dies und hat der Bewerber einen alten Arbeitsplatz aufgegeben, ist der Arbeitgeber verpflichtet Schadensersatz zu leisten, wenn er den Mitarbeiter aufgrund der Betriebsstilllegung kündigt. Dies unabhängig davon, ob der Mitarbeiter unter Umständen ohnehin frei kündbar ist.

II. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG):

1. Die Pflichten des Arbeitgebers

§ 1 AGG normiert das allgemeine Ziel des Gesetzes. Im Arbeitsrecht besonders wichtig ist die Vorschrift des § 2 AGG, insbesondere § 2 Abs. 1 Nr.1 AGG. Soweit es um die Stellenausschreibung geht, ist hier besonders auf die Vorschriften zu den „Auswahlkriterien“ und „Einstellungsbedingungen“ zu achten. Ferner ist § 2 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 AGG, insbesondere Abschnitt 2 des AGG: „**Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung**“ mit der Normierung des **Benachteiligungsverbots** in § 7 AGG zu beachten.

Beispiel: Ein niedergelassener Orthopäde gibt folgendes Stelleninserat in einer Regionalzeitung auf: „Orthopäde sucht zum 01.07.2006 eine Arzthelferin“. Ein männlicher Bewerber bewirbt sich und wird abgelehnt. Wie ist die Rechtslage?

Falllösung: Zu prüfen ist, ob ein Verstoß gegen §§ 7, 1 AGG vorliegt? Dies setzt voraus, dass der Bewerber ein Beschäftigter ist. Fraglich ist ob ein Bewerber ein „Beschäftigter“ im Sinne des Gesetzes sein kann. Ein Bewerber ist kein Arbeitnehmer (siehe oben.!) im Sinne des § 6 AGG Abs. 1 Nr. 1. Aber § 6 Abs. 1 S. 2 bestimmt, dass Beschäftigte auch Bewerberinnen und Bewerber sind. Der Arbeitgeber macht sich somit grundsätzlich schadensersatzpflichtig nach § 15 AGG. Das AGG macht es einem Arbeitgeber, der (evtl. aus reiner Unachtsamkeit) eine falsch formulierte Stellenanzeige aufgegeben hat sehr schwer. **§ 22 AGG** regelt die Beweislast zu Ungunsten des Arbeitgebers. D.h. im Vorliegenden Fall wird aufgrund der Formulierung der Anzeige gesetzlich vermutet, dass eine Benachteiligung stattgefunden hat. Der Bewerber muss nun nicht mehr – nach allgemeinen prozessualen Regeln – beweisen, dass er benachteiligt wurde, sondern der Arbeitgeber muss beweisen, dass die Auswahl **benachteiligungsfrei** stattgefunden hat. Praktisch ist dies außerordentlich schwer zu beweisen, dass etwas **nicht** stattgefunden hat.

2. Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers bei Benachteiligung

Folge eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot ist, dass der Arbeitgeber Schadensersatz gem. § 15 Abs. 1 S.1 AGG zu leisten hat. Voraussetzung ist allerdings dass der Bewerber objektive geeignet ist die Stelle zu besetzen und subjektiv tatsächlich die Absicht hatte, die angebotene Stelle auch anzunehmen.

Der Arbeitgeber kann zwar vorbringen, dass ihn ein Verschulden am Verstoß gegen das AGG nicht trifft. **§ 15 Abs. 1 S. 2 AGG** bestimmt allerdings, dass der Arbeitgeber beweisen muss, dass ihn kein Verschulden trifft. Zu beachten ist, dass „Verschulden“ gem. § 276 BGB vorsätzliches und fahrlässiges Handeln heißt. Dies bedeutet, dass Unkenntnis der Rechtsvorschriften zumindest einen Fahrlässigkeitsvorwurf begründet.

Exkurs: Die Norm des § 15 Abs. 1 S. 2 AGG ist vor dem Hintergrund des allgemeinen Prozessrechtes zu sehen. Hier gilt grundsätzlich, dass derjenige, der Rechte aus einer Rechtsnorm herleiten möchte, die tatsächlichen Grundlagen d.h. das tatsächliche Vorliegen der Umstände darlegen und ggf. beweisen muss, die seinen Anspruch begründen. Zwischen Bewerber und Arbeitgeber entsteht (siehe oben.) ein Schuldverhältnis gem. **§ 311 Abs. 2 BGB** mit hieraus folgenden **Rechtspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB**. Ein Verstoß gegen diese Pflichten (siehe auch. **§ 7 Abs. 3 AGG**) führt gem. § 280 Abs. 1 BGB zu einem Schadensersatzanspruch des Bewerbers. Voraussetzung für den Schadensersatz ist „Verschulden“ gem. § 276 Abs. 1 BGB, d.h. vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln. Das bedeutet bei jedem vertraglichen Schadensersatzanspruch muss der Geschädigte nach allgemeinen prozessrechtlichen Grundsätzen beweisen, dass der Schädiger den Schaden vorsätzlich oder fahrlässig verursacht hat. Aufgrund von **§ 15 Abs. 1 S. 2 AGG** ändert sich dieser Grundsatz. Durch die negative Formulierung: „Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat“. D.h. der Geschädigte muss im Prozess lediglich Indizien vorlegen (§ 22 AGG) und das Verschulden (lediglich) behaupten (!). Dies hat zur Folge, dass der Arbeitgeber zunächst darlegen

muss, dass er nicht benachteiligt hat. Hat er benachteiligt wird das Verschulden gesetzlich vermutet. Er muss dann beweisen, das ihn kein Verschulden trifft. Dies ist im allgemeinen kaum möglich.

Die Höhe des Schadensersatzes ist unklar. Hätte der Bewerber die Stelle auch ohne Benachteiligung nicht bekommen, sind ihm (oder ihr!) höchstens drei Monatsgehälter zu ersetzen (§ 15 Abs. 2 AGG). Hätte der Bewerber die Stelle bekommen ist vom Wortlaut der Norm her der Schadensersatzanspruch grundsätzlich unbegrenzt. Einigkeit besteht derzeit nur darüber, dass eine Begrenzung vorgenommen werden muss. Hierzu gibt es bisher keine Entscheidung des BAG oder der Instanzgerichte.

III. Das Vorstellungsgespräch (insbesondere das Fragerecht des Arbeitgebers):

1. Interessenlage von Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Der Arbeitgeber möchte einen Arbeitsplatz mit zuverlässigem Mitarbeiter besetzen und strebt eine dauerhafte Arbeitsbeziehung an. D.h. Schwangerschaften, Ehepläne und Kinder können dem entgegen stehen. Gewerkschaftsmitglieder könnten Probleme im betrieblichen Alltag bereiten. Der Arbeitnehmer andererseits möchte einen Arbeitsplatz und hat ein Interesse daran, diejenigen Umstände, die einen Arbeitgeber unter Umständen daran hindern könnten einen Arbeitsvertrag mit ihm abzuschließen nicht mitzuteilen. Die logische Folge hiervon ist, dass in Bewerbungsgesprächen oftmals die Unwahrheit gesagt wird, wenn der Arbeitgeber nach bestimmten Umständen fragt. Die Frage, welche die Rechtsordnung zu beantworten hat, ist wie im Fall einer Lüge im Bewerbungsgespräch und unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien diese Konfliktsituation aufgelöst wird.

2. Der rechtliche Hintergrund

§ 123 Abs. 1 BGB regelt die Anfechtung von Verträgen wegen arglistiger Täuschung. Eine Lüge im Bewerbungsgespräch kann dazu führen dazu, dass Arbeitgeber den Arbeitsvertrag anfechten kann. Gem. herrschender Meinung und Rechtssprechung kann ein Arbeitsvertrag allerdings nur dann angefochten werden, wenn der Arbeitnehmer auf eine **zulässige Frage** die Unwahrheit gesagt hat. Auf **unzulässige Fragen** gibt es das „**Recht zur Lüge**“. Das BAG trägt damit dem Umstand Rechnung, dass das Verweigern einer Antwort im Bewerbungsgespräch verdächtig wirkt und der Arbeitnehmer (zu Recht) davon ausgehen kann, beim Verweigern einer Antwort nicht eingestellt zu werden.

Faustformel: Arbeitgeber darf nach Umständen fragen, die für die Ausübung der angestrebten Tätigkeit von Bedeutung sind.

Zulässige Fragen sind solche nach dem beruflichen Werdegang, dem Bestehen von Wettbewerbsverbote, sowie dem Bestehen von anderen Arbeitsstellen. **Begrenzt zulässige Fragen**

sind solche nach dem bisherigen Gehalt um Rückschlüsse auf Qualifikation ziehen zu können, nach Vorstrafen soweit diese einen Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweisen und ggf. Zweifel an der Qualifikation aufkommen lassen, nach Krankheiten bzw. Körperbehinderungen soweit Dritte ggf. gefährdet werden könnten.

Unzulässige Fragen sind solche nach Religions-, Partei-, und Gewerkschaftszugehörigkeit (da grundrechtsrelevant siehe auch. Art 9 und Art. 4 GG), nach Familienverhältnissen, Heiratsabsichten, Schwangerschaft, oder nach tätigkeitsneutralen Schwerbehinderung.

3. Folge einer wirksamen Anfechtung:

Gemäß § 142 Abs. 1 BGB ist ein angefochtenes Rechtsgeschäft als von Beginn an unwirksam zu behandeln (Wirkung ex tunc). Alle erbrachten Leistungen müssen in diesem Fall gem. § 812 BGB zurück gewährt werden, da niemals ein Rechtsverhältnis, d.h. Rechtsgrund (=Arbeitsvertrag) für den Leistungsaustausch bestanden hat. Lohn kann zwar zurück gezahlt werden, im Arbeitsrecht besteht allerdings das faktische Problem, dass eine Rückgewähr der Arbeitsleistung praktisch unmöglich. Daher geht die Rechtssprechung in diesem Fall vom Vorliegen eines sog. **faktisches Arbeitsverhältnis** aus. Dies hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis nur ex nunc (d.h. ab dem Zeitpunkt der Erklärung der Anfechtung) unwirksam ist. Für Vergangenheit bestand somit ein wirksames Arbeitsverhältnis mit der Folge, dass Lohn für die Vergangenheit nicht zurück gezahlt werden muss. Eine **Ausnahme** wird gemäß BAG (Entscheidung vom 03.11.2004 5 AZR 592/03 „Falscher Arzt“) nur dann gemacht, wenn die Arbeitsleistung keinerlei Wert für den Arbeitgeber hatte (im genannten Fall: Arbeit als Arzt ohne Approbation). In diesem Fall besteht eine Pflicht zur Rückgewähr des in der Vergangenheit gezahlten Lohnes.

C. Das laufende Arbeitsverhältnis

I. Pflichten des Arbeitnehmers:

1. Die arbeitsvertragliche Hauptpflicht

Der Arbeitnehmer trägt die Verpflichtung zur Arbeitsleistung aus § 611 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag als sog. vertragliche Hauptleistungspflicht. Der Arbeitnehmer ist im Zweifel höchstpersönlich verpflichtet (§ 613 BGB). D.h. ein „Ersatzmann“ darf nicht geschickt werden um die Arbeitsleistung zu erbringen. Eine Verpflichtung einen Ersatzmann zu schicken besteht auch im Krankheitsfall nicht. Im Krankheitsfall wird dem Arbeitnehmer die Erbringung seiner Hauptleistungspflicht unmöglich (siehe auch. § 275 Abs. 1 BGB). Dies hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich seinen Anspruch auf die Gegenleistung, d.h. den Lohnanspruch verliert (§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB). Dieser Grundsatz wird durch das Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG) eingeschränkt. (siehe unten.). Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich zu einer Leistung „mittlerer Art und Güte“ (§ 242 Abs. 1 BGB analog siehe oben) verpflichtet.

Der **Inhalt** des Arbeitsverhältnisses ergibt sich regelmäßig aus dem Arbeitsvertrag (ggf. in Verbindung mit den einschlägigen Tarifverträgen). Meist findet sich dort eine allgemeine Tätigkeitsbeschreibung, die lediglich dem Grunde nach charakterisiert zu welcher Art von Arbeitsleistung der Arbeitnehmer verpflichtet ist. Die Einzelheiten werden durch die Anweisungen des Arbeitgebers geregelt (**Direktionsrecht**). Das Direktionsrecht ist das Recht des Arbeitgebers die Arbeit nach Art, Zeit und Ort näher zu bestimmen. Ein oft geführter Streit ist der um die **Grenzen des Direktionsrechts**, d.h. um die Frage in wie weit ein Arbeitnehmer auch Arbeiten verrichten muss, die eigentlich nicht zu seinem typischen Tätigkeitsfeld gehören. Grundsätzlich gilt, dass alles was nicht vom Arbeitsvertrag umfasst ist und nicht in den Bereich des Direktionsrechts fällt muss der Arbeitnehmer nicht tun. Die Versetzung in einen anderen Betrieb des Unternehmens ist grundsätzlich nicht vom Direktionsrecht gedeckt. Durch sog. **Versetzungsklauseln** in den Arbeitsverträgen kann der Arbeitgeber dem entgegen wirken. Problematisch können solche Versetzungsklauseln beim Ausspruch Betriebsbedingter Kündigungen werden, da solche Versetzungsklauseln grundsätzlich die vorzunehmende Sozialauswahl auch auf andere Betriebe erweitern (siehe unten). Gesetzliche Grenzen des Direktionsrechtes finden sich z.B. im Mutterschutzgesetz in den §§ 6,7 MuSchG.

Zu beachten ist weiter, dass auch ein **Wechsel der Beschäftigungsart** grundsätzlich **nicht** vom Direktionsrecht gedeckt ist. Auch **Eingriffe in die arbeitsvertraglichen Regelungen** (Lohn, Urlaub etc.) sind **nicht** vom Direktionsrecht umfasst. Will der Arbeitgeber die Grundlagen des Arbeitsvertrages ändern, muss er von der **Änderungskündigung** Gebrauch machen. Hier wird das ursprüngliche Arbeitsverhältnis gekündigt und der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages zu geänderten Bedingungen angeboten. Der Arbeitnehmer kann den neuen Vertrag annehmen oder ablehnen. Lehnt er ab endet sein altes Arbeitsverhältnis. Er kann auch die Annahme unter Vorbehalt der Wirksamkeit der Änderungskündigung erklären. D.h. der Arbeitnehmer kann den Vertrag zunächst annehmen und die Wirksamkeit der Kündigung arbeitsgerichtlich überprüfen lassen. War Kündigung wirksam, arbeitet er mit neuen arbeitsvertraglichen Bedingungen weiter. War die Kündigung unwirksam kann er zu den alten Bedingungen weiter arbeiten. Entstandene Nachteile hat der Arbeitgeber in letzterem Fall auszugleichen.

2. Die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten

Neben der Hauptpflicht gibt es im Arbeitsverhältnis, wie in jedem Schuldverhältnis, Nebenpflichten. Dies sind insbesondere:

- a. **Auskunfts- und Anzeigepflichten** in Bezug auf Umstände, die für das Arbeitsverhältnis von Bedeutung sind. In Betracht kommt z.B. eine Mitteilungspflicht hinsichtlich des Führerscheinverlust bei einem Berufskraftfahrer, eine Verpflichtung zur Mitteilung vom Vorliegen von ansteckenden Erkrankungen oder eine Mitteilungspflicht beim Entdecken von tatsächlich eingetretenen oder drohendem Eintritt von Schäden an Arbeitsmaterialien wie z.B. an Maschinen und Werkzeugen.

- b. **Unterlassungspflichten bzw. Verschwiegenheitspflichten**, insbesondere das Verbot der Weitergabe betrieblicher Interna beim Vorliegen eines berechtigten Interesses des Arbeitgebers. Das Verbot der Annahme von Schmiergeldern. Letztere sind gem. ständiger Rspr. an den Arbeitgeber abzuführen. Diese Verpflichtung geht auch über den strafrechtlich relevanten Bereich hinaus. Das heißt auch wenn kein Verstoß gegen strafrechtliche Normen vorliegt, kann gegen eine Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag verstoßen worden sein.

II. Pflichten des Arbeitgebers:

1. Die arbeitsvertragliche Hauptpflicht

Die arbeitsvertragliche Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers ist die Verpflichtung zur Lohnzahlung. Die sog. Anspruchsgrundlage ist § 611 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag. Die Zahlungspflicht wird unter Umständen modifiziert durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen. Gerade der Bereich des Lohns ist häufig tarifvertraglich geregelt. Zu den Hauptleistungspflichten des Arbeitgebers zählt auch die Verpflichtung zum Abführen der Sozialversicherungsbeiträge und der Lohnsteuer.

Exkurs: Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung von Gratifikationen

Ein Anspruch auf Zahlung von **zusätzlichen Gratifikationen** neben dem arbeitsvertraglich vereinbarten Lohn ist dann gegeben, wenn dies **einzel- oder tarifvertraglich** festgelegt ist. Außerdem kann ein Anspruch aus dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit den **Grundsätzen der betriebliche Übung** entstehen. Durch betriebliche Übung kann sich der Arbeitgeber in vielerlei Hinsicht binden. Eine betriebliche Übung entsteht durch dreimalige vorbehaltlose Zahlung einer Gratifikation. Verhindern kann der Arbeitgeber das Entstehen einer betrieblichen Übung nur durch Zahlung in Verbindung mit dem Hinweis, dass es sich um eine freiwillige Zahlung handelt, die keinen Anspruch in der Zukunft begründet (sog. **Freiwilligkeitsklauseln**).

Eine **Kürzung von Gratifikationen** ist in engen Grenzen, bei **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** möglich. Der Arbeitgeber kann die Auszahlung der Gratifikation auch beispielsweise davon abhängig machen, dass der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt in dem die Gratifikation fällig wird, ungekündigt sein muss. Er kann darüber hinaus eine Rückzahlungsklausel arbeitsvertraglich vereinbaren um den Arbeitnehmer an das Unternehmen zu binden. Das **BAG** hat dem allerdings Grenzen gesetzt. Am Beispiel der **Weihnachtsgratifikation** wurde bereits entschieden, dass eine **Rückzahlungsvereinbarung dann unwirksam** ist, die den Arbeitnehmer **über den Monat Juni** hinaus an den Arbeitgeber bindet. D.h. endet das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer im zweiten Halbjahr und sieht der Arbeitsvertrag auch in diesem Fall eine Verpflichtung zur Rückzahlung der Weihnachtsgratifikation vor, so ist diese Vertragsklausel unwirksam. Die Gratifikation muss nicht zurück gezahlt werden.

2. Die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten

- a. Der Arbeitgeber hat den Lohnschutz zu beachten. Das heißt im Falle einer Lohnpfändung, muss der Arbeitgeber in jedem Fall den Lohn zahlen der nicht der Pfändung unterworfen ist. Die Pfändungsfreigrenze liegt derzeit (Stand 2007) bei 989,99 €.
- b. Auch den Arbeitgeber treffen Schutz- und Obhutspflichten. D.h. er ist grundsätzlich zum Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers verpflichtet. Darüber hinaus ist er verpflichtet persönliche Gegenstände, die der Arbeitnehmer mit sich führen muss und während der Arbeit nicht bei sich tragen kann sicher zu verwahren (z.B. durch zur Verfügungstellung von Schließfächern). In besonderen Fällen hat der Arbeitgeber auch die Pflicht, den Arbeitnehmer zu beschäftigen, wenn durch Untätigkeit die besonderen Fähigkeiten des Arbeitnehmers verloren gehen.

III. Dauer der Arbeitszeit

§ 3 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) regelt in welchem zeitlichen Umfang Arbeitnehmer beschäftigt werden dürfen. § 5 ArbZG regelt in welchem Umfang Ruhezeiten einzuhalten sind. Besonderheiten gelten für Pflegeeinrichtungen und Krankenhäuser. Es bedarf daher der Klärung welche Zeit als Ruhezeit und welche Zeit als Arbeitszeit gilt. Zu unterscheiden ist zwischen Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft.

1. Bei der **Arbeitsbereitschaft** befindet sich der Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz und zwar während der Arbeitszeit (also keine Pausenzeit) ohne jedoch mit Arbeiten betraut zu sein. Das **Bundesarbeitsgericht** hat die Arbeitsbereitschaft als "**wache Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung**" definiert. Arbeitsbereitschaft zählt uneingeschränkt zur Arbeitszeit.
2. Beim **Bereitschaftsdienst** ist der Arbeitnehmer verpflichtet, sich an einem vom Arbeitgeber vorgegebenen Ort aufzuhalten, um der Aufforderung zur Arbeit unverzüglich nachkommen zu können. Der Arbeitnehmer unterliegt also einer Beschränkung hinsichtlich der freien Bestimmung seines Aufenthaltes und muss zum sofortigen Arbeitsbeginn in der Lage sein. Ein Beispiel hierfür ist der Bereitschaftsarzt. Der Bereitschaftsdienst zählt uneingeschränkt zur Arbeitszeit. Gem. § 5 Abs. 3 ArbZG a.F. war Bereitschaftsdienst per Gesetz Ruhezeit. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat diese Regelung als nicht vereinbar mit Gemeinschaftsrecht gesehen. Der deutsche Gesetzgeber hat hierauf reagiert und die Norm gestrichen bzw. verändert.
3. Bei der **Rufbereitschaft** kann der Arbeitnehmer seinen Aufenthalt frei wählen. Er muss seinem Arbeitgeber jedoch im voraus mitteilen, wo er sich befindet. Er muss zudem in der Lage sein, die Arbeit unverzüglich aufzunehmen. Die Rufbereitschaft zählt zur Ruhezeit.

Grundsätzlich besteht kein Anspruch des Arbeitgebers auf Leistung von Überstunden. Eine Ausnahme gilt in Notfällen aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze gemäß § 242 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag, wonach der Arbeitnehmer bei Vorliegen eines dringenden betrieblichen Bedürfnisses zur Leistung von Überstunden verpflichtet ist. Daher empfiehlt es sich die Verpflichtung zum Leisten von Überstunden im Arbeitsvertrag mit aufzunehmen. Überstunden sind in jedem Fall vergütungspflichtig. Unter Umständen sind auch tarifvertraglich vorgesehene Zulagen zu zahlen.

Die Anordnung von Kurzarbeit ist dann möglich, wenn dies entweder im Tarifvertrag oder im Arbeitsvertrag vorgesehen ist. Ansonsten muss der Arbeitgeber die Kurzarbeit entweder mit allen Mitarbeitern aushandeln oder versuchen eine Betriebsvereinbarung hierüber mit dem Betriebsrat zu schließen. Für Arbeitnehmer gibt es in diesem Fall die Möglichkeit der Gewährung von Kurzarbeitergeld aus den Mitteln der Arbeitslosenversicherung, was der Arbeitgeber beantragen sollte. Die Einführung von Kurzarbeit ist gemäß § 87 Absatz 1 Nr. 3 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) mitbestimmungspflichtig. D.h. der Betriebsrat ist hieran zu beteiligen. § 19 KSchG sieht darüber hinaus die Möglichkeit vor, dass der Arbeitgeber für die Zeit der Entlassungssperre bei Massenentlassungen mit Zustimmung der Bundesarbeitsagentur Kurzarbeit anordnen kann, wenn er die Arbeitnehmer nicht beschäftigen kann.

Die Lage der Arbeitszeit bestimmt der Arbeitgeber ein freier und eigener Verantwortung unter Beachtung der Regelung des ArbZG. Insbesondere bei der Erstellung von Schichtplänen hat der Betriebsrat allerdings ein Mitspracherecht.

IV. Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis

Ein Arbeitsverhältnis ist ein Schuldverhältnis d.h. alle schuldrechtlichen Regeln des Leistungsstörungsrechts sind grundsätzlich anwendbar (siehe oben). Die Hauptpflicht des Arbeitnehmers ist die Erbringung von Arbeitsleistung. Bei Arbeitsverweigerung bzw. Nichterscheinen und Aufnehmen einer neuen Arbeit kann der Arbeitgeber diese Verpflichtung einklagen. Hierbei ist allerdings problematisch, dass die Arbeitsleistung höchstpersönlich zu erbringen ist. Die Arbeitsleistung ist daher eine nicht vertretbare Handlung. § 888 ZPO sieht bei Verurteilung zur Vornahme einer nicht vertretbaren Handlung grundsätzlich die Möglichkeit vor, ein Zwangsgeld anzudrohen. § 888 III ZPO schließt dies jedoch für den Dienstvertrag aus. Hier bestünde dann lediglich Möglichkeit gem. § 61 Abs. 2 ArbGG, dass der Arbeitgeber beantragt, dass der Arbeitnehmer gerichtlicherseits verurteilt wird eine angemessene Entschädigung zu leisten. Bei schuldhafter Nichterbringung der Arbeit hat Arbeitnehmer letztlich keinen Lohnanspruch und er ist dem Arbeitgeber zum Schadensersatz verpflichtet. Die Berechnung des Schadensersatzanspruches ist allerdings problematisch. Erstattungsfähig sind lediglich aufgewendete Mehrkosten. Diese werden oftmals nicht entstehen, da andere Arbeitnehmer die zusätzliche Arbeit meist „mit erledigen“ werden, entstehen oftmals keine Mehrkosten. Sollten diese Arbeitnehmer vergütungspflichtige Überstunden leisten,

entsteht dem Arbeitgeber hierdurch auch kein Schaden, da er in jedem Fall eine Vergütung hätte zahlen müssen.

1. Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitnehmer

Der Arbeitgeber kann bei Schlechtleistung den Lohn nicht kürzen. Er hat somit kein Minderungsrecht. Bei schuldhafter Pflichtverletzung des Arbeitnehmers und daraus resultierendem Schaden hat der Arbeitgeber lediglich Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten. Der Arbeitgeber kann jedoch auf die Schlechtleistung reagieren. Er kann z.B. arbeitsvertragliche eine **Mankohaftung** vereinbaren. Dies ist eine **vertragliche Regelung für Fehlbeträge bei Kassen- oder Warenbeständen**. Die Haftung des Arbeitnehmers muss allerdings auf eine bestimmte Mankovergütung innerhalb eines vorgegebenen Ausgleichszeitraums beschränkt werden, die dem Arbeitnehmer zusätzlich zum normalen Lohn gewährt wurde. Gängiges Instrument zur Ahndung von Verstößen gegen arbeitsvertragliche Pflichten ist die **Abmahnung** (siehe unten). Dies ist ein Hinweis des Arbeitgebers darauf, dass der Arbeitnehmer gegen eine Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag verstoßen hat. Sie soll zu zukünftigem vertragsgerechtem Verhalten anhalten und dem Arbeitnehmer deutlich machen, dass im Wiederholungsfalle die Kündigung droht. Die Abmahnung muss das Fehlverhalten eindeutig bezeichnen und deutlich die drohenden Konsequenzen aufzeigen.

Verursacht der Arbeitnehmer bei seiner Arbeit einen Schaden so haftet der **Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis nach Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs**. Abweichend von § 276 BGB, der bestimmt, dass der Schuldner (der Arbeitsleistung = Arbeitnehmer) für Vorsatz und Fahrlässigkeit haftet, d.h. Schadensersatz zahlen muss, schränkt die Rechtsprechung und die herrschende Lehre die Haftung des Arbeitnehmers für Schäden, die im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit entstehen nach dem Grad des ihn treffenden Verschuldens ein. In älteren Entscheidungen findet sich die Einschränkung der Haftung des Arbeitnehmers bei der Diskussion um die Frage der Schadensgeneigtheit der Tätigkeit. Dies bedeutete, dass ein Arbeitnehmer dann, wenn er Arbeiten verrichten muss, welchen ein erhöhtes Risiko der Schadensverursachung inne wohnt, nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit haftet. Die Rechtsprechung hat das Merkmal der Schadensgeneigtheit zugunsten eines abgestuften Haftungssystems aufgegeben. Das Merkmal der Schadensgeneigtheit spielt allerdings bei der Frage ob ein erhöhtes Haftungsrisiko besteht eine Rolle. § 619 a BGB sieht in diesem Zusammenhang (wie § 22 AGG siehe oben) eine Beweislastumkehr vor. D.h. der Arbeitgeber muss im Schadensfall darlegen und beweisen, dass der Arbeitgeber beweisen muss, dass der Arbeitnehmer den Schadenseintritt zu verschulden hat. Hat der Arbeitnehmer Schäden bei Dritten verursacht, so muss er diesen den entstandenen Schaden ersetzen, hat allerdings ein gegen seinen Arbeitgeber einen Anspruch auf Freistellung von diesen Kosten bzw. Erstattung der ihm entstandenen Kosten.

Exkurs: Der Kollegenunfall

Nach § 105 SGB VII haften Arbeitnehmer grundsätzlich nicht für Personenschäden, die einem anderen im Betrieb tätigen Mitarbeiter entstanden sind. Eine Ausnahme gilt dann, wenn dem Arbeitnehmer Vorsatz vorzuwerfen ist.

2. Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber

Die Zahlung des arbeitsvertraglich vereinbarten Lohns ist - wie erörtert - die Hauptpflicht des Arbeitgebers. Bei Nichtzahlung kann Lohnklage erhoben werden. Lohnklagen sind grundsätzlich auf den Bruttobetrag zu richten. Der Bruttolohn ist der Lohn, den der Arbeitgeber arbeitsvertraglich schuldet. Die Frage der steuerrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Abzüge ist lediglich eine Frage nach dem „Wie“ der Lohnauszahlung. Daher sind die gesetzlichen Verzugszinsen (s. § 288 BGB) grundsätzlich auch aus dem Bruttobetrag zu entrichten. Letzteres war umstritten ist nunmehr allerdings durch das BAG entsprechend dem hier gesagten entschieden worden.

Verstößt der Arbeitgeber gegen seine Pflicht zur Lohnzahlung kann der Arbeitnehmer von seinem **Zurückbehaltungsrecht** Gebrauch machen (das **BAG sieht die rechtliche Grundlage in § 273 BGB**). Das bedeutet, der Arbeitnehmer muss keine Arbeitsleistung erbringen, bis der Lohn gezahlt wurde, behält aber trotzdem seinen laufenden Lohnanspruch. Beachtet werden muss allerdings, dass das Zurückbehaltungsrecht verhältnismäßig geltend gemacht wird: Nicht in allen Fällen des Zahlungsverzuges ist nämlich nach der Rechtsprechung des BAG sofort die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts zulässig. Ist der Gehaltsrückstand z.B. verhältnismäßig gering oder ist er nur vorübergehender Natur, so berechtigt dies den Arbeitnehmer im Allgemeinen nicht, seine Arbeitsleistung zu verweigern. Gleiches gilt, wenn dem Arbeitgeber hierdurch ein verhältnismäßig hoher Schaden entstehen würde.

Selbstverständlich kann auch der Arbeitnehmer bei Verletzung der Lohnzahlungspflicht auch kündigen, was aber praktisch eher selten ist.

V. Unverschuldeter Ausfall der Arbeitsleistung

Es gilt grundsätzlich die Faustregel „Kein Lohn ohne Arbeit“. Das bedeutet, dass ein Arbeitnehmer, der keine Arbeitsleistung erbringt auch keinen Anspruch auf die Zahlung des Lohns hat. Dieser Grundsatz erfährt allerdings zahlreiche Einschränkungen.

1. Krankheit

Bei Krankheit hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Seine Arbeitsleistung wurde ihm zwar unmöglich gem. § 275 Abs. 1 BGB, d.h. gem. § 326 Abs. 1 BGB entfällt damit der Anspruch auf die Gegenleistung. Allerdings modifiziert das Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgeltfortzG) dieses allgemeine schuldrechtliche Grundprinzip.

Voraussetzung für den Entgeltfortzahlungsanspruch ist die vierwöchige ununterbrochene Dauer des Arbeitsverhältnisses. Ausschlaggebend ist der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses, d.h. der Abschluss eines Arbeitsvertrages ist ausreichend. Eine tatsächliche Beschäftigung innerhalb der ersten vier Wochen ist nicht erforderlich. Der Anspruch entsteht dann am ersten Tag der 5. Woche für die Dauer von insgesamt 6 Wochen. Dies gilt ohne Ausnahme. Auch wenn der Arbeitnehmer vor Ablauf der ersten vier Wochen krank wird und die Krankheit bis in die fünfte Woche andauert. Der Arbeitnehmer muss **spätestens** am 3. Tag der Krankheit eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen. Diese hat im Prozess hohen Beweiswert. Wenn der Arbeitgeber arbeitsrechtliche Konsequenzen (z.B. Kündigungen) an die Annahme knüpft, der Arbeitnehmer sei nicht arbeitsunfähig so muss er im Prozess ernsthafte Zweifel an der sachlichen Richtigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wecken können. Dies ist außerordentlich schwierig.

Weitere Voraussetzung für das Bestehen des Entgeltfortzahlungsanspruchs ist dass der Arbeitnehmer **ohne Verschulden** arbeitsunfähig wurde. § 3 EntgeltfortzG meint in diesem Zusammenhang ein „Verschulden gegen sich selbst“ und lässt nur besonders grobe Verstöße ausreichen um den Entgeltfortzahlungsanspruch entfallen zu lassen (z.B. vorsätzliche Teilnahme an Schlägerei, betrunkenes Autofahren). Nicht ausreichend ist zum Beispiel das Ausüben einer risikoreichen Sportart.

Liegt eine sog. „**Fortsetzungserkrankung**“ vor, kann der Arbeitnehmer für **alle einzelnen Zeiten der Arbeitsunfähigkeit** gem. § 3 Abs. 1 S. 2 EFZG zusammen Entgeltfortzahlung **nur für insgesamt sechs Wochen** beanspruchen. Von einer Fortsetzungserkrankung spricht man, wenn **dieselbe Krankheit erneut auftritt und die wiederholte Erkrankung auf demselben Grundleiden** beruht wie die Vorerkrankung bzw. auf dieselbe chronische Veranlagung des Arbeitnehmers zurückzuführen ist. Daneben gilt der Grundsatz der Einheit des Versicherungsfalles. Dieser besagt, dass auch bei neu eintretender Krankheit während bereits bestehender Krankheit (z.B. gebrochener Arm während der 5. Woche einer Erkrankung wegen Grippe) lediglich ein Anspruch auf insgesamt 6 Wochen Entgeltfortzahlung besteht. Ein Arbeitstag zwischen zwei verschiedenen Erkrankungen lässt allerdings den Entgeltfortzahlungsanspruch wieder für volle sechs Wochen entstehen. Eine Ausnahme hiervon gilt nur wenn der Arbeitnehmer vor seiner erneuten Erkrankung mindestens sechs Monate gearbeitet hat oder seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit mindestens zwölf Monate vergangen sind.

Legt der Arbeitnehmer keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor, kann der Arbeitgeber die Lohnauszahlung vorübergehend verweigern (§ 7 EntgeltfortzG). Zu zahlen ist der Lohn, der ohne Krankheit ausgezahlt worden wäre. Bei einer Krankheit innerhalb der ersten vier Wochen des Arbeitsverhältnisses muss der Arbeitgeber keine Entgeltfortzahlung leisten. In diesem Fall wird Krankengeld seitens der Krankenkassen aus Mittel der gesetzlichen Krankenversicherung ausgezahlt. Beruht die Krankheit auf einem Drittverschuldete (z.B. einem fremdverschuldeten Verkehrsunfall) bestimmt § 6 EntgeltfortzG, dass der Schadensersatzanspruches des Arbeitnehmers gegen den Schädiger in Höhe der geleisteten Entgeltfortzahlung auf den Arbeitgeber übergeht.

2. Sonstige vorübergehende Verhinderungsgründe

§ 616 BGB bestimmt, dass der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch nicht verliert, wenn er eine kurze Zeit aus Gründen, die zwar in seiner Person liegen, die er aber nicht zu vertreten (Verschulden!) hat daran gehindert ist, seine Arbeit wahrzunehmen, seinen Lohnanspruch nicht verliert. Tarifverträge bestimmen manchmal die entsprechenden Tatbestände (z.B. Verhinderung wegen Todes eines nahen Angehörigen). In jedem Fall ist eine Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers mit den Interessen des Arbeitgebers vorzunehmen. Beachtet werden muss insbesondere, dass objektive Hinderungsgründe **nicht ausreichen**. Kann der Arbeitnehmer beispielsweise seinen Arbeitsplatz aufgrund der **Witterungslage nicht erreichen**, entfällt sein Lohnanspruch.

3. Urlaub

Der Umfang des gesetzlichen Mindesturlaubs ist im Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) geregelt. Der gesetzliche Mindesturlaub beträgt 24 Tage. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass ein Arbeitnehmer grundsätzlich an sechs Tagen in der Woche arbeiten muss. Dementsprechend ist der gesetzliche Mindesturlaub anzupassen, wenn an weniger Wochentagen gearbeitet wird.

Die gesetzliche Mindestdauer des Urlaubs beträgt gemäß § 3 BUrlG 24 Werktage. Werktage sind alle Tage, die keine Sonntage oder gesetzlichen Feiertage sind, normalerweise also die 6 Wochentage von Montag bis Samstag. Der gesetzliche Mindesturlaub von 24 Werktagen entspricht daher - in Wochen umgerechnet - einem Urlaub von 4 Wochen. Für Arbeitnehmer, die weniger als sechs Tage in der Woche arbeiten, ist der gesetzliche Anspruch auf 24 Werktage Urlaub in Arbeitstage umzurechnen. Wer zum Beispiel 5 Tage in der Woche arbeitet, hat einen Anspruch auf 20 Arbeitstage Urlaub gemäß der folgenden Umrechnung:

$24 \text{ Werktage} \div 6 \text{ Werktage} = 4 \text{ Wochen Urlaub}; 4 \text{ Wochen} \times 5 \text{ Arbeitstage} = 20 \text{ Arbeitstage Urlaub.}$

Wer nur 4 Tage in der Woche arbeitet, hat dementsprechend einen Anspruch auf 16 Arbeitstage Urlaub:

$24 \text{ Werktage} : 6 \text{ Werktage} = 4 \text{ Wochen Urlaub}; 4 \text{ Wochen} \times 4 \text{ Arbeitstage} = 16 \text{ Arbeitstage Urlaub.}$

Bei 3 Arbeitstagen pro Woche hat man somit Anspruch auf 12 Urlaubstage pro Jahr.

Den Anspruch auf Teilurlaub regelt § 5 BUrlG. Besonders praxisrelevant ist § 5 Abs. 1 Nr. c BUrlG. Diese Norm schreibt vor, dass ein Arbeitnehmer, der im zweiten Halbjahr aus einem Arbeitsverhältnis ausscheidet Anspruch auf seinen vollen Jahresurlaub hat. Sollte ein Arbeitgeber dies nicht beachten, kann dies dazu führen, dass der Urlaub abzugelten ist. § 11 BUrlG regelt die Höhe des **Urlaubsentgelts**, d.h. in welcher Höhe der Lohn während des Urlaubs weiter zu zahlen ist. Hiervon ist

die **Urlaubsabgeltung** gem. § 7 Abs. 4 BUrlG (siehe unten) streng abzugrenzen. Prinzipiell ist eine Urlaubsabgeltung während des Arbeitsverhältnisses nicht möglich. Urlaub ist in natura zu gewähren.

Grundsätzlich muss Urlaub **im laufenden Kalenderjahr** gewährt und genommen werden. Nur wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe es rechtfertigen, ist eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr statthaft. Im Fall der Übertragung muss der Urlaub **bis zum 31. März des Folgejahres** gewährt und genommen werden. Kommt es auch in dieser Übertragungszeit nicht zum Urlaub, verfällt der Urlaubsanspruch.

Kann jedoch der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden, so ist dieser abzugelten, d.h. die Auszahlung des Urlaubs tritt an die Stelle der Freizeitgewährung. Diese Ausnahme gilt jedoch nur für diesen **Sonderfall des § 7 Abs. 4 BUrlG**. Voraussetzung für die Urlaubsabgeltung ist, dass der Arbeitnehmer den Urlaub nehmen könnte, wenn das Arbeitsverhältnis weiter bestünde. Der Arbeitnehmer hat keinen Urlaubsabgeltungsanspruch, wenn er im Zeitpunkt des Ausscheidens und danach über das Ende der Übertragungspflicht hinaus arbeitsunfähig krank war.

Die **Berechnung des Abgeltungsanspruchs** richtet sich nach der Berechnung des Urlaubentgelts, was jedoch nicht mit dem Urlaubsgeld zu verwechseln ist. Das Urlaubsgeld ist, im Gegensatz zum Urlaubsentgelt, eine betriebliche Sonderzuwendung und nicht eine gesetzlich vorgeschriebene Leistung. Nach § 11 BUrlG bemisst sich das Urlaubsentgelt nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, das der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor Urlaubsantritt erhalten hat. Daher muss zunächst der Gesamtarbeitsverdienst für diesen Zeitraum ermittelt werden.

Der Gesamtarbeitsverdienst ergibt sich aus dem Arbeitsentgelt und den Zulagen, die im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung stehen. Hierzu gehören unter anderem Schicht-, Gefahren-, Auslands-, Bereitschaftsdienst- und Schmutzzulagen. Hingegen werden angefallene Überstundenvergütungen, Spesen, Fahrgeld und einmalige Leistungen wie Weihnachtsgratifikationen und Treueprämien nicht in die Berechnung einbezogen. Krankheitstage und gesetzliche Feiertage fließen bei der Verdienstabrechnung mit ein und werden hierbei nicht abgezogen. Kurzarbeit, Arbeitsausfälle oder unverschuldete Arbeitsversäumnisse, welche im Berechnungszeitraum eintreten, bleiben für die Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht. Bei Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur (vor allem einzelvertragliche und tarifvertragliche Lohn und Gehaltserhöhungen), die während des Berechnungszeitraums oder des Urlaubs eintreten, ist die Berechnung.

Eine **vertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber über eine Urlaubsabgeltung**, die nicht den eben beschriebenen Sonderfall des § 7 Abs. 4 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) betrifft, ist **nichtig**.

4. Mutterschutz

Im Mutterschutzgesetz (MuSchG) wird ein besonderer Fall der Freistellung von der Arbeitsverpflichtung unter Aufrechterhaltung des arbeitsvertraglichen Lohnanspruchs geregelt. Besonderes Augenmerk soll hier den Beschäftigungsverboten der §§ 3 und 4 MuSchG gelten. Die Mutterschutzfrist beginnt grundsätzlich sechs Wochen vor dem berechneten Geburtstermin und endet regulär acht Wochen, bei medizinischen Frühgeburten und Mehrlingsgeburten zwölf Wochen nach der Entbindung. In dieser Zeit dürfen (werdende) Mütter nicht beschäftigt werden. Im Falle eines Beschäftigungsverbotes behält die werdende Mutter gemäß § 11 MuSchG ihren Anspruch auf den bisherigen Durchschnittsverdienst (Mutterschutzlohn).

5. Annahmeverzug des Arbeitgebers

§ 615 BGB regelt die Rechtsfolgen wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers vertragswidrig nicht annimmt. § 615 BGB bestimmt, dass der Arbeitgeber in diesem Fall den Lohn (nach-) zahlen muss obwohl keine Arbeitsleistung erbracht wurde. Praktisch bedeutsam wird die Frage des Annahmeverzugslohns im rechtsunwirksam gekündigten Arbeitsverhältnis. Ein Arbeitgeber, der eine rechtswidrige Kündigung ausspricht muss damit rechnen, dass ein Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der Kündigung feststellt. Wurde der Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr beschäftigt, muss der Arbeitgeber den gesamten Lohn nachzahlen, der dem Arbeitnehmer aufgrund der Kündigung nicht gezahlt wurde. Aufgrund der langen Verfahrensdauern kann dies Lohn für mehrere Monate sein.

Beispiel: A wird mit Schreiben vom 26.11.2005 zum 28.02.2006 von der B-GmbH gekündigt. Er hat Anspruch auf einen monatlichen Bruttolohn von 2.900,00 €. A erhebt am 05.12.2005 Kündigungsschutzklage vor dem zuständigen Arbeitsgericht. A arbeitet weiter bis zum 28.02.2006. Danach ist A arbeitslos. Das Verfahren endet durch Urteil vom 20.05.2006. Das Arbeitsgericht erklärt die Kündigung für unwirksam und stellt fest, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat. B muss A weiter beschäftigen und Lohn für die Zeit vom 01.03.2006 bis zur Wiederaufnahme der Arbeit nachzahlen.

6. Betriebsrisikolehre

§ 615 Abs. 3 BGB regelt den Fall, dass die Arbeitsleistung aufgrund eines von beiden Seiten nicht zu vertretenden Umstandes nicht wahrgenommen werden kann. Gemäß der Sphärentheorie trägt der Arbeitgeber das Risiko, dass er Lohn zahlen muss ohne einen Anspruch auf eine Arbeitsleistung zu haben, wenn die Gründe, aus denen die Arbeit nicht ausgeübt werden kann in seinem Risikobereich liegen.

Beispiel: Stromausfall im Betrieb. Die Arbeitnehmer können nicht arbeiten. Trotzdem ist der Arbeitgeber verpflichtet den Lohn zu zahlen. Es hat sich eine Gefahr realisiert, die in seinem Risikobereich liegt.

Hiervon zu unterscheiden ist das **Wirtschaftsrisiko**, d.h. das Risiko, dass der Arbeitgeber keinen tragfähigen Umsätze generieren kann. Er bleibt trotzdem verpflichtet den Lohn zu zahlen.

VI. Befristete Arbeitsverhältnisse

§§ 14 ff. Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) regelt wann und wie ein Arbeitsverhältnis befristet werden darf. Unterschieden werden muss grundsätzlich zwischen der Möglichkeit einer Befristung mit Sachgrund gem. § 14 Abs. 1 TzBfG und einer Befristung ohne Sachgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG.

1. Befristung mit Sachgrund

§ 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 – 8 TzBfG (lesen!) regelt wann ein Arbeitsverhältnis befristet werden darf. Grundsätzlich ist ein **mit Sachgrund** befristeter Arbeitsvertrag **beliebig verlängerbar**. Dies folgt aus § 14 Abs. 1 TzBfG keine Höchstgrenzenregelung wie Abs. 2 bzw. Abs. 3 TzBfG enthält. Das Vorliegen eines Sachgrundes ist allerdings objektive Wirksamkeitsvoraussetzung. Liegt objektiv kein Sachgrund vor, ist die Befristung unwirksam und der Arbeitsvertrag gilt als befristet geschlossen. Eine Nennung des Sachgrundes im Arbeitsvertrag ist nicht notwendig. Das BAG hat allerdings entschieden, dass eine Mehrzahl von hintereinander abgeschlossenen Arbeitsverhältnissen ein Indiz dafür ist, dass tatsächlich kein Sachgrund vorliegt.

a. Vorübergehender Bedarf: Diese Befristungsmöglichkeit soll der Bewältigung von Auftragsspitzen, Schlussverkäufen, Messen oder Ausstellungen dienen. Gem. dem BAG ist allerdings eine exakte und detaillierte Bedarfsprognose durch den Arbeitgeber notwendig. Bloße Unsicherheit über die künftige Entwicklung reicht nicht aus um eine Befristung zu rechtfertigen. Die Zahl der befristet eingestellten Arbeitnehmer muss sich im Rahmen des erwarteten Bedarfs halten.

b. Übergang nach Abschluss der Ausbildung: Diese Befristungsmöglichkeit dient der Ermöglichung eines nahtlosen Übergangs von der Ausbildung in den Beruf.

c. Vertretung: Vertretung für den Ausfall eines Mitarbeiters aufgrund Krankheit, Wehrdienst, Mutterschutz, Urlaub. Die Beschäftigung auf dem Arbeitsplatz des Vertretenen ist nicht unbedingt notwendig, d.h. „mittelbare“ Vertretung ist ausreichend.

d. Eigenart der Arbeitsleistung: Insbesondere künstlerische Berufe wie Schauspieler, Musiker, Künstler oder Berufssportler können eine Befristung aufgrund der Eigenart der Arbeitsleistung rechtfertigen.

e. Erprobung: Wird ein Arbeitsverhältnis zur Probe befristet, so ist darauf zu achten, dass auch die Dauer der Befristung sachlich gerechtfertigt sein muss. 6 Monate Befristung zur Erprobung sind regelmäßig unproblematisch. Längere Probezeiten können bei künstlerischer oder wissenschaftlicher Tätigkeit gerechtfertigt sein. Hier besteht evtl. sogar die Möglichkeit eine zweite Probebefristung zu vereinbaren. Längere Befristungen zur Probe sollten vermieden werden. Dies könnte ein Indiz für das Fehlen eines sachlichen Grundes sein.

g. Gründe in der Person des Arbeitnehmers: Wenn AN selbst eine Befristung wünscht kann diese Ziffer einschlägig sein. Voraussetzung ist, dass der Wunsch aus eigenem – nicht vom Arbeitgeber beeinflussten – Willen entstanden ist. Das BAG bejaht die Zulässigkeit dann, wenn der Arbeitnehmer auch beim Angebot eines unbefristeten Arbeitsvertrages ein befristetes Arbeitsverhältnis gewünscht hätte.

h. Befristung aus Haushaltsgründen: Diese Ziffer bedeute quasi eine Selbstbevorzugung des öffentlichen Dienstes. Bisher ist keine Rechtsprechung hierzu ergangen. Allerdings wird das BAG erwartungsgemäß sehr kritisch sein.

i. Gerichtlicher Vergleich: Ein gerichtlicher Vergleich kann ein Sachgrund sein. Bedeutung gewinnt allerdings der Umkehrschluss aus dieser Norm: Ein außergerichtlicher Vergleich kann demnach kein Sachgrund für eine Befristung sein.

Zu beachten ist § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG: Das Wort „insbesondere“ zeigt, dass die vertragliche Schaffung weiterer Befristungsgründe möglich sind. Anerkannt ist z.B. die Schaffung einer Altersgrenze von 65 bzw. früher, wenn der Arbeitnehmer mit 62 oder 63 Jahren Altersrente beanspruchen kann. Eine weitere Ausnahme ist anerkannt bei der ein Arbeitsverhältnis auch vor dem Eintritt des gesetzlichen Rentenalters enden kann. Die Arbeitsverträge mit Cockpit-Personal von Verkehrsflugzeugen können aufgrund internationaler Luftsicherheitsbestimmungen vorsehen, dass das Arbeitsverhältnis mit Vollendung des 55 bzw. 60 Lebensjahres endet.

Eine Befristung ist nicht nur als sog. „Zeitbefristung“ sondern auch als so genannte „Zweckbefristung“ möglich (siehe auch § 15 Abs. 2 TzBfG). Wichtig ist, dass der Arbeitgeber die baldige Zweckerreichung ankündigt.

2. Befristung ohne Sachgrund

Gem. § 14 Abs. 2 TzBfG kann ein Arbeitsverhältnis **OHNE (!)** Sachgrund längstens für die Dauer von zwei Jahren abgeschlossen werden. Bis zu dieser Gesamtdauer kann das Arbeitsverhältnis drei Mal verlängert werden. Somit ist eine dreimalige Verlängerung möglich, niemals aber über die Gesamtdauer von zwei Jahren hinaus. Die wirksame Verlängerung setzt voraus, dass das Arbeitsverhältnis sich inhaltsgleich und unmittelbar fortsetzt. Jede Veränderung des Vertragsinhalts über die reine Verlängerung hinaus macht aus der beabsichtigten Verlängerung einen neuen unbefristeten Arbeitsvertrag da die Befristung gegen das Verbot der Anschlussbefristung gem. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG verstoßen würde.

3. Sonstige Befristungsmöglichkeiten

In neu gegründeten Unternehmen gibt § 14 Abs. 2 TzBfG dem Arbeitgeber die Möglichkeit, längere Befristungen zu vereinbaren. Die Vorschrift verdoppelt die Fristen des Abs. 2. Die besondere Befristungsmöglichkeit für Arbeitsverhältnisse mit älteren Arbeitnehmer des § 14 Abs. 3 TzBfG verstößt laut dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) gegen Gemeinschaftsrecht. Die Vorschrift ist damit unwirksam.

4. Formvorschriften

§ 14 Abs. 4 TzBfG fordert, dass die Befristungsabrede schriftlich erfolgt. Eine mündliche Befristungsabrede ist damit gem. § 125 Abs. 1 BGB unwirksam. Die nachträglich, d.h. nach Antritt des Arbeitsverhältnis, vereinbarte schriftliche Befristung bestätigt nach dem BAG lediglich den bereits mündlich (formunwirksam) geschlossenen Vertrag. Hierin ist keine nachträgliche Befristungsabrede oder eine Bestätigung der formnichtigen Befristung zu sehen. Folge hiervon ist, dass die Befristungsabrede unwirksam ist, nicht aber der „restliche“ Arbeitsvertrag. Somit ist der Arbeitsvertrag unbefristet geschlossen.

D. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses

I. Die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses:

Der deutsche Gesetzgeber hat sich für die Schaffung eines strengen Kündigungsschutzes entschieden. Die Kündigung eines Arbeitnehmers, der diesen Kündigungsschutz genießt ist außerordentlich schwer und hat in der Praxis dazu geführt, dass die meisten Arbeitsverhältnisse mit einem (gerichtlichen) Abfindungsvergleich enden. Die Grundnorm des Kündigungsschutzes ist § 1 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) Diese Norm fordert die „**soziale Rechtfertigung**“ der Kündigung. Eine Kündigung ist nur dann „sozial gerechtfertigt“, wenn die Kündigung aus **personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Gründen** erfolgt. Im Interesse der Rechtssicherheit verlangt § 4 KSchG allerdings, dass ein gekündigter Arbeitnehmer innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage erheben und die fehlende soziale Rechtfertigung sowie andere Unwirksamkeitsgründe geltend machen muss. Wird diese Frist versäumt bestimmt § 7 KSchG dass

die Kündigung als wirksam angesehen wird. Es handelt sich hierbei um eine sog. „gesetzliche Fiktion“. Sollte eine Kündigung allerdings unter Verstoß gegen Formvorschriften ausgesprochen worden sein, so kann dieser Verstoß gegen § 623 BGB auch nach Ablauf von drei Wochen geltend gemacht werden da § 4 KSchG ausdrücklich vom Zugang der **schriftlichen** Kündigung spricht. **Zugang** heißt, die Kündigung muss so in den Machtbereich des Arbeitnehmers gelangen, dass dieser die Möglichkeit haben muss von ihr Kenntnis zu nehmen. Gewöhnlich reicht der Einwurf in den Hausbriefkasten aus. Die Versendung per Übergabeeinschreiben ist unsicher, da der Adressat das Einschreiben nicht entgegen nehmen muss und somit kein Zugang erfolgt. Daran ändert auch der beliebte Rückschein nichts. Sicher gestellt werden kann der Zugang am besten durch persönliche Übergabe durch einen am späteren Rechtsstreit nicht als Partei beteiligten Dritten, der notfalls als Zeuge vernommen werde und den Zugang der Kündigung bestätigen kann. § 6 KSchG lässt nun ausdrücklich das „Nachschieben“ von Unwirksamkeitsgründen zu. D.h. der Geltendmachung weiterer Unwirksamkeitsgründe neben den in der Klageschrift geltend gemachten, ist im Rechtsstreit jederzeit möglich auch wenn für diese neuen Gründe die dreiwöchige Frist abgelaufen ist.

II. Anwendungsbereich des KSchG:

Den Schutz des KSchG genießen lediglich Arbeitnehmer (s. oben = Arbeitnehmerbegriff). Es erfolgt keine Differenzierung nach Voll- oder Teilzeitbeschäftigten. Der Arbeitnehmer muss darüber hinaus in einem „Betrieb“ beschäftigt sein. Ausgenommen sind somit praktisch nur Haushalte. In Haushalten wird der Schwellenwert von 10 Beschäftigten aber regelmäßig ohnehin nicht überschritten.

a. Sechsmonatige Wartezeit:

Der Kündigungsschutz gilt nach **sechsmonatiger Beschäftigung** im Betrieb. Diese beginnt an dem **im Arbeitsvertrag bestimmten Tag** um 0:00 Uhr. Diese Frage hat das BAG entsprechend entschieden. D.h. die Sechsmonatsfrist läuft nicht ab dem Zeitpunkt des regelmäßigen Arbeitsbeginns (z.B. 8:00 Uhr) ab 0:00 Uhr des Tages auf den der Beginn des Arbeitsverhältnisses bestimmt wurde. Der **Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist hierbei ebenso unbeachtlich wie die tatsächliche Arbeitsaufnahme**. Die Wartezeit ist Betriebs- und unternehmensbezogen nicht aber konzernbezogen. D.h. die Wartezeit läuft bei Beschäftigung in einem Betrieb, sowie bei Beschäftigung in einem Unternehmen ab. Nicht jedoch wenn ein Arbeitnehmer innerhalb eines Konzerns das Unternehmen wechselt in dem er beschäftigt wird.

Die rechtliche Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses z.B. durch eine ausgesprochene Kündigung lässt die Wartefrist neu laufen. Dies gilt dann nicht, wenn beide Arbeitsverhältnisse in einem sachlichen Zusammenhang stehen. In diesem Fall werden die Beschäftigungszeiten addiert. Ob eine

Mehrzahl von unterbrochenen Arbeitsverhältnissen als zusammenhängend angesehen werden kann und ob es zu einer Addition der Beschäftigungszeiten kommt ist eine Frage des Einzelfalles.

b. Mindestgröße des Betriebs:

Gemäß § 23 KSchG müssen in einem Betrieb mindestens 10 Arbeitnehmer beschäftigt sein, damit dieser Betrieb dem Anwendungsbereich des KSchG unterfällt. Eine Ausnahme gilt für Arbeitnehmer, die vor dem 31.12.2003 in Betrieben mit mehr als 5 aber weniger als 10 Arbeitnehmern beschäftigt waren. Da vor dem 31.12.2004 die Grenze bei 5 Arbeitnehmern lag, genießen diese Arbeitnehmer nunmehr Vertrauensschutz. Gemäß § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG werden bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten diese Arbeitnehmer mit 0,5; 0,75 oder 1 Arbeitnehmer entsprechend ihrer Arbeitszeit gezählt.

c. Unabdingbarkeit des Kündigungsschutzes:

Der gesamte Kündigungsschutz steht nicht zur Disposition der vertragsschließenden Parteien. Die Vorschriften sind „einseitig zwingend“, d.h. sie können nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers vertraglich abgeändert werden. Nach Zugang einer Kündigung ist dies allerdings möglich, d.h. man kann dann vertraglich über die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses disponieren. Dies ist für den Arbeitnehmer regelmäßig allerdings mit einem Risiko verbunden. Die Gefahr besteht, dass seitens der Arbeitsagenturen angenommen wird, der Arbeitnehmer habe am Verlust seines Arbeitsplatzes mitgewirkt. Folge hiervon ist regelmäßig die Verhängung einer sog. „Sperrzeit“ für den Bezug von Arbeitslosengeld. Diese kann bis 12 Wochen dauern (§ 144 SGB III).

III. Sozialwidrigkeit der Kündigung:

Wie bereits ausgeführt ist eine Kündigung nur dann rechtmäßig, wenn sie nicht sozialwidrig und aus personen-, verhaltens-, oder betriebsbedingten Gründen erfolgt ist. Die Voraussetzungen für die einzelnen Rechtfertigungsgründe unterscheiden sich. Alle Formen der Kündigung müssen jedoch auch allgemeine Regeln beachten. Sind diese nicht gewahrt, ist die Kündigung unwirksam, ohne dass es einer Prüfung der sozialen Rechtfertigung bedarf:

a. Ultima-Ratio-Prinzip

Die Beendigungskündigung kommt erst dann in Betracht, wenn keine Möglichkeit mehr besteht, den Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen. Der Arbeitgeber muss alle Mittel ausgeschöpft haben und eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses muss für den Arbeitgeber unmöglich sein. In diesem Zusammenhang ist auch der Vorrang der Änderungskündigung (siehe unten) vor der Beendigungskündigung.

b. Beurteilungszeitpunkt:

Die Kündigung kann auf alle Gründe gestützt werden, die zum Zeitpunkt des Zuganges der Kündigung objektiv vorlagen. Es genügen somit auch Gründe, die zu diesem Zeitpunkt zwar vorlagen, von denen der Arbeitgeber allerdings erst später erfahren hat. Das bedeutet, ein Nachschieben von Kündigungsgründen ist immer möglich.

c. Prognoseprinzip:

Es ist ein Prognose anzustellen ob der Arbeitnehmer spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist nicht weiter beschäftigt werden kann. Der maßgebliche Zeitpunkt in dem der Arbeitgeber die Prognose aufstellen muss, ist der Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung. Dies hat die Konsequenz, dass Gründe, die nach Ausspruch und nach Zugang der Kündigung die Prognose erschüttern an der Wirksamkeit der Kündigung nichts ändern. Die Kündigung bleibt trotzdem wirksam. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall allerdings einen Weiterbeschäftigungsanspruch, d.h. einen Anspruch auf Neuabschluss des Arbeitsvertrages, den er notfalls auch gerichtlich geltend machen kann.

IV. Die einzelnen Kündigungsgründe des § 1 Abs. 2 KSchG

Das KSchG kennt nur die personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Kündigung. Bei der betriebsbedingten Kündigung muss auch eine Sozialauswahl unter den Arbeitnehmern getroffen werden. Bei der verhaltensbedingten Kündigung muss vor dem Ausspruch eine Abmahnung erfolgen. Andernfalls ist die Kündigung unwirksam.

Vereinzelte kann es zu so genannten „Mischtatbestände“ kommen. In diesen Fällen liegen beispielsweise betriebs- und verhaltensbedingte Kündigungsgründe vor. Fraglich ist nach welchen Kriterien die Wirksamkeit einer solchen Kündigung erfolgen kann. Das BAG hat in diesen Fällen entschieden, dass zunächst geprüft werden muss aufgrund welcher Tatsache der konkrete Kündigungsentschluss erfolgt ist. Wird beispielsweise ein chronisch kranker Mitarbeiter gekündigt, weil der Betrieb umstrukturiert wird und aufgrund der Krankheit keine den Bedürfnissen entsprechende Beschäftigung gefunden werden kann, stellt sich die Frage ob die Kündigung primär krankheitsbedingt oder betriebsbedingt erfolgt. Das BAG sieht den Schwerpunkt in der Betriebsbedingtheit.

Hiervon ist zu unterscheiden, ob der Arbeitgeber die Kündigung auf mehrere verschiedenen Sachverhalte stützt. Hier sind zunächst alle Sachverhalte einzeln zu prüfen ob diese eine Kündigung rechtfertigen. Erst wenn diese einzeln die Kündigung nicht rechtfertigen können, muss geprüft werden ob die Gesamtheit der Gründe die Kündigung nach Abwägung aller Interessen rechtfertigt. Diese Fallkonstellation kommt insbesondere bei der verhaltensbedingten Kündigung in Betracht.

1. Die personenbedingte Kündigung

Eine personenbedingte Kündigung erfordert Kündigungsgründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Sie kommt in Betracht, wenn der Arbeitnehmer nicht (mehr) die erforderliche Eignung und Fähigkeit besitzt die Arbeitsleistung zu erbringen. Die Grenze zwischen personen- und verhaltensbedingter Kündigung kann schwierig zu ziehen sein.

Beispiel: Übermäßiger Alkoholkonsum und damit verbundene Unfähigkeit die Arbeit zu verrichten. Das BAG unterscheidet zwischen dem steuerbarem sog. Alkoholexzess und der Alkoholsucht. Bei Alkoholsucht scheidet mangels Verschulden die verhaltensbedingte Kündigung aus. Daher kann nur personen- d.h. krankheitsbedingt gekündigt werden.

Die häufigste Form der personenbedingten Kündigung ist die Kündigung aufgrund Krankheit. Die Wirksamkeit der Kündigung ist in drei Stufen geprüft werden: Zunächst bedarf es **(a)** einer **negativen Gesundheitsprognose**. D.h. es müssen Tatsachen vorliegen, welche die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang rechtfertigen. Dies ist nicht der Fall bei: ausgeheilten Krankheiten, Unfällen oder Krankheiten, bei denen nicht mit einer Wiederholung zu rechnen ist. Auch hier ist lediglich der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung maßgebend. Weiterhin muss **(b)** eine **erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen** vorliegen. Dies ist bei häufigen Kurzerkrankungen einfacher zu begründen. Bei lang andauernden Krankheiten geht man davon aus, dass der Arbeitgeber entsprechend disponieren kann und die Entgeltfortzahlung nach sechs Wochen ohnehin endet, der Arbeitgeber also durch ein einzige lang andauernde Krankheit weniger belastet ist. Es muss somit zu Betriebsablaufstörungen kommen, die insbesondere im Großbetrieb aufgrund der vorhandenen Personalreserven kaum in nennenswertem Umfang vorkommen. Schließlich muss **(c)** eine **Interessenabwägung** erfolgen und im Einzelfall geprüft werden, ob trotz der Beeinträchtigung betrieblicher Interessen der Arbeitgeber doch gehalten ist, diese hinzunehmen. Ist sie Krankheit beispielsweise auf die Arbeit zurück zu führen so kann die Interessenabwägung dazu führen, dass die Kündigung als unwirksam angesehen wird. Das Alter des Arbeitnehmers und dessen Familienstand sind ebenfalls zu berücksichtigen. Andererseits kann dem Arbeitgeber eine personelle Umorganisation, die Höhe der Entgeltfortzahlung oder das Vorhalten von Personalreserven unzumutbar sein. Im Rahmen der Interessenabwägung spielen immer die Einzelumstände eine große Rolle.

2. Die verhaltensbedingte Kündigung

Die verhaltensbedingte Kündigung setzt die schuldhaft Verletzung von arbeitsvertraglichen Pflichten voraus, die das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigen. Es darf darüber hinaus keine für den Arbeitgeber zumutbare Möglichkeit einer anderweitiger Beschäftigung geben und die Lösung des Arbeitsverhältnisses muss unter Berücksichtigung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer billigenwert und angemessen erscheinen (so die ständige Rechtsprechung des BAG).

In Betracht kommt insbesondere die Verletzung von arbeitsvertraglichen Hauptpflichten wie beharrliche Arbeitsverweigerung. Auch einmalige Arbeitsverweigerung kann schon „beharrlich“ sein, wenn daraus der Wille des Arbeitnehmers erkennbar ist, seiner arbeitsvertraglichen Pflicht nicht nachkommen zu wollen. Einzelfälle schuldhafter Pflichtverletzungen sind beispielsweise:

- das Erbringen unterdurchschnittlicher Leistungen, wenn die Leistung ohne erkennbaren Grund dauerhaft hinter den Leistungen vergleichbarer Arbeitnehmer zurück bleibt.
- die eigenmächtige Selbstbeurlaubung
- die eigenmächtige Urlaubsverlängerung
- häufiges Zu spät kommen

Aber auch die Verletzung von arbeitsvertraglichen Nebenpflichten kann kündigungsrelevant sein:

- Alkoholgenuss: Die erfordert aber eine Einzelfallprüfung. Bei Kraftfahrern, Kranführern, Chirurgen und Gerüstbauern müssen andere Maßstäbe angelegt werden als Angehörigen von Berufsgruppen in den der (maßvolle) Alkoholkonsum „branchenüblich“ ist.
- Beleidigung und Bedrohung des Arbeitgebers, von Vorgesetzten oder Kollegen. Zu beachten ist allerdings in diesen Fallkonstellationen inwieweit der andere Teil Anlass hierzu gegeben hat.
- Verrat von Betriebsgeheimnissen
- Nicht Anzeigen von Krankheiten
- Zu späte Übersendung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.
- Nach dem BAG kann auch das Erstellen von Strafanzeigen gegen den Arbeitgeber kündigungsrelevant. Dies sogar dann, wenn keine falschen Angaben gemacht wurden. Der Arbeitnehmer muss in diesem Fall vor der Anzeige – in den Grenzen der Zumutbarkeit – eine innerbetriebliche Klärung herbeizuführen versuchen.
- Die Begehung von Straftaten zu Lasten des Arbeitgebers.

Das Verhalten **außerhalb des Betriebes** ist grundsätzlich kündigungsrechtlich **irrelevant**. Ausnahmen sind allerdings in Extremfällen möglich. Das BAG hat die Kündigung des Leiters einer Kindertagesstätte als zulässig erachtet, der Kindern, die nicht in der Tagesstätte untergebracht waren, außerhalb seiner Arbeitszeit, sexuell belästigt hat. Auch das Tragen von Kopftüchern bei weiblichen Angehörigen des islamischen Glaubens rechtfertigt nach dem BAG, auch in ländlichen Gebieten, keine verhaltensbedingte Kündigung. Das BAG stellt damit die Religionsfreiheit über die ebenfalls grundrechtlich geschützte Unternehmerfreiheit (Berufsfreiheit gemäß Art 12 GG) des Arbeitgebers.

Auch die verhaltensbedingte Kündigung hat keinen Sanktionscharakter sondern soll die weitere Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses verhindern. Es ist somit auch hier eine negative Zukunftsprognose zu treffen. Diese ist dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer sein Verhalten nach Ausspruch einer einschlägigen Abmahnung nicht geändert hat. Um die **negative Prognose** zu begründen ist damit eine der Kündigung vorausgehende **Abmahnung** erforderlich. Erst wenn der Arbeitnehmer das abgemahnte Verhalten wiederholt kann eine wirksame verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen werden.

Mit der Abmahnung zeigt der Arbeitgeber, dass er darauf verzichtet aus dem in der Abmahnung genannten Grund zu kündigen d.h. die Abmahnung „verbraucht“ den Kündigungsgrund. Hat der Arbeitgeber bereits abgemahnt kann er keine Kündigung mit dem bereits abgemahnten Verhalten begründen. Der Arbeitgeber muss daher genau beurteilen ob er unter Umständen aufgrund eines schweren Verstoßes gegen die arbeitsvertraglichen Verpflichtungen gleich kündigt. Ein späteres „Umschwenken“ von Abmahnung auf Kündigung ist ihm nicht mehr möglich.

3. Die betriebsbedingte Kündigung

Die Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung lauten wie folgt: Der Arbeitgeber muss (1) eine **unternehmerische Entscheidung** getroffen haben, die zum **Wegfall des Arbeitsplatzes** führt. Die zur Entscheidung führenden Tatsachen müssen (2) **tatsächlich gegeben** sein. Der Arbeitsplatz muss (3) **tatsächlich wegfallen**. Die Entscheidung muss (4) **kausal** für den Wegfall des Arbeitsplatzes geworden sein. Ein **milderes Mittel** darf (5) **nicht** gegeben sein. Es muss (6) eine **Prognose** ergeben, dass der Arbeitsplatz mit Ablauf der Kündigungsfrist wegfällt. Schließlich muss der Arbeitgeber (7) die **sozialen Belange** des § 1 Abs. 3 KSchG ausreichend berücksichtigen.

a. Die unternehmerische Entscheidung

Eine unternehmerische Entscheidung ist eine frei Entscheidung des Arbeitgebers. Sie folgt wirtschaftlichen Beweggründen und muss als solches nicht gesondert begründet werden. Der Arbeitgeber kann beispielsweise frei entscheiden, ob er seinen Betrieb mit Vollzeit- oder Teilzeitkräften führen möchte, ob er an Standort x oder y produziert und ob er seinen Betrieb mit 50 oder 40 Mitarbeitern führen möchte. Diese Entscheidungen können gerichtlich nicht überprüft werden. Die Gerichte prüfen nur ob die Entscheidung tatsächlich getroffen wurde.

b. Arbeitswegfall und Kausalität

Durch die unternehmerische Entscheidung muss - rein rechnerisch - ein Arbeitsplatz wegfallen sein, so dass ein Überhang an Arbeitskräften entstanden ist.

c. Keine milderen Mittel

Die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in demselben Betrieb oder einem anderen Betrieb des Unternehmens muss unmöglich sein. Allerdings müssen andere in Betracht kommende Arbeitsplätze vergleichbar und entweder unbesetzt sein oder mit Ablauf der Kündigungsfrist frei werden. Ein Arbeitsplatz ist dann vergleichbar, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Wege der Ausübung des **Direktionsrechtes** umsetzen könnte. In diesem Zusammenhang gewinnen die sog. „**weiten Versetzungsklauseln**“ in Arbeitsverträgen Bedeutung. Diese erweitern das Direktionsrecht und ermöglichen so einen weitergehenden Einsatz des Arbeitnehmers. Andererseits erschwert sich für den Arbeitgeber die Möglichkeit der betriebsbedingten Kündigung, da sich durch weite Versetzungsklauseln die Zahl der Mitarbeiter erhöht, die der Arbeitgeber bei der vorzunehmenden Sozialauswahl einbeziehen muss. Daneben muss der Arbeitgeber immer die Änderungskündigung (siehe unten) als milderes Mittel zur Beendigungskündigung in Betracht ziehen.

d. Die Sozialauswahl

Der Arbeitgeber muss nachdem feststeht, dass Arbeitsplätze wegfallen feststellen, welche konkreten Arbeitnehmer vom Wegfall der Arbeitsplätze betroffen sind. Hierbei muss zunächst festgestellt werden, welche Arbeitnehmer überhaupt in die Sozialauswahl einzubeziehen sind. Dies sind grundsätzlich aller Arbeitnehmer des Betriebes, die vergleichbar, d.h. im Wege des Direktionsrechts umsetzbar, sind. In die soziale Auswahl nach Satz 1 sind Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt (siehe auch § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG). Im zweiten Schritt müssen die Sozialdaten Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltsverpflichtungen und Schwerbehinderung berücksichtigte werden. Im allgemeinen kommt der Betriebszugehörigkeit und dem Lebensalter das größte Gewicht zu. Nach der Sozialauswahl steht fest, welche Arbeitnehmer am wenigsten schutzwürdig sind. Diese Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber dann wirksam kündigen.

V. Die Abfindung und die Kündigung mit Abfindungsangebot

Angesichts der großen Schwierigkeiten, die ein Arbeitgeber, dessen Unternehmen bzw. dessen Betriebe dem Geltungsbereich des KSchG unterfallen, beim Ausspruch einer Kündigung hat, hat sich die (gerichtliche) Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung in der Praxis durchgesetzt. Ca. 80 % der arbeitsgerichtlichen Verfahren werden durch gerichtliche (Abfindungs-) Vergleich beendet. Der Arbeitnehmer akzeptiert hierin regelmäßig den Ausspruch der Kündigung während der Arbeitgeber sich bereit erklärt einen gewissen Geldbetrag als Abfindung zu zahlen.

Die Gründe für diese Entwicklung –quasi am Kündigungsschutzgesetz (dass den Erhalt der Arbeitsplatzes als Rechtsfolge einer unwirksamen Kündigung vorsieht) vorbei – liegen in den tatsächlichen Interessenlagen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Es für einen Arbeitgeber sehr schwierig eine Kündigung richtig zu begründen. Die gesetzlichen Voraussetzungen sind hoch, die Rechtsprechung hat weitere Hürden aufgestellt. Die Möglichkeit, dass ein Arbeitsgericht (nach mehrmonatiger Verfahrensdauer allein in erster Instanz) zu dem Ergebnis kommt, dass eine Kündigung nicht rechtswirksam ist, ist eine reale „Bedrohung“. Das Risiko, das der Arbeitgeber trägt besteht nicht nur darin, dass ein Arbeitnehmer, der gekündigt wurde, in den Betrieb zurück kehrt und weiter bezahlt werden muss. Das wirtschaftliche Risiko besteht insbesondere in dem Umstand dass der Arbeitgeber mit dem Ausspruch der Kündigung zum Ausdruck gebracht, dass er den Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigen möchte. Der Arbeitnehmer hat mit Erhebung der Kündigungsschutzklage deutlich gemacht, dass er weiter arbeiten möchte (=st. Rspr.). Der Arbeitgeber befindet sich somit im Verzug gemäß § 615 Abs. 1 S. 1 BGB (siehe oben S. 19 letzter Absatz). Wenn das Arbeitsgericht feststellt, dass die Kündigung nicht rechtswirksam war ist der Arbeitgeber daher verpflichtet, den gesamten Lohn vom Ablauf der Kündigungsfrist bis zur Beendigung des Verfahrens nachzuzahlen. Dies kann ein fast untragbares wirtschaftliches Risiko bedeuten. Insbesondere für kleine und mittelständische Betriebe und Unternehmen. Auf Seiten des Arbeitnehmers besteht oftmals nicht das Interesse den Arbeitsplatz zu erhalten. Den Ausspruch der Kündigung empfinden viele als beleidigend. Eine Rückkehr in den Betrieb ist daher oft nicht das eigentliche Ziel des Arbeitnehmers. Das Obsiegen im Kündigungsschutzverfahren und der Erhalt des Arbeitsplatzes werden sogar häufig als eine Art „Sieg zweiter Klasse“ verstanden. Somit haben beide Seiten ein Interesse an einer Einigung, dass jenseits der Möglichkeiten liegt, die das Gesetz vorsieht. Das praktische Bedürfnis nach einer Möglichkeit einem Arbeitnehmer einen Anreiz zu bieten damit dieser nicht mehr an seinem Arbeitsplatz festhalten möchte hat zu der oben beschriebenen Entwicklung geführt. Im Falle eines Vergleiches akzeptiert der Arbeitnehmer die ausgesprochene Kündigung. Er erhält hierfür eine Abfindung. Die „**Faustformel**“ mit der die Höhe der Abfindung bestimmt wird beträgt $\frac{1}{2}$ **Bruttomonatsgehalt pro Beschäftigungsjahr**. Dies ist allerdings nicht zwingend. Die Höhe der Abfindung ist im wesentlichen das Ergebnis von Verhandlungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Je nachdem wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist, kann die Abfindung höher oder niedriger sein. Meist werden Abfindungen im Rahmen der gesetzlich vorgeschriebenen Güteverhandlung vor dem Arbeitsgericht ausgehandelt. Der Vergleich wird dann gerichtlich protokolliert. Aus diesem Vergleich kann dann – im Falle der Nichtzahlung – die Zwangsvollstreckung betrieben werden. Einen einklagbaren Anspruch auf eine Abfindung gibt es nicht. Die Ausnahme stellt **§ 1 a KSchG** dar. Wenn der Arbeitgeber eine Abfindung in der genannten Höhe anbietet und der Arbeitnehmer auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichtet, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die angebotene Abfindung, die auch höher sein kann als die im Gesetz vorgeschriebene. Diese Vorschrift solle zu einer **Entlastung der Arbeitsgerichte** führen, hat sich allerdings **in der Praxis nicht durchgesetzt**. Oftmals stehen hier taktische Überlegungen im Vordergrund. Ein Arbeitgeber bietet eine Abfindung nicht an, da er dies im Verfahren immer noch tun kann. Gerichtskosten entstehen bei einer Einigung im Güteverfahren nicht. In erster Instanz besteht darüber hinaus kein Anwaltszwang, so dass sich der Arbeitgeber auch selbst vertreten kann. Der Arbeitnehmer wird evtl. Interesse daran haben im Verfahren noch Druck auszuüben um eine höhere Abfindung zu erstreiten.

Den Arbeitsagenturen ist selbstverständlich bekannt, dass auch offensichtlich rechtswidrige und unwirksame Kündigungen mittels eines Abfindungsvergleich aufrecht erhalten werden. Wird allerdings im Vergleich dargestellt, dass eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen wurde, die kein Vorwurf des Verschuldens an den Arbeitnehmer beinhaltet und wurde die Kündigungsfrist eingehalten, werden trotzdem keine Sperrzeiten für den Bezug von Arbeitslosengeld verhängt auch wenn aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs eine Abfindung gezahlt wurde. Die Abfindung ist mittlerweile allerdings nach dem EStG voll zu versteuern.

VI. Exkurs: Der Betriebsübergang

§ 613a BGB regelt die Auswirkungen eines Betriebsüberganges auf die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter. Die Rechtsfolgen eines Betriebsüberganges sind vielfältig und in Kürze kaum darstellbar. Ein im Arbeitsrecht wichtiger Aspekt, dass ein Betriebsübergang keinerlei Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer hat. Die Arbeitsverhältnisse gehen kraft Gesetz auf den Übernehmer über. Der Arbeitnehmer kann dem widersprechen. Widerspricht der Arbeitnehmer ist er weiter bei seinem alten Arbeitgeber beschäftigt. Er riskiert dann allerdings, dass dieser ihn aufgrund des Betriebsüberganges nicht mehr beschäftigen kann und daher eine betriebsbedingte Kündigung ausspricht. § 613a BGB verbietet darüber hinaus lediglich die Kündigung wegen des Betriebsüberganges. Der neue Arbeitgeber ist nicht daran gehindert eine Kündigung auf andere Umstände als den Betriebsübergang zu stützen.

E. Kollektives Arbeitsrecht

I. Allgemeines:

Kollektives Arbeitsrecht regelt die Rechtsbeziehungen der Koalitionen (Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände) zueinander. Das kollektives Arbeitsrecht gibt dem Rahmen vor in dem die Koalitionen Vereinbarungen treffen dürfen und wie diese Vereinbarungen auf die Arbeitsvertragsbeziehungen wirken. Die Koalitionsfreiheit ist in Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG) geschützt und genießt damit Verfassungsrang. Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen sind Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ im Sinne des Art 9 Abs. 3 GG. Diese Vereinigungen müssen aufgrund **privatrechtlichen Zusammenschlusses** gegründet, auf **Dauer angelegt** sein und eine **demokratische Organisationsstruktur** aufweisen. Aus diesem Grund scheiden die Handwerkskammern sowie die Industrie- und Handelskammern aus. Sie sind keine privatrechtlichen Zusammenschlüsse. Eine Ausnahme bilden die Handwerksinnungen, die kraft Gesetz tariffähig sind (§ 54 Abs. 3 Nr. 1 HandwO). Die Vereinigungen müssen **unabhängig gegenüber dem Staat** und den **Parteien** sein. Außerdem muss die Koalition **gegnerunabhängig** sein, d.h. **fähig sein Druck auf den Gegner auszuüben**. Letztere Voraussetzung ist bei kleinen Gewerkschaften besonders sorgfältig zu überprüfen. Koalitionen müssen schließlich **überbetrieblich organisiert** sein, wovon bei Gewerkschaften eine Ausnahme gemacht werden kann, in denen sich Arbeitnehmer von besonders großflächige Unternehmen wie Post und Eisenbahn organisiert haben.

Der satzungsgemäße **Zweck der Koalition** muss auf die **Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerichtet sein.**

Gem. Art. 9 Abs. 3 GG kann jedermann Koalitionen gründen und ihnen beitreten. Das Grundgesetz schützt spiegelbildlich aber auch die Freiheit einer Koalition eben nicht beizutreten (sog. **positive und negative Koalitionsfreiheit**). Dies bedeutet, dass alle (arbeits-) vertraglichen Regelungen, die diese Freiheit einschränken unwirksam sind, da die Regelung im Widerspruch zum Grundgesetz steht. Die Grundrechte gelten zwar nur im Verhältnis Staat / Bürger. Allerdings nimmt die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft an, dass die Grundrechte sog. **unmittelbaren Drittwirkung** entfalten. Dies bedeutet, dass bei der Prüfung ob eine arbeitsvertragliche Regelung rechtswirksam ist immer die Frage beantwortet werden muss, ob die Regelung möglicherweise sittenwidrig gemäß § 138 Abs. 1 BGB ist. Bei der Beurteilung der Frage ob Sittenwidrigkeit vorliegt oder nicht, ist dann das Grundgesetz zu beachten. Somit können die Grundrechte über die „Einfallstore“ der zivilrechtlichen Generalklauseln (z.B. § 138 Abs. 1, § 242 BGB) auf die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen einwirken.

Art. 9 Abs. 3 GG garantiert darüber hinaus den **freien Bestand und die freie spezifisch koalitions-gemäße Betätigung**. Dieses Grundrecht steht immer im **Spannungsverhältnis** mit den Grundrechtspositionen des Arbeitgebers insbesondere der **Eigentums-garantie**. Deutlich wird dies anhand der folgenden „klassische“ Streitfragen: Ist die **Werbung für Gewerkschaften in einem Betrieb zulässig oder kann der Arbeitgeber dies unterbinden?** Die Lösung kann nur unter einer Rechts- und Güterabwägungen und unter Beachtung des Zumutbarkeitsgrundsatzes gefunden werden und ist damit immer Einzelfallabhängig. Im allgemeinen kann gesagt werden, dass ein Arbeitgeber die Werbung für Gewerkschaften in seinem Betrieb dulden muss, wenn hierdurch der betriebliche Ablauf nicht gestört wird. Ähnlich zu beantworten ist die Frage nach einem **Zutritts-rechts der Gewerkschaften zu den Betrieben?** Auch hier muss die Beantwortung der Frage unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles erfolgen. Grundsätzlich ist allerdings gemäß der Rspr. des BVerfG von einem Zutrittsrecht auszugehen.

II. Tarifrecht

Das Tarifrecht steht im Zentrum des kollektiven Arbeitsrechts. Tarifverträge sind Verträge zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden bzw. - bei so genannten **Firmentarifverträgen** - zwischen einer Gewerkschaft und einem einzelnen Arbeitgeber. Tarifverträge haben regelmäßig einen „**schuldrechtlichen**“ und einen „**normativen**“ Teil. Der schuldrechtliche Teil regelt die Vertragsbeziehungen der vertragsschließenden Parteien (d.h. der Koalitionen) zueinander und beinhaltet z.B. die Durchführungspflicht d.h. die Pflicht auf die Koalitionsmitglieder einzuwirken, den Tarifvertrag auch durchzusetzen bzw. anzuwenden. Notfalls kann dies koalitionsintern mit vereinsrechtlichen Mitteln durchgesetzt werden. Die wichtigste schuldrechtliche Pflicht des Tarifvertrages ist die **Friedenspflicht**, d.h. die Pflicht während der Laufzeit des Tarifvertrages keinen

Arbeitskampf durchzuführen. Ein Verstoß gegen die Friedenspflicht führt, wie jeder andere Verstoß gegen vertragliche Verpflichtungen, zum Entstehen eines Schadensersatzanspruchs.

Der normative Teil des Tarifvertrags wirkt wie ein Gesetz, d.h. **unmittelbar und zwingend**, auf die Arbeitsvertragsbeziehungen. Der Gesetzgeber hat hier quasi seine Rechtssetzungsmacht auf die Koalitionen übertragen mit der Folge, dass Tarifverträge zur Geltung im Arbeitsverhältnis keines weiteren Umsetzungsaktes mehr bedürfen. Wenn ein Tarifvertrag eine Frage regelt so kann von der tarifvertraglichen Regelung nicht abgewichen werden. Den Arbeitsvertragsparteien ist grundsätzlich nicht möglich Arbeitsverträge mit anderem als dem tarifvertraglichen Inhalten zu schließen. Eine Ausnahme wird nur dann gemacht, wenn der Arbeitsvertrag für den Arbeitnehmer vorteilhaftere Regelungen vorsieht (**Günstigkeitsprinzip**). In diesem Fall können die Arbeitsverträge vom Tarifvertrag abweichen.

Damit ein Tarifvertrag im Arbeitsverhältnis Anwendung finden kann, müssen Arbeitnehmer **und** Arbeitgeber an die Tarifverträge **gebunden** sein. Voraussetzung der Bindung an Tarifverträge ist, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer Mitglieder von Koalitionen sind, die einen Tarifvertrag geschlossen haben. Ist dies nicht der Fall kann die Tarifbindung durch eine Allgemeinverbindlicherklärung durch das **BMAS** erfolgen. Das **Bundesministerium für Arbeit und Soziales** kann nach § 5 Tarifvertragsgesetz (TVG) einen Tarifvertrag im Einvernehmen mit einem aus je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bestehenden Ausschuss auf Antrag einer Tarifvertragspartei für allgemeinverbindlich erklären. Wurde ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt gilt er im Tarifgebiet, ausnahmslos für die gesamte Branche. Tarifverträge können aber auch individualrechtlich auch aufgrund einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel zur Anwendung kommen. In diesem Fall sieht der Arbeitsvertrag selbst vor, dass ein bestimmter Tarifvertrag zur Anwendung kommt.

Der Tarifvertrag selbst legt fest in welchem räumlichen Gebiet er gilt. Man spricht in diesem Fall vom **räumlichen Anwendungsbereich** des Tarifvertrages. Vom **branchenmäßig-betrieblich** Anwendungsbereich spricht man, bei der Frage welche Branchenzweige und welche Betriebe in den Anwendungsbereich des Tarifvertrages fallen. Erfasst werden nur die im Tarifvertrag selbst genannten Branchen. Probleme bei der Frage nach der Anwendbarkeit eines Tarifvertrages kann es in sog. **Mischbetrieben** geben, die mehrere Geschäftszweige umfassen. In diesem Zusammenhang gewinnt der **Grundsatz der Tarifeinheit** besondere Bedeutung. Demnach sollen in einem Betrieb niemals mehrere Tarifverträge gelten. In Mischbetrieben richtet sich die Anwendung des Tarifvertrages daher nach dem Geschäftsbereich, der dem Betrieb seine **charakteristische Prägung** gibt. Des Weiteren muss ein Tarifvertrag auch fachlich anwendbar sein. D.h. das im Arbeitsvertrag vorgesehene Tätigkeitsbild muss der im Tarifvertrag genannten Berufsgruppe entsprechen. Schließlich muss ein Tarifvertrag auch **zeitlich anwendbar** sein. Tarifverträge gelten grundsätzlich für die Zeit für die sie ausdrücklich abgeschlossen sind. Gem. **§ 4 Abs. 5 TVG wirken Tarifverträge allerdings nach**. D.h. sie bleiben zwar gültig, die normative Wirkung entfällt allerdings, so dass von diesen Tarifverträgen

arbeitsvertragliche abgewichen werden. Dies selbstverständlich nur dann, wenn neue Arbeitsverträge geschlossen werden.

III. Arbeitskampf

1. Allgemeines:

Der Gesetzgeber hat auf eine Regelung des Arbeitskampfes verzichtet. Das BAG hat die Tarifvertragsparteien aufgefordert im Rahmen von Tarifverträgen auch Regelungen zu treffen, die den Arbeitskampfes betreffen. Dies kann z.B. mit der tarifvertraglichen Regelung zur Einführung von Schlichtungsstellen oder Notdiensten geschehen. Die herrschende Meinung definiert Arbeitskampf wie folgt:

Arbeitskampf ist die von Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite kollektiv ausgeübte Störung der Arbeitsbeziehungen zur Verfolgung eines bestimmten Regelungszieles.

Ein Arbeitskampf setzt also voraus, dass es zu Störungen der Arbeitsbeziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern kommt. Hier gewinnt der **Arbeitnehmerbegriff** erneut Bedeutung. Richter, Soldaten und Beamte stehen nicht in einem Arbeitsverhältnis und können daher keinen Arbeitskampf führen. Ein Arbeitskampf darüber hinaus nicht mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentum gemäß Art. 33 Abs. 5 GG zu vereinbaren und scheidet auch aus diesem Grund für Beamte aus. Arbeiter und Angestellte im Öffentlichen Dienst dürfen allerdings streiken.

Darüber hinaus darf mit Mitteln des Arbeitskampfes nur die Lösung von sog. **Regelungsstreitigkeiten** verfolgt werden. Im Gegensatz hierzu steht die Lösung von Rechtsstreitigkeiten. Dies bedeutete, dass ein Streit, der darüber geführt wird, **was** aufgrund einer **bereits bestehenden** gesetzlichen, vertraglichen oder tarifvertraglichen Regelung rechtmäßig ist, ein **Rechtsstreit** ist. Diese werden durch **Gerichte** entschieden. Wenn allerdings darum gestritten wird, **was** durch einen Tarifvertrag sinnvoller Weise geregelt werden sollte, handelt es sich um eine **Regelungsfrage**, deren Durchsetzung mit Mitteln des Arbeitskampfes verfolgt werden kann.

Beispiel: Trotz mehrfacher Abmahnungen seitens der Arbeitnehmer (auch diese können abmahnen!) beseitigt ein Arbeitgeber schwerwiegende Unfallgefahren in einem Produktionsbetrieb nicht. Die Arbeiter verweigern die weitere Arbeitsleistung.

Hier geht es um die Durchsetzung einer bereits bestehenden Rechtspflicht des Arbeitgebers, nämlich für Sicherheit im Betrieb zu sorgen(s. § 618 BGB). Es handelt sich somit um einen Rechtsstreit.

Da der Schutz der Koalitionsfreiheit ein „stumpfes Schwert“ wäre, wenn der Gesetzgeber keine Erzwingungsmöglichkeit zur Durchsetzung der Regelungsziele geben würde, wird der Arbeitskampf als vom Schutzbereich des Art. 9 III GG umfasst angesehen. Es besteht zwar kein Grundrecht auf

Streik, das Recht auf Arbeitskampf an sich ist aber grundsätzlich von der Verfassung geschützt so lange die Arbeitskämpfungsmittel der Durchsetzung einer funktionierenden Tarifautonomie dienen. Auch Nicht- oder Andersorganisierte können bestreikt oder ausgesperrt werden. Dies ist für das Funktionieren des Arbeitskämpfungssystems unverzichtbar. Gemäß dem BAG dürfen auch Azubis streiken so lang das Ausbildungsziel nicht gefährdet ist. Der Staat selbst ist im Arbeitskampf zur Neutralität verpflichtet. Es darf keine Auszahlung von Arbeitslosengeld an Streikende geben und keine staatliche Zwangsschlichtung eingeführt werden.

Ein rechtmäßiger Arbeitskampf setzt die Führung durch die **Tarifvertragsparteien** voraus. Das **Kampfziel muss der Abschluss eines Tarifvertrages** sein: D.h. der Arbeitskampf muss auf tarifvertraglich regelbare Ziele gerichtet sein. Dies regelt § 1 TVG sowie Art. 9 III GG. Darüber hinaus müssen Kampfgegner und Forderungsadressat müssen **identisch** sein. Ein reiner **Sympathiestreik** ist (derzeit) unzulässig. Auch **politische Streiks** zur Durchsetzung politischer Forderungen sind unzulässig. Ein Arbeitskampf muss darüber hinaus die **Friedenspflicht** wahren. Die Friedenspflicht gilt allerdings nicht für Arbeitnehmer, die nur aufgrund einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung im Geltungsbereich eines Tarifvertrages liegen. Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung erfasst nämlich nur den normativen Teil des Tarifvertrages. Im Übrigen gilt der **Grundsatz der freien Wahl der Kampfmittel**. Der **Grundsatz der Kampfparität** verlangt, dass das Verhandlungsgleichgewicht gewahrt bleiben muss. Eine Arbeitskämpfungmaßnahme muss daher stets darauf überprüft werden, ob sie zu einem abstrakt-materiellen Ungleichgewicht führt. Ein Streik ist allerdings grundsätzlich als zulässiges Kampfmittel zu sehen. Eine sog. „Angriffsaussperrung“ bei welcher der Arbeitgeber als erstes Arbeitskämpfungmaßnahmen ergreift ist grundsätzlich unzulässig, da es für den Arbeitgeber keinen Grund gibt Arbeitskämpfungmaßnahmen einzuleiten. Außerdem wird bereits grundsätzliches Verhandlungsungleichgewicht zu Ungunsten der Arbeitnehmer angenommen. Schließlich muss der **Arbeitskampf zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und erforderlich** sein und damit stets den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** beachten. Es darf kein milderes Mittel zur Erreichung des verfolgten Zieles zur Verfügung stehen als der Arbeitskampf. Dies bedeutet, dass Arbeitskämpfungmaßnahmen erst nach Ausschöpfung aller Verhandlungsmöglichkeiten ergriffen werden dürfen. Das **BAG** beschränkt sich allerdings auf eine reine **Missbrauchskontrolle**. Die Frage ob die Verhandlungen gescheitert sind und nunmehr Druck notwendig ist, überlässt man in ihrer Beantwortung den Tarifvertragsparteien. Daher geht das BAG beispielsweise auch von der allgemeinen Zulässigkeit von Warnstreiks aus.

2. Beginn und Ende des Arbeitskampfes

Das BAG vertritt die Auffassung, dass der Arbeitskampf in dem Zeitpunkt **beginnt**, an dem die Gewerkschaft **zur Arbeitsniederlegung aufruft**. Liegt eine besondere Mitteilung an den Arbeitgeber oder den Verband vor, so endet der Streik auch mit dieser Mitteilung an den Arbeitgeber oder Dachverband. Ansonsten dann, wenn die Gewerkschaft zur Wiederaufnahme der Arbeit aufruft. Der individuelle Streikbeginn ist in der konkreten Arbeitsniederlegung des Einzelnen nach Streikaufruf zu sehen.

3. Rechtmäßige Arbeitskämpfungsmittel der Arbeitnehmer

a. Der Streik

Streik ist die kollektive Niederlegung der Arbeit ohne Kündigung mit dem Willen, die Arbeit nach Erreichen des angestrebten Zieles wieder aufzunehmen. Der Streik muss gewerkschaftlich organisiert sein. Außerdem muss er deutlich von der reinen **kollektiven Wahrnehmung individueller** Rechte abgrenzt werden. Im Beispielsfall auf S. 35 legen die Arbeitnehmer ihre Arbeit nieder um den Arbeitgeber dazu zu bewegen einer arbeitsvertraglichen Verpflichtung nachzukommen. Das BAG hält die gemeinsame Rechtswahrnehmung hier für zulässig, da die bloße **gemeinsame Wahrnehmung der Einzelrechte** nicht dazu führen kann, dass die Maßnahme der Arbeitnehmer rechtswidrig ist. Allerdings müssen die Arbeitnehmer deutlich zum Ausdruck bringen, dass sie lediglich **kollektiv ein individuelles Recht** ausüben um ihren Arbeitgeber dazu zu bewegen, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Dieses Erfordernis dient der Abgrenzung der Maßnahme zum rechtswidrigen „wildem Streik“.

b. Boykott

Ein Boykott ist auf Ausschluss des Arbeitgebers am geschäftlichen Verkehr gerichtet. Dies kann z.B. durch einen Aufruf der Gewerkschaft geschehen Produkte des Arbeitgebers nicht zu kaufen.

c. Abkehr:

Die Abkehr kommt in der Praxis nicht mehr vor. Sie ist die kollektive Aussprache von fristlosen Kündigungen. Angesichts der heutigen Arbeitsmarktsituation ist dies kaum noch empfehlenswert.

4. Rechtmäßige Kampfmittel der Arbeitgeber:

- a. Der Arbeitgeber kann sich zunächst schlicht dazu entscheiden, den Arbeitskampf **durchzuhalten**, wenn er hierzu wirtschaftlich und personell in der Lage ist.
- b. Der Arbeitgeber kann sich auch zur Betriebstilllegung entscheiden. Dies liegt in seinem freien Ermessen. Es ist ihm dann auch möglich eigentlich arbeitswillige Mitarbeiter zu suspendieren. Führt der Arbeitgeber den Betrieb aber weiter, kann aber einzelne Mitarbeiter aufgrund des Streiks nicht beschäftigen, so finden aus Gründen der Kampfparität die **Betriebsrisikolehre keine Anwendung**. D.h. diese Arbeitnehmer erhalten keinen Lohn. Das selbe gilt für Arbeitnehmer in nur mittelbar betroffenen Betrieben, die zwar nicht direkt bestreikt werden, allerdings aufgrund des Streiks in einem anderen Betrieb nicht arbeiten können. Man spricht in letzterem Fall von der „Fernwirkung des Arbeitskampfes“.

- c. Das bekannteste Kampfmittel des Arbeitgebers ist die **Aussperrung**. Die Abwehraussperrung als Reaktion auf eine **Arbeitskampfmaßnahme der Arbeitnehmerseite** ist regelmäßig ein rechtmäßiges Arbeitskampfmittel. Die sog. Angriffs Aussperrung wird als nicht rechtmäßig angesehen. Die ausschließliche Aussperrung von Gewerkschaftsmitgliedern ist allerdings nicht mit Art. 9 III GG vereinbar und damit kein rechtmäßiges Arbeitskampfmittel.
- d. Dem Arbeitgeber steht es schließlich frei durch Zahlung von Streikbruchprämien verbleibende Arbeitnehmer zu motivieren bzw. einen Anreiz zu geben nicht am Streik teilzunehmen.

5. Die Massenänderungskündigung als Arbeitskampfmittel

Wenn ein Arbeitgeber übertarifliche Löhne abbauen möchte und daher Massenänderungskündigungen ausspricht bzw. Arbeitnehmer Massenänderungskündigungen unter der auflösenden Bedingung aussprechen, dass ein höherer Lohn gezahlt wird stellt sich die Frage ob es sich hierbei um Arbeitskampfmittel handelt. Das BAG differenziert in diesen Fällen wie folgt: Bei Arbeitnehmern wird nach den Grundsätzen des Arbeitskampfrechtes geprüft, da das BAG die Umgehung der tarifvertraglicher Friedenspflicht verhindern möchte. Diese Einschränkung macht das BAG bei der Prüfung von Massenänderungskündigungen durch die Arbeitgeberseite nicht. Wenn ein Arbeitgeber individualrechtlich eine Änderungskündigung aussprechen kann, dann macht die massenweise Ausübung dieses Rechtes die Maßnahme nicht unrechtmäßig.

6. Rechtsfolgen eines rechtmäßigen Arbeitskampfes

Die Hauptleistungspflichten der Kampfbeteiligten werden suspendiert, d.h. das Arbeitsverhältnis ruht, setzt sich allerdings fort. Es kann daher auch gekündigt werden. Die Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik ist allerdings kein Kündigungsgrund. Es besteht keine Verpflichtung zur Arbeitsleitung, die Lohnzahlungspflicht ruht dementsprechend ebenfalls. Die Nebenpflichten bleiben allerdings bestehen. Der Arbeitnehmer darf auch weiterhin keine Betriebsgeheimnisse offenbaren und muss ggf. Wettbewerb unterlassen. **Sozialversicherungsrechtliche Folgen** sind zunächst, dass keine Leistung der Arbeitsagentur an Kampfbeteiligte fließen. Es findet auch keine Vermittlung von Arbeitssuchenden in das Kampfgebiet ohne deren ausdrücklichen Wunsch statt. Bei rechtmäßigem Streik bleiben Kampfbeteiligte **Mitglieder der gesetzlichen Krankenkassen** und sind damit abgesichert. Das Bundessozialgericht (BSG) sieht Unfälle bei der Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen als von der gesetzlichen Unfallversicherung gedeckt an. Für die Zeit des Arbeitskampfes werden **keine Beiträge zur Rentenversicherung** entrichtet. Es entstehen somit Nachteile. Der Arbeitnehmer kann sich allerdings für die Zeit des Arbeitskampfes freiwillig versichern. Da es für die Ermittlung der Beitragszeit genügt, wenn ein Tag im Monat gearbeitet wurde, „entschärft“ sich das Problem.

7. Rechtsfolgen eines rechtswidrigen Arbeitskampfes

Im Verhältnis der **Tarifvertragsparteien zueinander** bestehen Ansprüche auf Unterlassung des rechtswidrigen Arbeitskampfes. Darüber hinaus bestehen Schadensersatzansprüche. Die Auswirkungen auf die **Einzelarbeitsverhältnisse** liegen darin, dass es nicht zur Suspendierung der Hauptleistungspflichten kommt. Bei einer rechtswidrigen Aussperrung behält der Arbeitnehmer daher seinen Vergütungsanspruch. Bei einem rechtswidrigen Streik behält der Arbeitgeber das Recht auf die Arbeitsleistung. Weiterhin hat der Arbeitgeber das Recht den Arbeitnehmer bei Beteiligung an einem wilden Streik nach vorheriger Abmahnung zu kündigen. Im Rahmen der stets erforderlichen Einzelfallabwägung kann allerdings die Frage nach einem Verschulden des Arbeitnehmers gestellt werden. Im Allgemeinen kann angenommen werden, dass ein Arbeitnehmer sich darauf verlassen darf, dass ein von seiner Gewerkschaft veranlasster Streik rechtmäßig ist. **Rechtswidrig ausgesperrte** Arbeitnehmer sind sozialversicherungsrechtlich wie zu Unrecht gekündigte Mitarbeiter zu behandeln. Die Beitragszahlungspflicht bleibt daher bestehen. Beim rechtswidrigen Streik ergeben sich sozialversicherungsrechtlich keine Besonderheiten da das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis weiter besteht. Zu Unrecht streikende Arbeitnehmer bleiben noch mindestens einen Monat lang Mitglied der gesetzlichen Krankenkassen. Der Arbeitgeberanteil zum Krankenversicherungsbeitrag muss für diese Zeit jedoch nicht bezahlt werden. Der Arbeitnehmer muss seinen Beitrag voll selbst bezahlen.

IV. Recht der Mitbestimmung

Unter Mitbestimmung versteht man die gesetzlich vorgesehene Beteiligung von Arbeitnehmer an Entscheidungen im Betrieb und Unternehmen. Im Unternehmen erfolgt die Mitbestimmung durch die gesetzlich vorgeschriebene Arbeitnehmervvertretung in den Organen von Kapitalgesellschaften (z.B. im Vorstand oder im Aufsichtsrat von AGs). Die gesetzlichen Rechtsgrundlagen hierfür liefert das Gesellschaftsrecht. Gegenstand der folgenden Betrachtung ist die betriebliche Mitbestimmung. Im Betrieb erfolgt die Mitbestimmung über Betriebs- und Personalräte bzw. über die Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten.

1. Betriebsverfassungsrechtliche Grundlagen

Grundlage der betrieblichen Mitbestimmung ist das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Es gilt räumlich für alle inländischen Betriebe unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Arbeitgebers. In sachlicher Hinsicht gilt das BetrVG für alle Betriebe der Privatwirtschaft. Nicht erfasst wird der Öffentliche Dienst. Hier gelten die Personalvertretungsgesetze des Bundes und der Länder. Die Abgrenzung erfolgt aufgrund rein formaler Kriterien. Betreibt eine Gemeinde (also eine Gebietskörperschaft des Öffentlichen Rechts) einen privatwirtschaftlich organisierten Betrieb, z.B. ein

Energieversorgungsunternehmen in Form einer GmbH oder AG, so findet auf die Betriebe des Unternehmens das BetrVG Anwendung.

Mitbestimmung heißt nicht „kollektive Betriebsführung“. In wirtschaftliche Fragen bestehen keinerlei Mitbestimmungsrechte. Insbesondere darf in die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers nicht eingegriffen werden. In § 2 Abs. 1 BetrVG ist der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit normiert. Der Gesetzgeber gibt hier eine bindende Richtschnur für die Auslegung von betriebsverfassungsrechtlichen Normen. Dieser Rechtsgedanke findet seine Ausprägung im gesamten BetrVG (z.B. §§ 74, 75 BetrVG). Der Gesetzgeber drückt hier den Wunsch aus, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretung (Betriebsrat) gemeinsam zum Wohle des Betriebes wirken. Beschränkungen der gesetzlichen Mitbestimmungsrechte sind nicht möglich. Erweiterungen können jedoch durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung vorgesehen werden.

Die **Kosten für die Arbeit des Betriebsrates** trägt der Arbeitgeber. Dies wird in verschiedenen Regelungen bestimmt. Gemäß § 20 Abs. 3 S. 1 BetrVG trägt der Arbeitgeber beispielsweise die Kosten der Betriebsratswahl. Darüber hinaus trägt der Arbeitgeber auch die zur Arbeit des Betriebsrates erforderlichen Kosten und muss dem Betriebsrat die zur Erledigung seiner Arbeit notwendigen Arbeitsmittel zur Verfügung stellen. Eine **Umlage dieser Kosten** auf die Arbeitnehmer ist gem. **§ 41 BetrVG unzulässig**.

2. Grundzüge der organisationsrechtlichen Betriebsverfassung

Die §§ 7 ff BetrVG regeln das aktive und passive Wahlrecht der Arbeitnehmer. Die Betriebsratswahlen erfolgen alle 4 Jahre. Betriebsräte werden in **geheimer, gleicher und unmittelbarer** Wahl gewählt. Der **Betriebsrat** ist der eigentliche Träger der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten. Er ist Repräsentant der Belegschaft und handelt als **Organ der Betriebsverfassung im eigenen Namen**. Er ist allerdings nicht rechtsfähig. Im Rahmen der ihm zugewiesenen Aufgaben sieht das Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) den Betriebsrat allerdings als „teilrechts- und – verfahrensfähig an“. In Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, werden Betriebsräte gewählt (**§ 1 BetrVG**). **Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer** im Sinne dieses Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, unabhängig davon, ob sie im Betrieb, im Außendienst oder mit Telearbeit beschäftigt werden. Als Arbeitnehmer gelten auch die in Heimarbeit Beschäftigten, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten (**§ 5 BetrVG**).bestimmen wer als Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes gilt, wer wählen kann und wählbar ist. **Wahlberechtigt** sind alle Arbeitnehmer des Betriebs, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Werden Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers zur Arbeitsleistung überlassen, so sind diese wahlberechtigt, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden (**§ 7 BetrVG**). **Wählbar** sind alle Wahlberechtigten, die sechs Monate dem Betrieb angehören oder als in Heimarbeit Beschäftigte in der Hauptsache für den Betrieb gearbeitet haben. Auf diese sechsmonatige Betriebszugehörigkeit werden Zeiten angerechnet, in denen der Arbeitnehmer unmittelbar vorher einem anderen Betrieb desselben Unternehmens oder Konzerns angehört hat. Nicht wählbar ist, wer infolge strafgerichtlicher Verurteilung die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, nicht besitzt. Besteht der Betrieb weniger als sechs Monate, so sind diejenigen Arbeitnehmer wählbar, die bei der Einleitung der Betriebsratswahl im Betrieb beschäftigt sind und die übrigen Voraussetzungen für die Wählbarkeit erfüllen (**§ 8 BetrVG**).

Trotz der Formulierung des Gesetzes in § 1 BetrVG besteht allerdings **keine Verpflichtung zur Wahl eines Betriebsrates**.

Die verfahrensrechtlichen Einzelheiten zur Betriebsratswahl regeln die § 14 FF BetrVG. Die Folgen von Verstößen gegen diese Wahlvorschriften sind die **Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit** der Wahl. Die Anfechtung richtet sich nach § 19 Abs. 1 BetrVG. Folge der Anfechtung ist dass das Betriebsratsmandat endet. Vorgenommen Handlungen des Betriebsrats bleiben aber trotzdem gültig.

Im Gegensatz hierzu steht die Nichtigkeit der Wahl. Diese ist nicht gesetzlich geregelt und kommt lediglich bei groben und offensichtliche Verstößen gegen Wahlgrundsätze in Betracht (z.B. Wahl durch Akklamation, Wahlen in einem Betrieb in dem das BetrVG nicht gilt etc.). Alle Handlungen eines aufgrund nichtiger Wahl gewählten Betriebsrates sind ausnahmslos ungültig.

Der Betriebsrat wird vom Betriebsratsvorsitzenden oder dessen Stellvertreter geleitet. Beider werden vom Betriebsrat gewählt (§ 26 Abs. 1 BetrVG). § 37 BetrVG regelt die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder. Sie haben besondere Geheimhaltungspflichten (§ 79 BetrVG) und genießen

besonderen Kündigungsschutz gemäß § 15 KSchG. Auszubildende, die Mitglied einer Mitarbeitervertretung sind haben gemäß 78a Abs. 2 BetrVG einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung, wenn das Ausbildungsverhältnis vor Ablauf der Zugehörigkeit zur Mitarbeitervertretung endet. Machen Sie diesen geltend, verlängert sich das Arbeitsverhältnis. Hiergegen kann der Arbeitgeber arbeitsgerichtlich vorgehen (§ 78 a Abs. 4 BetrVG).

3. Ein Sonderfall: Tendenzbetriebe

Einen Sonderfall stellen die so genannten Tendenzbetriebe gem. § 118 BetrVG dar. Auf Unternehmen und Betriebe, die unmittelbar und überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung, dienen, finden nach dieser Vorschrift die Bestimmungen des BetrVG keine Anwendung, soweit die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs dem entgegensteht. Sinn der Regelung ist es die genannten Unternehmen, die schwerpunktmäßig im grundrechtsrelevanten Bereich tätig sind von den Schranken des BetrVG soweit zu befreien, dass dieses der grundgesetzlich geschützten Betätigung nicht im Wege steht Die evangelische und katholische Kirche haben daher eigene Mitarbeitervertretungsrecht erlassen. Ein Unternehmen oder Betrieb, dass dem § 118 BetrVG unterfällt, genießt Tendenzschutz sobald eine tendenzgeschützter Zweck verfolgt wird wenn daneben auch Gewinnerzielungsabsicht vorliegt so ist dies für den Tendenzschutz unbeachtlich. Beispiele für Tendenzbetriebe sind: Sekretariate politischer Parteien, Geschäftsstellen der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, Betriebe des Roten Kreuzes, Privatschulen, Buch-, Zeitungs- und Zeitschriftenverlage. Ziel des § 118 BetrVG ist damit der Schutz der verfassungsrechtlich eingeräumten Freiheit des Arbeitgebers mit dem Ziel der unbeeinflussten Tendenzbestimmung und Tendenzverwirklichung. Eine Einschränkung sieht § 118 Abs. 1 S. 1 BetrVG mit der Formulierung: „(...) soweit die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs dem (der Zweckverfolgung) entgegensteht.“ D.h. das BetrVG findet nur so weit keine Anwendung, wie dies für die Verwirklichung des Tendenzzwecks des Betriebes erforderlich ist. Anhand des folgenden Beispiels soll die Problematik verdeutlicht werden:

Beispiel: Ein Zeitungsverlag der einem politischen Lager zugeordnet werden kann möchte einen neuen Redakteur einstellen. Ist diese Neueinstellung eines Zeitungsredakteurs Mitbestimmungspflichtig gem. § 99 BetrVG? Die Lösung lautet wie folgt: Der Betriebsrat hat ein Recht auf Vorlage der Bewerbungsunterlagen gem. § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG weil hierdurch die Tendenzverwirklichung nicht beeinträchtigt ist. Ein Zustimmungsverweigerungsrecht gem. § 99 Abs. 2 BetrVG hat er allerdings auch bei möglichem Vorliegen der genannten Tatbestandsvoraussetzungen nicht, da ein Redakteur im grundrechtlich geschützten Bereich (Art. 5 GG) tätig ist und der Betrieb Tendenzschutz genießt.

Tendenzschutz genießen allerdings nur die Tendenzbetriebe selbst. Eine Druckerei, die eine Zeitung nur druckt genießt keinen zum Beispiel keinen Tendenzschutz, da der Betrieb einer Druckerei nicht den in § 118 BetrVG genannten Zweck verfolgt. Dies gilt auch dann, wenn die Druckerei

beispielsweise nur für einen Auftraggeber tätig ist, dessen Betrieb Tendenzschutz genießt. Der Tendenzschutz hat somit keine Fernwirkung

4. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat sog. **echte Mitbestimmungsrechte**. In diesem Bereich kann der Arbeitgeber Maßnahmen nur im Einvernehmen mit dem Betriebsrat durchführen. **Einseitige Arbeitgeberentscheidungen** sind **rechtswidrig und unwirksam**. Daneben gibt es reine **Mitwirkungsrechte**. Hierzu gehören beispielsweise Informationsrechte, Vorschlags- und Anhörungsrechte.

Zu den Gegenstände erzwingbarer Mitbestimmung gehört die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten gemäß **§ 87 BetrVG**. In diesem Bereich bejaht das BAG einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrates gegen den Arbeitgeber, wenn dieser in sozialen Angelegenheiten unter Verletzung der Mitwirkungsrechte des Betriebsrates alleine tätig wird. Weitere Mitbestimmungsrechte finden sich in **§ 90 BetrVG** bezüglich der Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung. **§ 92 ff BetrVG** regelt die Mitbestimmung in allgemeinen personellen Angelegenheiten während **§ 99 ff BetrVG** die Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen zum Gegenstand hat. In den Fällen **erzwingbarer Mitbestimmung** kann bei Differenzen eine zu schaffende **Einigungsstelle** gemäß **§ 76 Abs. 5 BetrVG** durch Spruch die Einigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ersetzen.

5. Betriebsvereinbarungen

Den zwingenden Mitbestimmungsrechten steht die **freiwillige Mitbestimmung** gegenüber. Grundsätzlich kann jeder Sachverhalt vom Arbeitgeber zum Gegenstand der Mitbestimmung gemacht werden. Dies sieht auch **§ 88 BetrVG** vor, der die Möglichkeit der freiwilligen Mitbestimmung durch **Abschluss von Betriebsvereinbarungen** voraussetzt und Gegenstände benennt, die auf diesem Wege insbesondere geregelt werden können. Durch die Verwendung des Wortes „insbesondere“ zeigt der Gesetzgeber, dass er die Möglichkeit auch andere Sachverhalte durch freiwillige Betriebsvereinbarungen zu regeln nicht verschließen möchte.

Betriebsvereinbarungen sind rechtsgeschäftliche Abreden zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Sie wirken (wie ein Tarifvertrag) **normativ** auf die Arbeitsverträge der im Betrieb beschäftigten Mitarbeiter. Gemäß **§ 77 Abs. 3 BetrVG** kann in Betriebsvereinbarungen nicht geregelt werden, was üblicherweise in Tarifverträgen geregelt wird oder bereits tarifvertraglich geregelt ist. Dies gilt nicht wenn der Tarifvertrag selbst Betriebsvereinbarungen in diesem Bereich zulässt. Tarifvertragliche Bestimmungen die so etwas vorsehen nennt man **Öffnungsklauseln**. Betriebsvereinbarungen sind jedoch nicht auf den Bereich der freiwilligen Mitbestimmung beschränkt. Auch im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung kann sich die Regelung von mitbestimmungspflichtigen Sachverhalten durch Betriebsvereinbarung empfehlen.

Räumlich gelten **Betriebsvereinbarungen** in dem Betrieb für den sie abgeschlossen wurden. Im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung haben Betriebsvereinbarungen Nachwirkung gem. **§ 77 Abs. 6 BetrVG**. Darüber hinaus gilt auch hier das Günstigkeitsprinzip des **§ 4 Abs. 3 Hs. 2 TVG analog**. Die Betriebsvereinbarung geht zwar grundsätzlich dem Arbeitsvertrag vor, günstigere Regelungen des Arbeitsvertrages können jedoch nicht verdrängt werden.