

# **Arbeitsrecht**

**Hochschule Fresenius Köln**

**Hochschule für Wirtschaft und Medien GmbH**

**Dr. iur. Martin Kock**

# Inhaltsverzeichnis

## **§ 1 Grundlagen**

1. Rechtsquellen des Arbeitsrechts
2. Arbeitnehmerbegriff

## **§ 2 Vorstellungsgespräch**

1. Fragerecht
2. Anfechtung
3. Bewerbungskosten

## **§ 3 Arbeitsvertrag**

1. Vertragsschluss
2. Nachweis von Arbeitsbedingungen
3. AGB-Kontrolle
4. Betriebliche Übung / Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt
5. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

## **§ 4 Diskriminierungsschutz**

1. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)
2. Teilzeit und Befristung

## **§ 5 Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis**

1. Haupt- und Nebenleistungspflichten
2. Entgeltzahlung
3. Entgeltzahlung ohne Arbeitsleistung
4. Direktionsrecht
5. Zeugniserteilung

## **§ 6 Haftung im Arbeitsverhältnis**

1. Haftung des Arbeitnehmers
2. Haftung des Arbeitgebers
3. Personenschäden

## **§ 7 Arbeitszeit**

1. Arbeitszeitschutz
2. Anspruch auf Teilzeit

## **§ 8 Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

1. Befristung
2. Aufhebungsvertrag
3. Kündigung
4. Allgemeiner Kündigungsschutz
5. Änderungskündigung

## **§ 9 Arbeitsgerichtsverfahren**

1. Arbeitsgerichte
2. Kündigungsschutzprozess

## **§ 10 Besonderer Kündigungsschutz/Schutz besonderer Gruppen**

1. Schwangerschaft, Elternzeit, Pflegezeit, Familienpflegezeit
2. Schwerbehinderung und gleichgestellte Menschen
3. Betriebsratsmitglieder

## **§ 11 Betriebsübergang**

1. Voraussetzungen für einen Betriebsübergang
2. Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs

## **§ 12 Betriebsverfassungsrecht**

1. Rechtsstellung des Betriebsrats
2. Beteiligungsrechte des Betriebsrats
3. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten
4. Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten
5. Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten
6. Betriebsvereinbarung

# § 1

## Grundlagen

**Zur Vertiefung:** *Weth/Kerwer*, Der Einfluss des europäischen Rechts auf das nationale Arbeitsrecht, JuS 2000, S. 425 ff.; *Grobys*, Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen, NJW-Spezial 2005, S. 81 ff.; *Hilger*, Zum „Arbeitnehmer-Begriff“, RdA 1989, S. 1 ff.; *Dörsam*, Die Rechtsstellung der leitenden Angestellten, BC 2000, S. 9 ff.; *Moderegger*, Risikominimierung bei der Beschäftigung von freien Mitarbeitern, ArbRB 2010, S. 376 ff.

### 1. Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Das Arbeitsrecht umfasst das für die Rechtsbeziehungen zwischen **Arbeitgeber und Arbeitnehmer** geltende Recht. Dieses ergibt sich in folgender Reihenfolge (Normenpyramide) aus EU-Recht (insb. europ. Richtlinien), Grundgesetz (insb. Art. 9 Abs. 3, 12 GG), Gesetzesrecht (einschließlich arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz), Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Betriebsverfassung, Arbeitsvertrag (einschließlich dem Institut der betrieblichen Übung), Direktionsrecht.

Ein **Tarifvertrag** ist ein schriftlicher Vertrag, der zwischen Tarifvertragsparteien abgeschlossen wird, in der Regel zwischen Arbeitgeberverband und Gewerkschaft. Der Tarifvertrag erfasst dann alle Unternehmen, die Mitglied im Arbeitgeberverband sind (sog. Flächentarifvertrag). Es ist aber auch möglich, dass ein Arbeitgeber direkt mit der Gewerkschaft einen Tarifvertrag abschließt. Dieser erfasst dann nur das Unternehmen (sog. Haus- oder Firmentarifvertrag). Ein Tarifvertrag gilt unmittelbar und zwingend für ein Arbeitsverhältnis (§ 4 Abs. 1 TVG), wenn sowohl der Arbeitgeber Mitglied im Arbeitgeberverband ist (oder selbst den Tarifvertrag abgeschlossen hat), als auch der Arbeitnehmer Mitglied in der Gewerkschaft ist (sog. beiderseitige Tarifgebundenheit). Ferner ist erforderlich, dass der Tarifvertrag räumlich, fachlich und persönlich für das Unternehmen und den Arbeitnehmer einschlägig ist.

Eine **Betriebsvereinbarung** ist eine schriftliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, die unmittelbar und zwingend auf die Arbeitsverhältnisse des Betriebs einwirkt (§ 77 Abs. 4 BetrVG).

Hierbei gilt für das Verhältnis der Rechtsquellen zueinander, also bei einer Konkurrenz auf verschiedenen Stufen, dass die „höhere“ Norm Vorrang vor der „niedrigeren“ Norm hat (sog. **Rangprinzip**). Abweichungen zu Gunsten des Arbeitnehmers sind jedoch mit wenigen Ausnahmen zulässig (sog. **Günstigkeitsprinzip**). Kollidieren 2 Normen auf derselben Stufe gilt nur die speziellere (sog. **Spezialitätsprinzip**) bzw. jüngere Norm (sog. **Ablöseprinzip**). In den beiden letztgenannten Fällen gilt das Günstigkeitsprinzip nicht.

**Beispiel:** Gesetzlich hat ein Arbeitnehmer im Krankheitsfall Anspruch auf 6 Wochen Entgeltfortzahlung (§ 3 EFZG). Regelt ein Tarifvertrag (der für Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung findet), dass der Arbeitnehmer Anspruch auf 8 Wochen Entgeltfortzahlung hat und steht im Arbeitsvertrag, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf nur 4 Wochen Entgeltfortzahlung hat, gilt zu Gunsten des Arbeitnehmers die tarifliche Regelung (günstiger als das Gesetz), während die arbeitsvertragliche Regelung (schlechter, aber auch rangniedriger) keine Anwendung findet. Daher sagt man auch, der Tarifvertrag hat „zwingende Wirkung“: Abweichung zu Lasten des Arbeitnehmers ist unwirksam, Abweichung zu Gunsten dagegen schon (§ 4 Abs. 3 TVG).

**Beispiel:** Regelt der einschlägige Tarifvertrag, dass Arbeitnehmer ein Weihnachtsgeld in Höhe von 1.000 EUR bekommen, der neue Tarifvertrag dagegen, dass das Weihnachtsgeld nur noch 500 EUR beträgt, gilt das Günstigkeitsprinzip nicht. Vereinbart der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat, dass das Weihnachtsgeld auf 800 EUR aufgestockt wird, ist das ebenfalls nicht möglich (§ 77 Abs. 3 BetrVG).

Es gibt bislang **kein** einheitliches **Arbeitsgesetzbuch**. Vielmehr sind die arbeitsrechtlichen

Gesetze in einer Vielzahl von Einzelgesetzen oder Teilen davon geregelt. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Normen ist immer die Stellung als **Arbeitnehmer**.

**Beispiel:** Arbeitsrechtliche Normen sind u.a. §§ 611 ff. BGB, KSchG, BetrVG, MuSchG, BUrlG, BEEG, ArbZG.

Viele arbeitsrechtliche Normen basieren auf **europ. Richtlinien** (z.B. ArbZG, AGG, § 613a BGB, BUrlG) oder werden durch diese beeinflusst. Dann ist der Wortlaut der Richtlinie und die Interpretation der EG-Richtlinien durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg bei der Auslegung der deutschen Gesetze zu beachten (sog. **europarechtskonforme Auslegung**). Die deutschen Gerichte müssen bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts dieses soweit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der europäischen Richtlinien auslegen, um das in diesen festgelegte Ergebnis zu erreichen. Europarechtswidriges nationales Recht ist unwirksam. Die nationalen Gerichte sind gehalten, nationale Rechtsnormen, die europäischen Vorgaben entgegenstehen, unangewendet zu lassen.

**Beispiel:** § 622 Abs. 2 BGB regelt die (verlängerten) Kündigungsfristen für den Arbeitgeber, die sich mit zunehmender Beschäftigungsdauer verlängern. Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden jedoch Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt. Das Ziel dieser Regelung besteht darin, dem Arbeitgeber eine größere personalwirtschaftliche Flexibilität zu verschaffen, indem seine Belastung im Zusammenhang mit der Entlassung jüngerer Arbeitnehmer verringert wird, denen eine größere berufliche und persönliche Mobilität zugemutet werden kann. Diese Regelung benachteiligt jüngere Arbeitnehmer wegen des Alters unangemessen und ist daher unwirksam.

Die meisten Gesetze dienen dem **Schutz** der Arbeitnehmer. Das durch Gesetz vorgegebene Schutzniveau darf von den Arbeitsvertragsparteien (auch mit Einverständnis des Arbeitnehmers) nicht unterschritten werden. Auch ein Verzicht des Arbeitnehmers auf den Schutz, z.B. die Anwendbarkeit des KSchG, ist nicht zulässig (sog. einseitig **zwingendes Gesetzesrecht**). Daneben gibt es Gesetze, die eine lückenfüllende Funktion haben. Diese Normen kommen nur zur Anwendung, wenn die Arbeitsvertragsparteien keine Regelung getroffen haben (sog. dispositives Gesetzesrecht). Im Arbeitsvertrag kann daher auch eine andere (auch für den Arbeitnehmer ungünstigere Regelung) getroffen werden.

**Beispiel:** Arbeitnehmer haben Anspruch auf mind. 4 Wochen Erholungsurlaub (§ 3 Abs. 1 BUrlG). Die Vereinbarung von lediglich 2 Wochen Urlaub wäre daher unwirksam (vgl. § 13 BUrlG). Die Kündigungsfrist für Arbeitnehmer beträgt 4 Wochen zur Mitte oder zum Ende eines Kalendermonats (§ 622 Abs. 1 BGB). Es ist jedoch zulässig, für den Arbeitnehmer längere Kündigungsfristen zu vereinbaren (jedoch nicht länger als die des Arbeitgebers, § 622 Abs. 6 BGB).

## 2. Arbeitnehmerbegriff

### 2.1 Arbeitnehmer

Eine gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs gab es über 100 Jahre nicht. Seit dem 1.4.2017 ist zumindest der Arbeitsvertrag in § 611a Abs. 1 BGB definiert: Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Arbeitnehmer ist daher wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags seine Arbeitskraft einem anderen zur Verfügung stellt und dabei in **persönlicher Abhängigkeit** für diesen tätig wird. Ob persönliche Abhängigkeit vorliegt, ist aufgrund

einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Es gibt keine „absoluten“ Kriterien, vielmehr können diese je nach Einzelfall unterschiedliches Gewicht haben. Faustformelartig lässt sich formulieren, dass der Arbeitnehmer **weisungsgebunden** tätig wird und dabei in die Arbeitsorganisation bzw. den Betrieb des Arbeitgebers **eingegliedert** ist.

Für eine Arbeitnehmereigenschaft spricht z.B., wer fachlichen oder organisatorischen Weisungen unterliegt (z.B. Benutzung bestimmter Arbeitsmittel) oder feste Arbeitszeiten hat. Auch die Kontrolle der Arbeitsabläufe durch den Arbeitgeber spricht für eine organisatorische Einbindung oder die Verbindlichkeit der übertragenen Aufgaben, die der Arbeitnehmer nicht auf andere delegieren darf (§ 613 BGB). Die rechtliche Möglichkeit, übertragene Aufgaben abzulehnen oder durch Dritte erbringen zu lassen, spricht gegen die Arbeitnehmereigenschaft.

Ohne nennenswerte Bedeutung ist der Umfang der zu leistenden Arbeitszeit. Wer Teilzeit arbeitet, ist nicht automatisch selbstständig. Es ist stets zu beachten, dass zeitliche Vorgaben sowie die Verpflichtung, Termine einzuhalten, auch bei Dienst- und Werkverträgen häufig vorkommen. Keine Bedeutung hat dagegen eine rein **wirtschaftliche Abhängigkeit** (z.B. selbständiger Designer wird zu 90% nur für einen Auftraggeber tätig), die Dauer der vertraglichen Bindung oder dass die Tätigkeit nur als Nebenberuf ausgeübt wird, keine Steuern oder Sozialabgaben abgeführt werden.

Maßgeblich ist immer der objektive Inhalt des Vertrags. Fallen die im Vertrag niedergelegten Regeln und die praktische Durchführung auseinander, ist die **tatsächliche Durchführung** maßgeblich. Ohne Bedeutung ist die von den Parteien gewählte Bezeichnung, die vom Tatsächlichen abweicht (sog. Rechtsformzwang). Unerheblich ist daher, dass eine von den Parteien gewünschte Rechtsfolge aufgrund des Rechtsformzwangs nicht eintreten kann (z.B. Dienstvertrag ohne Kündigungsschutz, obwohl objektiv gesehen ein Arbeitsverhältnis vorliegt).

Als „**scheinselbstständig**“ gelten daher Erwerbstätige, die zwar formal als Selbständige auftreten (z.B. als selbständiger Werkunternehmer, freie Mitarbeiter oder Dienstleister), tatsächlich aber eine abhängige Beschäftigung ausüben.

**Keine Arbeitnehmer** sind Auszubildende oder Praktikanten. Der **Auszubildende** wird im Rahmen einer **Berufsausbildung** beschäftigt. Die Berufsausbildung hat die für die Ausübung einer qualifizierten beruflichen Tätigkeit notwendigen beruflichen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten in einem **geordneten Ausbildungsgang** zu vermitteln. Daneben hat sie den Erwerb der erforderlichen Berufserfahrungen zu ermöglichen (§ 3 BBiG). **Praktikant** ist, wer sich vorübergehend zum **Erwerb praktischer Kenntnisse und Erfahrungen** einer bestimmten betrieblichen Tätigkeit und Ausbildung bewirbt, die aber keine systematische Berufsausbildung oder vergleichbare Ausbildung darstellt (§ 22 Abs.1 S. 3 MiLoG). Sowohl bei einer Ausbildung als auch bei einem Praktikum steht daher nicht das Arbeiten im Vordergrund, sondern das Erlernen neuer Kenntnisse und Fähigkeiten.

## 2.2 Leitende Angestellte

Leitende Angestellte sind ebenfalls Arbeitnehmer. Allerdings werden diese im Unternehmen an herausgehobener Stelle tätig und nehmen für den Arbeitgeber in eigener Verantwortung typische **Arbeitgeberfunktionen** mit einem eigenen, erheblichen Entscheidungsspielraum wahr. Bildlich gesprochen stehen diese „im Lager“ des Arbeitgebers. Dies rechtfertigt es, dass die arbeitsrechtlichen Vorschriften für leitende Angestellte teilweise verändert werden oder gar nicht gelten.

Es gibt keinen einheitlichen Begriff des leitenden Angestellten. Vielmehr ist dieser im jeweiligen Gesetz

definiert und kann (leicht) variieren (z.B. § 5 Abs. 3 BetrVG und § 14 Abs. 2 KSchG). Leitender Angestellter im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) ist z.B. wer zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt ist oder Generalvollmacht oder Prokura hat und die Prokura auch im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht unbedeutend ist oder regelmäßig sonstige Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebes von Bedeutung sind (§ 5 Abs. 3 BetrVG). Hierbei muss es sich um unternehmerische Leitungsaufgaben handeln, wobei der leitende Angestellte seine Entscheidung im Wesentlichen frei von Weisungen treffen können oder diese zumindest maßgeblich beeinflussen muss. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, hat der Betriebsrat keine Mitbestimmungsrechte in Bezug auf leitende Angestellte (z.B. Anhörungsrecht bei Kündigung, Widerspruchsrecht bei Einstellung). Die leitenden Angestellten haben jedoch die Möglichkeit, einen **Sprecherausschuss** zu wählen. Der Sprecherausschuss tritt an die Stelle des Betriebsrats, hat jedoch lediglich Teilnehmungsrechte, die im Vergleich zu den Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats ausgesprochen schmal sind. Sie sind beschränkt auf Unterrichtungs-, Anhörungs- und Beratungsrechte (z.B. Anhörungspflicht vor Kündigungen, § 31 Abs. 2 SprAuG). Eine der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten (§ 87 Abs. 1 BetrVG) auch nur entfernt vergleichbare Mitbestimmung des Sprecherausschusses gibt es dagegen nicht.

Der Arbeitgeber darf von leitenden Angestellten ein erhöhtes Maß an Arbeitsleistungen erwarten. Die Arbeitszeitschutzvorschriften des **Arbeitszeitgesetzes** gelten nicht für leitende Angestellte (§ 18 ArbZG). Leitende Angestellte dürfen deshalb im Gegensatz zu „normalen“ Arbeitnehmern auch länger als 10 Stunden am Tag und länger als 48 Stunden in der Woche arbeiten.

## 2.3 Leiharbeiternehmer

Arbeitnehmerüberlassung (auch Zeitarbeit genannt) liegt vor, wenn ein Arbeitgeber bei ihm angestellte Arbeitnehmer **vorübergehend einem Dritten überlässt**, damit der Dritte diese nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb nach eigenen Weisungen einsetzt. Das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bleibt auch während der Überlassungszeit an den Dritten bestehen. Ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und dem Dritten besteht dagegen nicht.

Arbeitnehmerüberlassung liegt nicht vor, wenn ein Arbeitnehmer ein **zweites Arbeitsverhältnis** mit einem Dritten unter gleichzeitiger **Ruhendstellung** des bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses eingeht.

Der Arbeitgeber wird als **Verleiher**, der Dritte als **Entleiher** und der überlassene Arbeitnehmer als **Leiharbeiternehmer** bezeichnet. Arbeitnehmerüberlassung wird folglich innerhalb eines **Dreipersonenverhältnisses** bzw. innerhalb eines **Dreiecksverhältnisses** abgewickelt, an dem Verleiher, Entleiher und der Leiharbeiternehmer beteiligt sind.

**Für den Leiharbeiternehmer** gilt der allgemeine arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff. Entscheidend ist daher die persönliche Abhängigkeit, also die Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Dauer, Art und Ort der Arbeitsausführung sowie die Eingliederung in den Betrieb des Verleihers. Leiharbeiternehmer können auch in Teilzeit oder im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung (§ 8 SGB IV) tätig werden; ebenso Personen, die sog. Dienste höherer Art leisten (z.B. Juristen, Ärzte, Ingenieure, Architekten).

Zwischen **Verleiher** und **Leiharbeiternehmer** wird ein **Leiharbeitsvertrag** abgeschlossen. Es handelt sich hierbei um einen Arbeitsvertrag i.S.d. §§ 611 ff. BGB. Dieser weist eine **Besonderheit** auf: Der Leiharbeiternehmer verpflichtet sich, seine Arbeitsleistung nicht (oder nicht nur) bei seinem Arbeitgeber, dem Verleiher, zu erbringen, sondern (auch) bei Dritten, den Entleihern, denen der Leiharbeiternehmer von seinem Arbeitgeber zugewiesen wird (entgegen § 613 S. 2 BGB).

Im Falle von Scheinselbständigkeit gelten die allgemeinen Regeln. Werden z.B. „freie Mitarbeiter“, die aber tatsächlich Arbeitnehmer sind, zur Arbeitsleistung überlassen und beim Entleiher als Arbeitnehmer eingesetzt, liegt kein Werk- oder Dienstvertrag, sondern Arbeitnehmerüberlassung vor.

Zwischen **Verleiher** und **Entleiher** wird ein **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag** geschlossen. Darin wird vereinbart, welche Leiharbeiter der Entleiher mit welchen Qualifikationen für welchen Zeitraum benötigt. Der Verleiher verpflichtet sich, dem Entleiher entsprechend geeignete und leistungsbereite Leiharbeiter zur Arbeitsleistung für den gewünschten Zeitraum zu verschaffen. Der Entleiher verpflichtet sich zur Zahlung der vereinbarten Überlassungsvergütung.

## **2.4 Organmitglieder**

**Organmitglieder** einer Gesellschaft (z.B. Geschäftsführer einer GmbH; Vorstand einer Aktiengesellschaft) sind keine Arbeitnehmer. Sie repräsentieren die Gesellschaft unmittelbar als Arbeitgeber und es fehlt an der persönlichen Abhängigkeit.

\*\*\*



## § 2 Vorstellungsgespräch

**Zur Vertiefung:** *Wisskirchen/Bissels*, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG, NZA 2007, S. 169 ff.; *Joussen*, Schwerbehinderung, Fragerecht und positive Diskriminierung nach dem AGG, NZA 2007, S. 174 ff. *Pallasch*, Diskriminierungsverbot wegen Schwangerschaft bei der Einstellung, NZA 2007, S. 306 ff.; *Strick*, Die Anfechtung von Arbeitsverträgen durch den Arbeitgeber, NZA 2000, S. 695 ff.

### 1. Fragerecht

Kommt es zum Vorstellungsgespräch des Bewerbers, versucht der Arbeitgeber hierbei durch Fragen möglichst viele Informationen über den Bewerber herauszubekommen. Allerdings hat umgekehrt der Bewerber das Interesse, nicht zu viele Informationen, insb. aus seinem Privatbereich, Preis zu geben. Um diese beiden gegenläufigen Interessen zum Ausgleich zu bringen, darf der Arbeitgeber nur solche Fragen stellen, an deren Beantwortung er ein **berechtigtes Interesse** hat, d.h. wenn die Frage **arbeitsplatzbezogen** ist. Hierbei handelt es sich um solche Informationen, die der Arbeitgeber braucht, um die Eignung des Bewerbers für die ausgeschriebene Stelle zu beurteilen. Sofern dies der Fall ist, muss der Arbeitnehmer ehrlich antworten. Ist dies nicht der Fall, darf er die Frage auch bewusst falsch beantworten (sog. Recht zur Lüge). Auch **ungefragt** muss der Arbeitnehmer von sich aus dem Arbeitgeber solche Umstände offen legen, wenn diese der Erfüllung der Vertragspflichten entgegenstehen (z.B. aktuell ausgesprochener Führerscheinentzug für einen Kraftfahrer).

Fragen nach der **Ausbildung** (inkl. Studium, etc.), dem **beruflichen Werdegang** sowie zu Prüfungen und Sprachkenntnissen, um die Eignung des Bewerbers für die angebotene Tätigkeit festzustellen, sind zulässig.

Die Frage nach dem **bisherigen Gehalt** ist im Regelfall unzulässig, da der Arbeitnehmer hierdurch in eine ungünstige Verhandlungsposition kommt. Etwas anderes gilt, wenn der Bewerber sein bisheriges Gehalt als Mindestvergütung für die neue Stelle fordert bzw. zum Ausgangspunkt für die Bemessung seiner Lohnforderungen macht.

Die Frage nach einer bestehenden **Schwangerschaft** ist unzulässig und verstößt als Diskriminierung wegen des Geschlechts gegen das AGG, da die Frage nur Frauen betrifft. Eine Ausnahme könnte lediglich noch für den Fall einer zeitlich befristeten Anstellung bestehen, bei der die Schwangerschaft die Ausübung der Tätigkeit vollständig unmöglich macht (z.B. vollständiges Beschäftigungsverbot bei einer Tänzerin gem. MuSchG).

Die Frage nach der **Schwerbehinderung** war früher als zulässige Frage akzeptiert worden wegen der zahlreichen daran anknüpfenden Rechtsfolgen für den Arbeitgeber (z.B. Erfüllung der Schwerbehindertenquote, Verbot der Mehrarbeit, Zusatzurlaub). Dies ist seit Inkrafttretens des AGG (18.8.2006) nicht mehr der Fall. Eine Frage nach der Schwerbehinderung stellt eine unzulässige Diskriminierung wegen der Behinderung dar, es sei denn, die Schwerbehinderung steht der Ausübung der Tätigkeit entgegen (z.B. Blinder als Fahrer). Dann liegt eine Rechtfertigung vor (§ 8 AGG).

Nach **Vorstrafen** darf gefragt werden, wenn diese für den Arbeitsplatz von Bedeutung sein können (z.B. Unterschlagung bei Buchhalter). Das gleiche gilt für laufende **Ermittlungsverfahren**. Darin liegt kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung, wenn bereits die Existenz eines Ermittlungsverfahrens das für das Arbeitsverhältnis notwendige Vertrauen erschüttern kann (z.B. Ermittlung wegen sexuellen Missbrauchs bei einem Erzieher).

## 2. Anfechtung

Verletzt der Arbeitnehmer eine Auskunfts- oder Offenbarungspflicht, kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen **arglistiger Täuschung** anfechten (§ 123 BGB). Die Anfechtungsfrist beträgt 1 Jahr (§ 124 BGB). Gleiches gilt bei der Vorlage „frisierter“ Zeugnisse, o.ä.

Auch wenn das Arbeitsverhältnis über viele Jahre (nach der Täuschung) beanstandungslos erfüllt worden ist, kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen arglistiger Täuschung noch anfechten. Der Arbeitgeber ist auch nach Treu und Glauben trotz der Bestandsdauer des Arbeitsverhältnisses nicht gehindert, wegen der Täuschung das Arbeitsverhältnis anzufechten. Die rechtliche Situation des Arbeitgebers ist nach wie vor beeinträchtigt. Der Arbeitgeber hat ein schützenswertes Interesse daran, dass die im Rahmen von Bewerbungen vorgelegten Zeugnisse die Qualifikation des Bewerbers wahrheitsgemäß wiedergeben. Nur dies ermöglicht einen fairen Vergleich der Bewerber untereinander. Zudem ist nicht auszuschließen, dass auch Außenstehende erfahren, dass der Arbeitgeber Arbeitnehmer beschäftigt, die sich ihre Einstellung durch Vorlage gefälschter Zeugnisse erschlichen haben.

Die Anfechtung bewirkt abweichend vom gesetzlichen Normalfall (§ 142 BGB) nicht die rückwirkende Nichtigkeit (sog. Wirkung „ex tunc“), sondern löst das Arbeitsverhältnis nur mit sofortiger Wirkung auf (sog. Wirkung „ex nunc“). Das bedeutet, es findet **keine Rückabwicklung** der ausgetauschten Leistungen statt. Dies gilt aber nur, sofern das Arbeitsverhältnis tatsächlich **in Vollzug** gesetzt worden ist (sog. faktisches oder fehlerhaftes Arbeitsverhältnis). In Vollzug gesetzt wird ein Arbeitsverhältnis regelmäßig durch die Erbringung der Arbeitsleistung und die Entgeltzahlung. Ist dies nicht der Fall, z.B. weil der Arbeitnehmer von Beginn an Arbeitsunfähig erkrankt war, bleibt es bei der rückwirkenden Nichtigkeit.

Der Arbeitgeber hat zudem die Möglichkeit, **Schadensersatz** vom Arbeitnehmer zu verlangen, indem der Arbeitgeber behauptet, die Arbeitsleistung sei für ihn wertlos gewesen und die gezahlte Vergütung als Schadensersatz zurückfordert. In diesem Fall muss der Arbeitnehmer das Gegenteil beweisen. Auf die Vermutung, dass sich im Arbeitsverhältnis Leistung und Gegenleistung, so wie sie vereinbart sind, entsprechen, kann sich der Arbeitnehmer nicht berufen. Denn diese Vermutung kann gerade dann nicht gelten, wenn die Vereinbarung auf einer Täuschung des Bewerbers über seine Qualifikation beruht.

## 3. Bewerbungskosten

Lädt der Arbeitgeber einen Bewerber zum Vorstellungstermin ein, hat der Bewerber einen **Anspruch auf Ersatz** der daraus entstehenden **notwendigen Kosten** (§ 670 BGB) – auch wenn kein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird. Dies gilt ebenfalls, wenn der Bewerber ein anschließendes Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages ablehnt. Möchte der Arbeitgeber keine Kosten erstatten, muss er dies bei der Aufforderung zur Vorstellung unmissverständlich zum Ausdruck bringen.

Aus der bloßen Schaltung einer Stellenanzeige ergibt sich noch keine Einladung zur Vorstellung, sondern nur zur Bewerbung (sog. „Invitatio ad offerendum“). Kommt der Bewerber aufgrund der Anzeige ohne Einladung initiativ zum Arbeitgeber, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Kosten. Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber nur seine Zustimmung zu einer vom Bewerber erbetenen Vorstellung erteilt.

\*\*\*

## § 3

### Arbeitsvertrag

**Zur Vertiefung:** *Annuß*, Grundstrukturen der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen, BB 2006, S. 1333 ff.; *Walker*, Die betriebliche Übung, JuS 2007, S. 1 ff.; *Reim*, Wirksamkeit von Vertragsklauseln in Formulararbeitsverträgen, JuS 2006, S. 120 ff.; *Worzalla*, Die Wirksamkeit einzelner Arbeitsvertragsklauseln nach der Schuldrechtsreform – Entgelt, Arbeitszeit und Tätigkeit, Betriebsvereinbarungs- und Tarifvertragsoffenheit, Änderung des Arbeitsvertrags, NZA-Beil. 2006, S. 122 ff.; *Jasgarzewski*, Rückzahlungsvereinbarung für Fortbildungskosten, BB 2011, S. 1594 ff.; *Matthiessen*, Klageweise Geltendmachung von Ansprüchen zur Wahrung einer zweistufigen Ausschlussfrist durch Kündigungsschutzklage - Rechtsprechungsänderung des BAG, NZA 2008, S. 1156 ff.; *Preis/Genenger*, Die unechte Direktionsrechtserweiterung, NZA 2008, S. 969 ff.; *Bepler*, Gleichbehandlung in Betrieb, Unternehmen, Konzern, NZA-Beil. 2004, S. 3 ff.; *Kock*, Pauschalabgeltung von Überstunden, DB 2012, S. 1328 ff.; *Günter/Nolde*, Vertragsstrafenklauseln bei Vertragsbruch – Angemessene und abschreckende Strafhöhe, NZA 2012, S. 62 ff.; *Winter*, Wirksamkeits- und Angemessenheitskontrolle bei Vertragsstrafen im Formulararbeitsvertrag, BB 2010, S. 2757 ff.; *Schramm/Kuhnke*, Neue Grundsätze des BAG zur Überstundenvergütung, NZA 2012, S. 127 ff.; *Grimm/Freh*, Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte, ArbRB 2011, S. 285 ff.; *Sasse/Häcker*, Rückzahlung von Fortbildungskosten, DB 2014, S. 600 ff.

#### 1. Vertragsschluss

Ein Arbeitsvertrag (§ 611a BGB) kommt wie jeder andere Vertrag durch **Angebot** und **Annahme** zustande (§§ 145 ff. BGB). Voraussetzung ist daher, dass sich Arbeitgeber und Bewerber über die **wesentlichen Vertragsbedingungen** (sog. „essentialia negotii“) geeinigt haben. Dazu gehören grundsätzlich **Art, Ort und Umfang der Tätigkeit sowie die Vergütung**.

Allerdings ist es unschädlich, wenn sich die Arbeitsvertragsparteien über die Vergütung nicht geeinigt haben. In diesem Fall gilt die nach den Umständen zu erwartende Vergütung als vereinbart (§ 612 BGB). Entsprechendes gilt für die Arbeitszeit. Treffen die Parteien keine Regelung zur Arbeitszeit, gilt bei einer Vollzeitstelle die betriebsübliche Arbeitszeit als vereinbart.

Sowohl der Arbeitsvertrag selbst als auch etwaige Änderungen können auch konkludent (stillschweigend) vereinbart werden, wenn der Arbeitnehmer z.B. nach einem entsprechenden Angebot des Arbeitgebers zu den neuen Bedingungen weiter arbeitet und es sich um Bedingungen handelt, deren Änderung für den Arbeitnehmer unmittelbar spürbar sind (z.B. Änderung der täglichen Arbeitszeit).

#### 2. Nachweis von Arbeitsbedingungen

Ein Arbeitsvertrag muss nicht schriftlich geschlossen werden. Auch ohne schriftlichen Vertrag kann ein Arbeitsverhältnis begründet werden. Der Arbeitgeber muss jedoch spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederlegen und dem Arbeitnehmer aushändigen (§ 2 NachwG). Auch alle Änderungen der wesentlichen Arbeitsbedingungen sind zu dokumentieren. Hierdurch soll späterer Streit über den Inhalt der vereinbarten Arbeitsbedingungen verhindert werden. Unterlässt der Arbeitgeber es, dem Arbeitnehmer den Nachweis auszuhändigen, sieht das Gesetz keine ausdrückliche Strafe für dieses Versäumnis vor. Kommt es jedoch später zum Streit vor Gericht über den Vertragsinhalt, kann das Gericht im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) die fehlende schriftliche Niederlegung der Arbeitsbedingungen als gewichtigen Faktor zu Gunsten des Arbeitnehmers berücksichtigen, insb. wenn „Aussage gegen Aussage“ (sog. non-liquet) steht.

### 3. AGB-Kontrolle

#### 3.1 Allgemeines

Auf **Formulararbeitsverträge** findet die Inhaltskontrolle (sog. **AGB-Kontrolle**, §§ 305 ff. BGB) Anwendung. Da der Arbeitnehmer bei seiner Tätigkeit auch **Verbraucher** ist (§ 13 BGB) gilt dies sogar dann, wenn der vom Arbeitgeber verwendete Arbeitsvertrag nur zur **einmaligen Verwendung** bestimmt ist (§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Durch die AGB-Kontrolle wird der Arbeitnehmer gegen die im Regelfall bestehende überlegene Verhandlungsposition des Arbeitgebers geschützt. Danach hat der Arbeitnehmer in der Regel keine Möglichkeit, in echte Vertragsverhandlungen mit dem Arbeitgeber einzutreten. Vielmehr hat er nur die Möglichkeit, den vorgelegten Vertrag zu unterschreiben oder es zu lassen. Aus diesem Grund sind eine Reihe von Vertragsklauseln nicht oder nur beschränkt zulässig (§§ 307 ff. BGB). Bei der Anwendung der AGB-Kontrolle sind jedoch zu Gunsten des Arbeitgebers die im **Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten** zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 4 BGB, dazu siehe Ziffer 3.4.).

Kommt keines der speziellen Klauselverbote (§§ 308, 309 BGB) zur Anwendung (die vorrangig zu prüfen sind), kann sich die Unwirksamkeit aus der **Generalklausel** ergeben. Danach sind Vertragsklauseln unwirksam, wenn sie den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben **unangemessen benachteiligen** (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB). Unangemessen ist jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitnehmers, die nicht durch begründete und billigenwerte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sind oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen werden.

**Beispiel:** Der Arbeitgeber überreicht dem Arbeitnehmer ein Kündigungsschreiben, in dem unterhalb des eigentlichen Kündigungsschreibens bereits die Zeile „Ich bin mit der Kündigung einverstanden und werde keine Kündigungsschutzklage erheben“ nebst Unterschriftenzeile für den Arbeitnehmer vordruckt. Der Arbeitnehmer unterschreibt, erhebt dann aber doch Kündigungsschutzklage. Zu Recht. Der vorformulierte **Verzicht auf die Kündigungsschutzklage** ist unwirksam, da er den Arbeitnehmer auf sein Recht ohne jegliche Kompensation verzichten lässt. Dies gilt gleichfalls für **einseitige Ausgleichsklauseln** in einem Aufhebungsvertrag, die einseitig nur die Ansprüche des Arbeitnehmers erfassen und dafür keine entsprechende Gegenleistung gewähren.

Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass eine Klausel nicht klar und verständlich formuliert ist (sog. **Transparenzgebot**, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB). Diese Regelung verpflichtet den Arbeitgeber, die Inhalte des Arbeitsvertrags (d.h. die Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers) klar und durchschaubar darzustellen.

**Beispiel:** Die Kombination einer Zeitbefristung von 1 Jahr mit einer zusätzlichen Probezeitbefristung ist intransparent und daher unwirksam. Dies gilt auch dann, wenn keine der beiden Befristungen drucktechnisch besonders hervorgehoben ist. Durch die Befristung und das Ende des Arbeitsverhältnisses zum Ablauf der Probezeit hat die vorher festgelegte Vereinbarung einer Befristung des Arbeitsverhältnisses keine Grundlage mehr, so dass sich beide Regelungen, ihrem Wortlaut nach angewendet, gegenseitig ausschließen.

Wichtig ist ferner das **Verbot überraschender Klauseln** (§ 305c Abs. 1 BGB).

**Beispiel:** Befindet sich in einem 10-seitigen Arbeitsvertrag auf der vorletzten Seite ohne weitere Hervorhebung unter der Überschrift „Sonstiges“, dass der Vertrag auf 1 Jahr befristet ist, liegt eine überraschende Klausel vor.

Verstößt eine Klausel gegen die AGB-Kontrolle, ist die Klausel **unwirksam** (§ 306 Abs. 2

BGB). Sie entfällt ersatzlos und wird nicht auf das gesetzlich zulässige Maß reduziert (sog. Verbot geltungserhaltender Reduktion). Andernfalls würde nicht verhindert, dass der Arbeitnehmer mit überzogenen Klauseln konfrontiert wird. Ohne die Gefahr der vollständigen Unwirksamkeit könnte der Arbeitgeber ungefährdet bis zur Grenze dessen gehen, was zu seinen Gunsten in gerade noch vertretbarer Weise angeführt werden kann. Wer die Möglichkeit nutzen kann, die ihm der Grundsatz der Vertragsfreiheit für die Aufstellung von AGB eröffnet, muss auch das vollständige Risiko der Unwirksamkeit der Klausel tragen.

### 3.2 Überstundenabgeltung

Ein Arbeitnehmer ist nur dann verpflichtet, mehr als die vertraglich geschuldete Arbeitszeit zu leisten (sog. Überstunden), wenn dies vertraglich vereinbart worden ist.

**Beispiel** (Formulierung): „Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, auf Anweisung des Arbeitgebers auch über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus, tätig zu werden.“

Überstunden sind grundsätzlich **vergütungspflichtig** – selbst wenn zur Entgeltlichkeit der Überstunden keine Vereinbarung getroffen worden ist, da eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Arbeitsleistung **den Umständen nach** nur gegen eine Vergütung zu erwarten war (sog. objektive Vergütungserwartung, § 612 Abs. 1 BGB). Die Höhe der Vergütung bestimmt sich nach dem Üblichen (§ 612 Abs. 2 BGB).

Häufig ist daher in Arbeitsverträgen – insbesondere bei „höheren Gehältern“ – geregelt, dass mit der gezahlten monatlichen Vergütung ein Teil oder sogar sämtliche anfallende Überstunden abgegolten sind. Derartige Klauseln müssen jedoch **klar und verständlich** formuliert sein, sonst sind diese wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) unwirksam.

Eine die **pauschale Vergütung** von Mehrarbeit regelnde Klausel ist nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen von ihr erfasst werden sollen. Sonst kann der Arbeitnehmer nicht erkennen, ab wann er Anspruch auf zusätzliche Vergütung hat. Der Umfang der Leistungspflicht muss so bestimmt oder zumindest durch die konkrete Begrenzung der Anordnungsbefugnis hinsichtlich des Umfangs der zu leistenden Überstunden so bestimmbar sein, dass der Arbeitnehmer bereits bei Vertragsschluss erkennen kann, was ggf. „auf ihn zukommt“ und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss. Aufgrund einer unklar abgefassten Pauschalierungsklausel besteht die Gefahr, dass der Arbeitnehmer in der Annahme, er habe keinen Rechtsanspruch auf eine gesonderte Überstundenvergütung, seinen Anspruch nicht geltend macht.

Eine Pauschalabgeltung ist daher nicht klar und verständlich, wenn z.B. nur geregelt ist, dass „mit dem Gehalt sämtliche erforderliche Überstunden abgegolten sind“. Eine solche Klausel soll alle Arbeitsstunden erfassen, die die vereinbarte Wochenarbeitszeit überschreiten. Deren Umfang ist jedoch nicht bestimmt. Insbesondere lässt sich der Klausel keine Begrenzung auf die nach § 3 ArbZG zulässige Höchstarbeitszeit entnehmen auch ist nicht klar, was mit „erforderlich“ gemeint ist.

Sofern eine Überstundenabgeltungsklausel **unwirksam** ist, tritt an die Stelle der Klausel die **gesetzliche Regelung** (§ 306 Abs. 2 BGB). Der Arbeitnehmer hat folglich Anspruch auf Bezahlung seiner geleisteten Überstunden, wenn seine Arbeitsleistung nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (s.o.).

Bei **normalen Arbeitnehmern**, die kein herausgehobenes Entgelt verdienen, besteht regelmäßig eine objektive Vergütungserwartung für geleistete Überstunden, da die Vereinbarung einer Monatsvergütung bei gleichzeitiger Festlegung der regelmäßigen Arbeitszeit den Schluss rechtfertigt, dass sich die Monatsvergütung nur auf die vereinbarte Arbeitszeit bezieht und Überstunden anteilig zu vergüten sind.

Bei Arbeitnehmern mit einem herausgehobenen Gehalt und **leitenden Angestellten** (z.B. Personalleiter oder Prokurist) besteht dagegen regelmäßig keine objektive Vergütungserwartung, da bei diesen Arbeitnehmern die Vergütung meist unabhängig von der üblichen Arbeitszeit vereinbart wird. Dieser Personenkreis arbeitet in der Regel in Vertrauensarbeitszeit und ist normalerweise nicht an die festen Arbeitszeiten der übrigen Arbeitnehmer gebunden. Zudem ist es diesen Arbeitnehmern selbst überlassen, in welchem Umfang sie tätig werden. Es steht eine Ergebnis- und keine Zeitorientierung im Vordergrund. Deshalb kommt auch eine Bezahlung etwaiger Überstunden, die sich aus der ordnungsgemäßen Erledigung der verantwortlich übertragenen Aufgabe ergeben, im Allgemeinen nicht in Betracht. Das gilt insbesondere dann, wenn mit dem Arbeitnehmer eine zusätzliche Bonusvereinbarung mit besonderen individuellen Zielvorgaben vereinbart worden ist. Beides schafft bereits Anreize dafür, dass der Arbeitnehmer über die betriebsübliche Arbeitszeit hinaus tätig wird und dafür ein höheres Einkommen erzielt.

### 3.3 Rückzahlungsvorbehalt

Häufig gewährt der Arbeitgeber während des Jahres an seine Arbeitnehmer eine einmalige **Sonderzahlung** (z.B. Weihnachtsgeld). Dabei wird die Zahlung häufig davon abhängig gemacht, dass das Arbeitsverhältnis über den Zahlungszeitpunkt hinaus bis zu einem **Stichtag** (ungekündigt) fortbesteht. Erreicht der Arbeitnehmer nicht den Stichtag, muss er die Sonderzahlung zurückzahlen.

**Beispiel** (Formulierung): „Der Arbeitnehmer erhält eine Gratifikation in Höhe eines Monatsgehältes, die mit der Dezembervergütung ausgezahlt wird. Der Arbeitnehmer hat die Gratifikation zurückzuzahlen, wenn das Arbeitsverhältnis auf seine Veranlassung vor dem 31.3. des Folgejahres endet.“

In der Rückzahlungsverpflichtung liegt für den Arbeitnehmer jedoch immer eine Belastung, da er in seiner **Kündigungsfreiheit** bzw. Freiheit der Wahl seines Arbeitsplatzes (Berufsfreiheit, Art. 12 GG) eingeschränkt wird. Die Klausel kann den Arbeitnehmer folglich unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 BGB). Daher sind Rückzahlungsklauseln bei Sonderzahlungen nur eingeschränkt zulässig.

Bei einer Sonderzahlung bis zur Höhe von 100 EUR ist eine Rückforderung stets ausgeschlossen (sog. Bagatellgrenze). Sofern die Sonderzahlung mehr als 100 EUR beträgt, jedoch **nicht** die Höhe eines vollen Monatsgehältes erreicht, ist eine Bindung des Arbeitnehmers bis zum 31.3. des Folgejahres zulässig. Bei einer Zahlung **von 1 Monatsgehalt oder mehr** ist eine Bindung bis max. zum 30.6. des Folgejahres zulässig. Darüber hinaus gehende Bindungen sind wegen unzulässiger Einschränkung des Kündigungsrechts (Berufsfreiheit, Art. 12 GG) unwirksam.

Zulässig ist es, die Sonderzahlung insgesamt davon abhängig zu machen, dass der Arbeitnehmer dem Betrieb seit Beginn des Bezugszeitraums angehörte, oder sie vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum Fälligkeitstag abhängig zu machen.

Besucht ein Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses auf Kosten des Arbeitgebers eine (teure) **Fortbildung**, vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer meist eine Rückzahlungsverpflichtung für den Fall, dass der Arbeitnehmer nach Abschluss der Fortbildung vor Ablauf bestimmter Fristen aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Derartige Rückzahlungsklauseln bei arbeitgeberfinanzierten Fortbildungen sind grundsätzlich zulässig, da der Arbeitgeber Fortbildungskosten nur für solche Arbeitnehmer aufwenden will, die auch bereit sind, ihm die erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten einige Zeit zur Verfügung zu stellen. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran, die vom Arbeitnehmer erworbenen Qualifikationen möglichst langfristig zu nutzen. Umgekehrt schränken jedoch derartige Klauseln die Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers (Art. 12 GG) ein.

Voraussetzung für die Wirksamkeit der Rückzahlungsverpflichtung ist zunächst, dass der **Beendigungsgrund** in den alleinigen Verantwortungs- und Risikobereich des Arbeitnehmers fällt. **Beispiel:** Knüpft die Rückzahlungsverpflichtung allein an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses an, ist die gesamte Klausel unwirksam, da auch die betriebsbedingte Arbeitgeberkündigung erfasst ist, die nicht in den Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers fällt.

Des Weiteren muss die Fortbildung für den Arbeitnehmer von **geldwertem Vorteil** sein. **Beispiel:** Aufgrund der Fortbildung erfüllt der Arbeitnehmer die Voraussetzungen für eine höhere Vergütungsgruppe.

Schließlich müssen die Vorteile der Fortbildung und die **Dauer der Bindung** in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Dies ist in erster Linie nach der Dauer der Fortbildungsmaßnahme, aber auch anhand der Qualität der erworbenen Qualifikation zu beurteilen. Hier gelten folgende Grundsätze: Bei einer Fortbildungsdauer von bis zu 1 Monat ohne Verpflichtung zur Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Vergütung ist regelmäßig eine Bindungsdauer von bis zu 6 Monaten zulässig, bei einer Fortbildungsdauer von bis zu 2 Monaten eine 1-jährige Bindung, bei einer Fortbildungsdauer von 3 bis 4 Monaten eine 2-jährige Bindung, bei einer Fortbildungsdauer von 6 Monaten bis zu 1 Jahr keine längere Bindung als 3 Jahre und bei einer mehr als 2-jährigen Dauer eine Bindung von 5 Jahren.

### 3.4 Änderungs- und Versetzungsvorbehalt

Üblicherweise enthalten Arbeitsverträge einen Versetzungsvorbehalt (sog. erweitertes Direktionsrecht), wonach dem Arbeitnehmer neben der bezeichneten Tätigkeit auch andere Tätigkeiten zugewiesen werden können. Eine solche Klausel hält der AGB-Kontrolle jedoch nur stand, soweit die Zuweisung auf eine mindestens **gleichwertige Tätigkeit** beschränkt ist.

**Beispiel** (Formulierung): „Der Arbeitnehmer wird als Schlosser eingestellt und zunächst als Maschinenschlosser beschäftigt. Der Arbeitgeber ist berechtigt, dem Arbeitnehmer eine andere gleichwertige und gleich bezahlte Tätigkeit zuzuweisen, die seinen Fähigkeiten und Kenntnissen entspricht.“

Das Klauselverbot gem. § 308 Nr. 4 BGB ist nicht auf arbeitsvertragliche **Versetzungsvorbehalte** anzuwenden; denn die Vorschrift erfasst nur einseitige Bestimmungsrechte hinsichtlich der Leistung des Verwenders. Versetzungsklauseln in Arbeitsverträgen betreffen demgegenüber die Arbeitsleistung als die dem Verwender geschuldete Gegenleistung.

Eine unangemessene Benachteiligung liegt jedoch vor, wenn der Arbeitgeber durch die Änderungsklausel einseitig die Hauptleistungspflichten des Arbeitnehmers verändern kann, ohne die Voraussetzungen einer Änderungskündigung erfüllen zu müssen (§ 2 KSchG).

Dies gilt auch in **zeitlicher Hinsicht**: Ein Arbeitsvertrag, der einerseits den Arbeitnehmer verpflichtet, auf Anweisung des Arbeitgebers Überstunden zu leisten, jedoch andererseits regelt, dass mit dem monatlichen Gehalt alle anfallenden Überstunden abgegolten sind, stellt eine unangemessene Benachteiligung dar.

Der Arbeitgeber kann sich in Bezug auf den **Arbeitsort** vorbehalten, den Arbeitnehmer bei Bedarf auch an einem anderen Arbeitsort zu beschäftigen. Es ist nicht erforderlich, dass eine solche **Versetzungsklausel** eine Ankündigungsfrist oder einen maximalen Entfernungsradius enthält. Allerdings muss die konkrete Versetzung des Arbeitnehmers an einen anderen Ort billigem Ermessen entsprechen (§ 315 BGB).

### 3.5 Vertragsstrafe

Viele Arbeitsverträge enthalten eine Vertragsstrafenregelung, meist für den Fall des **Nichtantritts der Stelle** oder der **Kündigung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist**. Aber auch alle anderen Nebenpflichten aus dem Vertrag (z.B. Wettbewerbsverbot,

Verschwiegenheitspflicht) können mit Hilfe einer Vertragsstrafe „abgesichert“ werden.

**Beispiel** (Formulierung): „Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, eine Vertragsstrafe in Höhe einer regelmäßigen Bruttomonatsvergütung (ohne Überstunden und sonstige Zuschläge) zu zahlen, wenn er das Anstellungsverhältnis rechtswidrig nicht aufnimmt oder vertragswidrig vorzeitig beendet. Der Arbeitgeber ist berechtigt, einen weitergehenden Schaden geltend zu machen.“

Eine Vertragsstrafe kann auch dann verwirkt sein, wenn der Arbeitnehmer zwar zum vereinbarten Termin zur Arbeit erscheint, allerdings ohne ernst gemeinten Leistungswillen hinsichtlich der Verrichtung von Arbeit.

Eine Vertragsstrafe dient der Sicherstellung der **Vertragserfüllung** und begründet zugleich einen pauschalierten Schadensersatz, der den Nachweis eines Schadens und dessen Höhe im Einzelfall entbehrlich werden lässt. Im Regelfall ist beim Fernbleiben des Arbeitnehmers ein tatsächlicher Schaden des Arbeitgebers kaum nachweisbar, da der Arbeitgeber den Ausfall durch andere Arbeitnehmer überbrückt.

Vertragsstrafen sind grundsätzlich zulässig. Die AGB-Kontrolle verbietet zwar Vertragsstrafevereinbarungen, da eine Klausel unwirksam ist, durch die dem Verwender (= Arbeitgeber) für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, die Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird (§ 309 Nr. 6 BGB). Vertragsstrafen sind jedoch notwendig, da sich der Arbeitgeber gegen die Folgen eines **Vertragsbruchs** des Arbeitnehmers in anderer Weise nicht hinreichend schützen kann. Er kann den Arbeitnehmer auch nicht gerichtlich zwingen, den Vertrag zu erfüllen. Es gilt das Verbot von Zwangsgeld bei unvertretbaren Diensthandlungen (§ 888 Abs. 3 ZPO). Aufgrund dieser **arbeitsrechtlichen Besonderheit** gilt daher ausnahmsweise etwas anderes (§ 310 Abs. 4 BGB). Die Vertragsstrafe darf die Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers (Art. 12 GG) jedoch nicht unzulässig einengen.

**Beispiel:** Die **fristgerechte Kündigung** des Arbeitnehmers darf nicht mit einer Vertragsstrafe sanktioniert werden.

Eine Vertragsstrafenklausel kann jedoch unwirksam sein, wenn die vereinbarte Vertragsstrafe wegen ihrer **Höhe** eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellt (§ 307 Abs. 1 BGB). Zur Feststellung der Angemessenheit kommt es entscheidend auf die vom Arbeitnehmer einzuhaltende Kündigungsfrist an. Darin kommt zum Ausdruck, in welchem zeitlichen Umfang der Arbeitgeber Arbeitsleistungen vom Arbeitnehmer verlangen kann und welches Interesse er an der Arbeitsleistung hat. Die Höhe der Arbeitnehmerbezüge bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist liefert daher grundsätzlich einen angemessenen Rahmen für die Vertragsstrafenhöhe zu Gunsten des Arbeitgebers. Folglich darf die Vertragsstrafe im Regelfall nicht höher sein als der Betrag, den der Arbeitnehmer während der für ihn geltenden Kündigungsfrist verdient hätte. Eine Vertragsstrafe in Höhe eines Monatsgehalts dürfte daher in der Regel als angemessen gelten.

**Beispiel:** Beträgt die Kündigungsfrist in der Probezeit nur zwei Wochen (§ 622 Abs. 3 BGB), ist eine (pauschale) Vertragsstrafe auch für den Fall der Arbeitsaufgabe in der Probezeit von einem Monatsgehalt unangemessen hoch und daher unwirksam.

### 3.6 Ausschlussfrist

Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis **verjähren** in der Regel erst nach 3 Jahren (§ 195 BGB). Ein Anspruch kann jedoch bereits vorher **erlöschen**, indem die



Arbeitsvertragsparteien eine Ausschlussfrist für die Geltendmachung des Anspruchs vereinbaren. Nach Ablauf der Ausschlussfrist besteht der Anspruch nicht mehr. Dies dient der schnelleren Beendigung (Befriedung) etwaiger Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis. Solche Fristen sind in ihrer Gesamtheit als im **Arbeitsrecht geltende Besonderheiten** anzusehen.

Ein Anspruch verjährt nach Ablauf der jeweiligen gesetzlichen Verjährungsfrist (§§ 195 ff. BGB). Danach besteht der Anspruch zwar auch weiterhin, auf (aktive) Einrede des Schuldners vor Gericht ist der Anspruch jedoch **nicht** mehr **durchsetzbar**.

Ausschlussfristen finden sich auch im Gesetz (§ 15 Abs. 4 AGG) und in vielen Tarifverträgen. **Beispiel** (§ 24 MTV Versicherungswirtschaft): „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis – ausgenommen solche aufgrund deliktischer Handlungen – verfallen, soweit sie nicht spätestens innerhalb von 6 Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schriftlich geltend gemacht werden.“

Viele Ausschlussfristen beginnen bereits mit der **Fälligkeit** eines Anspruchs zu laufen (und nicht erst mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses). Dies ist zulässig. Dabei bleibt es auch, wenn der Anspruchsinhaber von dem Anspruch keine Kenntnis hat, soweit die tatsächlichen Voraussetzungen des Anspruchs bei gehöriger Sorgfalt erkennbar waren.

Üblich sind folgende Ausschlussfristen: Bei der **1-stufigen** Ausschlussfrist muss der Gläubiger innerhalb einer bestimmten Frist dem Schuldner gegenüber den Anspruch geltend machen (Beispiel, s.o.). Bei einer **2-stufigen** Ausschlussfrist kommt zur 1. Stufe eine 2. Stufe hinzu: Lehnt der Schuldner die Forderung ab, ist der Gläubiger verpflichtet, innerhalb einer weiteren Frist Klage vor Gericht zu erheben.

**Beispiel** (Formulierung): „Alle Ansprüche, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, sind von den Vertragschließenden binnen einer Frist von 3 Monaten seit ihrer Fälligkeit in Textform geltend zu machen und im Falle ihrer Ablehnung oder Nichtäußerung innerhalb von 2 Wochen durch die Gegenpartei binnen einer Frist von 3 Monaten einzuklagen. Eine spätere Geltendmachung ist ausgeschlossen.“

Die **Mindestfrist** für die Geltendmachung auf der 1. und 2. Stufe beträgt **3 Monate**. Ausschlussfristen, welche kürzere Fristen verlangen, benachteiligen den Arbeitnehmer unangemessen (§ 307 Abs. 1 BGB).

Ist bei einer 2-stufigen Ausschlussfrist zwar die Frist auf der 1. Stufe zulässig, wurde jedoch auf der 2. Stufe eine zu kurze Frist gesetzt, beeinträchtigt die Unwirksamkeit der 2. Stufe, die eine zu kurze Frist für die gerichtliche Geltendmachung vorsieht, die Wirksamkeit der 1. Stufe nicht, da die Klausel teilbar ist und auch ohne die unwirksame Regelung weiterhin verständlich und sinnvoll bleibt (sog. **blue-pencil-test**).

Die Ausschlussfrist muss **gleichermaßen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber** gelten. Gilt die Ausschlussfrist nur für Ansprüche des Arbeitnehmers (sog. einseitige Ausschlussfrist), nicht jedoch für die Ansprüche des Arbeitgebers, liegt darin ebenfalls eine unzulässige Benachteiligung des Arbeitnehmers (§ 307 Abs. 1 BGB).

**Geltendmachung** bedeutet, dass der Gläubiger unzweifelhaft zu erkennen gibt, seinen Anspruch durchsetzen zu wollen. Dazu muss der Anspruch eindeutig bezeichnet werden. Regelmäßig ist auch die Höhe zu beziffern, sofern diese für den Schuldner nicht erkennbar ist.

Mit Erhebung einer **Kündigungsschutzklage**, Entfristungsklage oder einer Klage auf Feststellung des

Bestehens eines Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs macht der Arbeitnehmer alle durch die Kündigung bedrohten regelmäßig fällig werdenden Einzelansprüche aus dem Arbeitsverhältnis schriftlich geltend (d.h. insb. Ansprüche aus Annahmeverzug), so dass der **Arbeitnehmer** hierdurch sowohl **eine 1-stufige als auch eine 2-stufige Ausschlussfrist einhält**. Mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage hat der Arbeitnehmer die Ansprüche zugleich auch im Sinne einer vertraglichen Ausschlussfrist „eingeklagt“. Der Arbeitgeber muss hierdurch erkennen, dass der Arbeitnehmer nicht nur den Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern auch die durch die Kündigung bedrohten regelmäßig fällig werdenden Einzelansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sichern will.

Nicht erfasst von Ausschlussfristen ist der **Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn** gem. MiLoG (§ 3 MiLoG). D.h. diese Ansprüche unterliegen nur der Regelverjährungsfrist.

#### **4. Betriebliche Übung / Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt**

Eine betriebliche Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer in ihrer betrieblichen Gesamtheit oder als Gruppe schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auch für die Zukunft gewährt werden (Vertrauen auf die dauerhafte Gewährung). Die betriebliche Übung enthält eine **Willenserklärung** des Arbeitgebers, die von den Arbeitnehmern stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB) und begründet einen entsprechenden **vertraglichen Anspruch**. Welche Anzahl von Wiederholungen (bzw. welche Dauer der Übung) erforderlich ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

**Beispiel:** Bei jährlichen Sonderzahlungen (z.B. **Weihnachtsgeld**) genügt die dreimalige vorbehaltlose Zahlung, damit ein Anspruch auf betriebliche Übung entsteht.

Unerheblich ist, ob der Arbeitgeber sich bewusst war, durch sein Verhalten Ansprüche zu begründen. Ausreichend ist, dass er das Verhalten selbst bewusst und gewollt herbeigeführt hat.

Leistungen des Arbeitgebers, die zum Zwecke der Erfüllung einer anderen Anspruchsgrundlage erbracht worden sind, können keine betriebliche Übung begründen, auch wenn die andere Anspruchsgrundlage unwirksam ist (z.B. Zahlung aufgrund einer unwirksamen Betriebsvereinbarung).

Eine betriebliche Übung kann auch gegenüber **Betriebsrentnern** (Pensionäre) entstehen, z.B. indem der Arbeitgeber seinen ehemaligen Arbeitnehmern ein Weihnachtsgeld zahlt.

Der Anspruch aus betrieblicher Übung setzt nicht voraus, dass der anspruchstellende Arbeitnehmer selbst in der Vergangenheit mehrfach die Vergünstigung oder Leistung erhalten hat. Besteht im Betrieb eine betriebliche Übung, gilt diese für alle – auch für neu eintretende – Arbeitnehmer wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes, es sei denn es wird bei Vertragsschluss eine besondere gegenteilige Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer getroffen.

Der Arbeitgeber kann das Vertrauen der Arbeitnehmer auf die unveränderte zukünftige Fortsetzung der Leistung durch einen entsprechenden (Freiwilligkeits-) **Vorbehalt** ausschließen. Dieser muss jedoch klar und unmissverständlich formuliert sein (sog. Transparenzgebot).

**Beispiel:** Im Arbeitsvertrag ist geregelt: „Die Zahlung des Weihnachtsgelds erfolgt freiwillig und ohne rechtliche Verpflichtung und ist daher jederzeit widerruflich“. Eine solche Regelung ist intransparent. Bei einer **Verknüpfung von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt** bzgl. einer Sonderzahlung wird für den Arbeitnehmer nicht hinreichend deutlich, dass trotz mehrfacher, ohne weitere Vorbehalte erfolgreicher Sonderzahlungen ein Rechtsbindungswille des Arbeitgebers für die Zukunft ausgeschlossen bleiben soll. Die Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt ist zudem mehrdeutig, da der

Arbeitgeber nicht einerseits die Entstehung des Anspruchs für die Zukunft ausschließen und gleichzeitig einen (bestehenden) Anspruch widerrufen kann.

Ausreichend wäre dagegen der Hinweis auf der Gehaltsabrechnung: „Freiwilliges Weihnachtsgeld, kein Anspruch für die Zukunft“.

Eines Vorbehalts bedarf es nicht, wenn bereits aus dem Verhalten des Arbeitgebers hervorgeht, dass nur eine **einmalige Leistung** gewährt werden soll.

**Beispiel:** Ein Vertrauen der Arbeitnehmer in eine dauerhafte Verpflichtung des Arbeitgebers, auch zukünftig an Heiligabend Arbeitsbefreiung zu gewähren, kann nicht entstehen, wenn die Maßnahme von Jahr zu Jahr neu unter dem Vorbehalt angekündigt wird, dass diese Regelung für das laufende Jahr gilt („Auch dieses Jahr wieder ...“).

**Laufende**, immer wiederkehrende **Leistungen**, z.B. eine monatliche Zulage zum Festgehalt, können nicht unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden, da der Arbeitgeber dann in das arbeitsvertragliche Austauschverhältnis („Synallagma“) einseitig zu Lasten des Arbeitnehmers eingreifen könnte.

Eine betriebliche Übung kann **arbeitsvertraglich** wieder aufgehoben oder geändert werden. Dagegen ist es nicht möglich, eine betriebliche Übung durch eine **gegenläufige betriebliche Übung** wieder zu korrigieren (sog. negative betriebliche Übung). Die negative betriebliche Übung verstößt als fingierte Erklärung gegen die AGB-Kontrolle (§ 308 Nr. 5 BGB).

**Beispiel:** Arbeitgeber U zahlt seit 20 Jahren seinen Arbeitnehmern – ohne dies schriftlich festzuhalten – im November ein Weihnachtsgeld in Höhe eines Monatsgehalts. Da eine betriebliche Übung entstanden ist, überlegt er, wie er diesen Anspruch wieder beseitigen kann. U lässt nunmehr auf dem monatlichen Gehaltszettel für die November-Abrechnung am Ende folgenden Satz drucken: „Die Zahlung des Weihnachtsgelds ist freiwillig. Ein Anspruch auf zukünftige Gewährung besteht nicht“. Keiner der Arbeitnehmer erhebt Widerworte. Nachdem U diesen Satz 3 Jahre lang auf der Novemberabrechnung aufgeführt hat, ist er der Meinung, nunmehr sei der Anspruch aus betrieblicher Übung durch diese „gegenläufige“ betriebliche Übung wieder beseitigt, und stellt im darauffolgenden Jahr die Zahlung des Weihnachtsgelds vollständig ein. Zu Unrecht.

Auch mittels **Änderungskündigung** kann eine betriebliche Übung wieder beseitigt werden. Allerdings liegen gerade beim Entgelt die Anforderungen an die Rechtfertigung einer betrieblichen Übung sehr hoch und sind in der Regel nicht gegeben.

Im **öffentlichen Dienst** entsteht in der Regel keine betriebliche Übung, da ein Arbeitnehmer dort davon ausgehen muss, dass ihm sein Arbeitgeber nur die Leistungen gewähren will, zu denen er rechtlich verpflichtet ist. Es gilt als allgemein bekannt, dass öffentliche Arbeitgeber an das Haushaltsrecht gebunden sind. Leistungen dürfen grundsätzlich nicht ohne entsprechende Rechtsgrundlage erbracht werden. Deshalb darf der Arbeitnehmer ohne besonderen Anhalt auch bei langjähriger Gewährung nicht darauf vertrauen, ihm soll eine Zusage gemacht werden.

## 5. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Arbeitgeber ist verpflichtet bei begünstigenden Maßnahmen mit einem **kollektiven Bezug**, die der einseitigen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers unterliegen (z.B. Gewährung einer freiwilligen Zulage oder einer Arbeitsbefreiung an Rosenmontag), alle vergleichbaren Arbeitnehmer gleich zu behandeln. Eine Ungleichbehandlung ist nur aus **sachlichen Gründen** zulässig. Gibt es keinen sachlichen Grund für die

Ungleichbehandlung hat der benachteiligte Arbeitnehmer ebenfalls einen Anspruch auf die Leistung (wie die anderen auch).

**Beispiel:** Der Bauunternehmer B lässt die Arbeitskleidung seiner Bauarbeiter aufgrund der regelmäßigen Verschmutzung kostenlos für diese reinigen. Der im Büro angestellte A verlangt auch die kostenlose Reinigung seines Anzugs. Hier fehlt es bereits an der Vergleichbarkeit, da A nicht Bauarbeiter ist und er auch nicht wie diese draußen im Schmutz arbeitet. Anders wäre es, wenn der B allen im Büro tätigen Angestellten erlaubt, privat zu telefonieren, nur den A nimmt er aus, da er ihn nicht leiden kann.

**Beispiel:** Verschenkt der Arbeitgeber an die Teilnehmer einer freiwilligen Weihnachtsfeier iPads, besteht kein Anspruch der von der Feier ferngebliebenen Arbeitnehmer auf ein iPad. Es stellt eine sachgerechte Differenzierung dar, wenn der Arbeitgeber die freiwillige Weihnachtsfeier durch eine nicht angekündigte Geschenküberraschung attraktiver gestalten und für eine höhere Teilnahme in Zukunft sorgen möchte.

\*\*\*

## § 4

# Diskriminierungsschutz

**Zur Vertiefung:** *Willemsen/Schweibert*, Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2006, S. 2583 ff.; *Bauer/Thüsing/Schunder*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Alter Wein in neuen Schläuchen?, NZA 2006, S. 774 ff.; *von Medem*, Beweis und Vermutung bei diskriminierender Einstellung, NZA 2007, S. 545 ff.; *Rolfs/Wessel*, Aktuelle Rechtsprechung und Praxisfragen zur Benachteiligung wegen des Geschlechts, NJW 2009, S. 3329 ff.; *Burkard-Pötter*, „Suche Barmann und Putzfrau“ – Stellenanzeigen und AGG, NJW-Spezial 2012, S. 242 ff.; *Körlings*, Das dritte Geschlecht und die diskriminierungsfreie Einstellung, NZA 2018, S. 282 ff.

## 1. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

### 1.1 Diskriminierungsverbot

Das Ziel des AGG besteht darin, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen (§ 1 AGG). Eine Benachteiligung aus **anderen Gründen** fällt nicht unter das AGG, kann aber aufgrund anderer Vorschriften (z.B. wegen der Verletzung des Persönlichkeitsrechts) unzulässig sein.

**Rasse** oder **ethnische Herkunft** bezeichnet die Zugehörigkeit zu einer Menschengruppe, die kulturell, sozial, historisch und genetisch durch Hautfarbe, Sprache, Abstammung, Nationalität, Physiognomie und Volkstum eine Einheit bildet.

Das **Geschlecht** meint das biologische Geschlecht, d.h. männlich, weiblich, Transsexualität, Zweigeschlechtlichkeit.

Unter **Religion** oder **Weltanschauung** werden (religiöse) Fundamentalkonzepte über die Welt, die Natur und das Wesen des Menschen verstanden, z. B. religiöse, ideologische, politische und ähnliche Leitauffassungen vom Leben, Menschen und von der Welt als einem Sinn Ganzen. Parteipolitische oder links-/rechtsextremistische Überzeugungen allein sind nicht ausreichend. Scientology ist in Deutschland weder eine Religion noch eine Weltanschauung. In den USA wird Scientology dagegen als Religion anerkannt.

Eine **Behinderung** ist eine Einschränkung von wahrscheinlich langer Dauer, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet. Diese Definition entspricht weitgehend der Definition der Behinderung im Sozialrecht (§ 2 Abs. 1 SGB IX) und ist nicht auf Schwerbehinderte (§ 2 Abs. 2 SGB IX) beschränkt.

Mit dem **Alter** ist das biologische Lebensalter gemeint, d.h. sowohl junge wie auch alte Menschen werden vom Benachteiligungsverbot erfasst.

**Sexuelle Identität** meint sexuelle Veranlagung und Ausrichtung (z.B. heterosexuell, homosexuell, bisexuell).

Die Antidiskriminierungsregeln gelten in allen Phasen des Arbeitsverhältnisses, von der **Stellenausschreibung** (d.h. auch für Bewerber) bis zur Kündigung bzw. Pensionierung der Arbeitnehmer. Erfasst sind sowohl individual- als auch kollektivrechtliche Vereinbarungen und Maßnahmen.

Das AGG nennt ausdrücklich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, Beschäftigungs-, Arbeits- und Entlassungsbedingungen, die Durchführung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses sowie

den beruflichen Aufstieg (§ 2 Abs.1 AGG). **Kündigungen** und die **betriebliche Altersvorsorge** sollen dagegen aus dem Anwendungsbereich des AGG ausgegrenzt sein (§ 2 Abs. 2 und Abs. 4 AGG). Gleichwohl darf auch bei Kündigungen und in der betrieblichen Altersvorsorge nicht diskriminiert werden. Dies ergibt sich aus den zugrundeliegenden **EG-Antidiskriminierungsrichtlinien**, deren Schutzniveau nicht unterschritten werden darf. Das AGG muss daher richtlinienkonform ausgelegt werden (sog. europarechtskonforme Auslegung).

## 1.2 Diskriminierungsformen

Begrifflich differenziert das AGG zwischen Benachteiligung und unzulässiger Benachteiligung (= Diskriminierung). Eine Benachteiligung ist eine Ungleichbehandlung; nur wenn sie nicht gerechtfertigt ist, wird sie zur Diskriminierung.

**Beispiel:** Eine Benachteiligung im Rahmen einer **Auswahlentscheidung** liegt bereits dann vor, wenn ein Bewerber nicht in die Auswahl einbezogen wird. Die Benachteiligung liegt in der Versagung einer Chance. Es ist daher unerheblich, ob später ein anderer Bewerber eingestellt wird.

Eine **unmittelbare Benachteiligung** liegt vor, wenn eine Person weniger günstig behandelt wird als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation (§ 3 Abs. 1 AGG). D.h. die Unterscheidung erfolgt gerade wegen eines verbotenen Diskriminierungsmerkmals.

**Beispiel:** Eine Diskriminierung wegen der **sexuellen Identität** liegt vor, wenn einem Mann gekündigt wird, weil er homosexuell ist oder eine Bewerberin wird nicht eingestellt, weil sie **behindert** ist und der Arbeitgeber deshalb höhere krankheitsbedingte Fehlzeiten befürchtet.

Eine **mittelbare Benachteiligung** liegt dagegen vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren dazu führen, dass Personen gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligt werden. Dies gilt nicht, wenn die unterschiedliche Behandlung durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist (§ 3 Abs. 2 AGG). In dieser besonders praxisrelevanten Gruppe ergibt sich die Diskriminierung erst als Folge einer nach wertneutralen Kriterien getroffenen Unterscheidung.

**Beispiel:** Wenn in einem Unternehmen an **Teilzeitbeschäftigte** kein Weihnachtsgeld gezahlt wird, liegt darin eine mittelbare Geschlechterdiskriminierung (und auch ein Verstoß gegen § 4 TzBfG), da wesentlich mehr Frauen als Männer in Teilzeit arbeiten. Gleiches gilt, wenn in einer Versorgungsordnung Beschäftigungszeiten in **Elternzeit** nicht berücksichtigt werden.

Eine **Belästigung** gilt als Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betroffenen Person verletzt wird und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld entsteht (§ 3 Abs. 3 AGG). Hier geht es um einen Angriff auf die Persönlichkeit des Betroffenen. Einmalige Angriffe genügen jedoch noch nicht, da ein feindliches Umfeld nur bei einem kontinuierlichen Handeln entstehen kann.

**Beispiel:** Wiederholte Verleumdungen, Beleidigungen, abwertende Äußerungen, Anfeindungen und Drohungen und/oder körperliche Übergriffe durch Kollegen.

Eine **sexuelle Belästigung** gilt als Benachteiligung, wenn unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten eine Verletzung der Würde bezweckt oder bewirkt, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird (§ 3 Abs. 4 AGG). Im Unterschied zur Belästigung genügt bereits ein einmaliger Vorfall. Im Gegensatz zur Belästigung und der (un-) mittelbaren Benachteiligung muss die sexuelle Belästigung nicht

wegen eines der verbotenen Diskriminierungsmerkmale erfolgen.

**Beispiel:** Ein „Klaps“ mit dem Handrücken auf den Po oder das sichtbare Aufhängen eines Kalenders mit pornographischen Bildern im Büro.

Auch die **Anweisung** eines weisungsbefugten Vorgesetzten, einen nachgeordneten Arbeitnehmer zu benachteiligen, gilt bereits als Benachteiligung (§ 3 Abs. 5 AGG).

### 1.3 Zulässige Ungleichbehandlung (Rechtfertigung)

Nicht jede Ungleichbehandlung stellt eine unzulässige Benachteiligung dar, sondern nur eine **Ungleichbehandlung ohne Rechtfertigung** (= Diskriminierung).

Bei der mittelbaren Diskriminierung wird die Rechtfertigung in Form des sachlichen Grundes automatisch mitgeprüft. Eine Rechtfertigung einer (sexuellen) Belästigung ist bereits gedanklich ausgeschlossen.

Eine Ungleichbehandlung ist **zulässig**, wenn das Diskriminierungskriterium wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine **wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung** darstellt (§ 8 AGG). Bloße Erwägungen der Zweckmäßigkeit oder „sachliche Gründe“ sind deshalb nicht ausreichend.

**Beispiel:** Zulässig ist es, wenn einem **Behinderten** gekündigt wird, da er aufgrund seiner Behinderung seine (wesentliche) Arbeitstätigkeit nicht mehr erbringen kann.

**Beispiel:** Unzulässig ist es, wenn ein **Zementwerk** nur Männer als Arbeiter sucht, da diese „grundsätzlich“ kräftiger seien und die Arbeiter in der Lage sein müssen, 50 KG-Säcke zu tragen. Auch Frauen mit entsprechenden körperlichen Kräften sind dazu in der Lage.

**Beispiel:** Unzulässig ist es, wenn ein Unternehmen zur **Wahrung des Betriebsfriedens** Bewerbungen von Türken grundsätzlich ablehnt, da die Belegschaft zum Großteil aus Griechen besteht und der Arbeitgeber Streit zwischen den beiden Nationalitäten befürchtet.

Eine Ungleichbehandlung kann nicht mit dem Umstand gerechtfertigt werden, dass **Kunden** bestimmte **Erwartungen** an die Beschäftigten haben. Ansonsten würden in der Gesellschaft bestehende Vorurteile und Rollenverständnisse zementiert, was dem Gesetzesziel diametral zuwiderliefe. Eine entscheidende berufliche Anforderung kann sich jedoch aus dem **Schamgefühl** der Kunden oder dem vom Arbeitgeber am Markt verfolgten **unternehmerischen Konzept** ergeben, wenn eine Ungleichbehandlung aus Gründen der **Authentizität** erforderlich ist. Hier muss die vom unternehmerischen Konzept vorgegebene berufliche Anforderung allerdings die eigentliche Aufgabe des Arbeitnehmers betreffen.

**Beispiel:** Zulässig ist es, wenn ein Einzelhandelsgeschäft mit Anprobemöglichkeit für den **Verkauf von Damenoberbekleidung** (einschließlich Badebekleidung) eine weibliche Verkäuferin sucht.

**Beispiel:** Die Stelle einer Erzieherin in einem **Mädcheninternat** darf geschlechtsspezifisch ausgeschrieben werden, wenn ein nicht unerheblicher Teil der Arbeitszeit mit Nachtdienst belegt ist, bei dem auch die Schlafräume, Waschräume und Toiletten der Internatsschülerinnen betreten werden müssen. Ein Mann kann die Aufgaben im Nachtdienst nicht ausüben, da die Intimsphäre der Schülerinnen betroffen ist, zumal sich die Mädchen nachts manchmal nur leicht bekleidet bewegen.

**Beispiel:** Ein **China-Restaurant** darf ausschließlich **asiatisches Bedienpersonal** und eine **Frauenfahrschule** nur weibliche Fahrlehrer suchen.

**Beispiel:** Unzulässig ist es, wenn ein **Autohaus** nur männliche, deutsche Verkäufer sucht, da viele der Kunden der Auffassung seien, dass Frauen und Ausländer nichts von Autos verstünden. Hier fehlt es an einem unternehmerischen Konzept.

Eine Ungleichbehandlung wegen des **Alters** ist unter **erleichterten Bedingungen** möglich. Hier reicht es aus, dass die Ungleichbehandlung objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist (§ 10 AGG).

**Beispiel:** Eine grundsätzlich zulässige Ungleichbehandlung wegen des Alters ist die Vereinbarung, dass das Arbeitsverhältnis ohne Kündigung zu dem Zeitpunkt endet, in dem der Arbeitnehmer eine ungekürzte **Rente wegen Alters** (z.B. Erreichen der Regelaltersgrenze) beantragen kann oder die individual- und kollektivrechtliche Vereinbarung der Unkündbarkeit von Arbeitnehmern eines bestimmten Alters und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit, wenn dadurch nicht der Kündigungsschutz anderer Arbeitnehmer im Rahmen der Sozialauswahl grob fehlerhaft gemindert wird.

**Beispiel:** Unzulässig ist dagegen die Festsetzung einer Altersgrenze für Piloten auf das 60. Lebensjahr. Für eine Zwangspensionierung muss es sich um **beschäftigungspolitische Ziele** handeln, nicht jedoch Ziele der öffentlichen Sicherheit, da die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien nicht jegliche Ziele als Rechtfertigungsgrund erlauben.

**Beispiel:** Unzulässig ist es, wenn ein Arbeitgeber „**Berufsanfänger**“ für ein Traineeprogramm sucht. Dies stellt ein Indiz für eine Benachteiligung wegen des Alters da.

#### 1.4 Rechtsfolgen einer Diskriminierung

Diskriminierende Vereinbarungen und Maßnahmen sind unwirksam (§§ 7 AGG, 134 BGB). Ferner hat der Diskriminierte Anspruch auf **Entschädigung** und **Schadensersatz** (§ 15 Abs. 1 und 2 AGG). Dagegen besteht **kein Anspruch auf Einstellung** oder einen beruflichen Aufstieg (§ 15 Abs. 6 AGG).

Daneben hat der diskriminierte Arbeitnehmer natürlich auch einen Anspruch auf **Unterlassung** zukünftiger Diskriminierungen. Dies betrifft insb. die sexuelle Belästigung. Jeder Benachteiligte hat ferner das Recht, sich bei der zuständigen Stelle des Betriebs zu beschweren, wenn sich die Person in Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten diskriminiert fühlt (§ 13 AGG). Ergreift der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer (sexuellen) Belästigung am Arbeitsplatz, ist der Betroffene berechtigt, seine Tätigkeit ohne Verluste des Arbeitsentgelts einzustellen – allerdings nur, soweit dies zu seinem Schutz erforderlich ist (§ 14 AGG).

Der Benachteiligte kann eine **angemessene Entschädigung** vom Arbeitgeber verlangen. Ein Verschulden des Arbeitgebers ist nicht erforderlich. Um einen wirksamen Rechtsschutz zu gewähren, muss die Entschädigung eine „wirklich abschreckende Wirkung“ gegenüber dem Arbeitgeber haben und in angemessenem Verhältnis zu dem erlittenen Schaden stehen. Der Arbeitgeber muss dem Diskriminierten ferner **Schadensersatz** leisten. Er haftet auf das **Erfüllungsinteresse** (§ 249 BGB). Dieser Anspruch ist zwar verschuldensabhängig, das Verschulden des Arbeitgebers wird jedoch vermutet (§ 15 Abs. 1 S. 2 AGG; vgl. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB: „Dies gilt nicht, wenn ...“).

Eine **Höchstgrenze** sieht das Gesetz für die Entschädigung nicht vor. Lediglich für den Fall der Nichteinstellung eines Bewerbers, der auch bei beanstandungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, darf die Entschädigung **3 Monatsgehälter** nicht übersteigen. Gleichwohl werden in Deutschland keine „amerikanischen Verhältnisse“ entstehen. Einer bestqualifizierten Bewerberin, die wegen ihrer Behinderung benachteiligt wurde, hat das Gericht eine Entschädigung von 6 Monatsgehältern (darin enthalten drei Monatsgehälter für den materiellen Schaden) zugesprochen.

Dagegen kann es beim Schadensersatz für den Arbeitgeber „richtig teuer“ werden. Wird z.B. eine



Arbeitnehmerin bei der Beförderung zu Unrecht übergangen, schuldet der Arbeitgeber die Vergütungs Differenz zur neuen Stelle auf unbestimmte Zeit, d.h. ggf. bis zur Rente.

### 1.5 Ausschluss- und Klagefrist

Ansprüche auf Entschädigung und Schadensersatz müssen innerhalb einer **Frist von 2 Monaten** beim Arbeitgeber schriftlich geltend gemacht werden. Bei einer Bewerbung (oder dem beruflichen Aufstieg) beginnt die Frist ab **Zugang der Ablehnung** zu laufen, ansonsten ab Kenntnis der Diskriminierung (§ 15 Abs. 4 AGG).

Die Ausschlussfrist beginnt (entgegen des Gesetzeswortlauts) im Falle einer Bewerbung erst dann, wenn neben dem Zugang der Ablehnung auch die Kenntnis von der Benachteiligung beim Bewerber vorliegt. Allein der Zugang des Ablehnungsschreibens reicht nicht aus, um die Ausschlussfrist in Gang zu setzen.

Lehnt der Arbeitgeber den Anspruch ab, muss eine Klage innerhalb einer **Frist von drei Monaten**, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden ist, vor Gericht erhoben werden (§ 61b ArbGG).

### 1.6 Darlegungs- und Beweislast

Für Ansprüche aus dem AGG gelten grundsätzlich die normalen Beweisregeln. Das bedeutet, der Benachteiligte als Anspruchsteller muss beweisen, dass eine Benachteiligung vorliegt

**Beispiel:** Bei einer Belästigung muss der Arbeitnehmer detailliert die einzelnen unerwünschten und belästigenden Verhaltensweisen darlegen und beweisen.

Im Hinblick auf die Frage, ob die Benachteiligung **wegen** eines verbotenen Diskriminierungsmerkmals erfolgte, muss der Benachteiligte jedoch zunächst (nur) **Indizien** beweisen, die diesen Umstand vermuten lassen (§ 22 AGG), da der Arbeitnehmer in der Regel keine Kenntnis von den Ablehnungsgründen hat und dem Arbeitgeber nicht „in den Kopf“ schauen kann. Gelingt ihm das, „kippt“ die Beweislast und der Arbeitgeber muss nunmehr vollständig beweisen, dass keine Diskriminierung vorliegt (§ 22 AGG). Für die Vermutung muss der Benachteiligte **Indizien beweisen**, für die nach allgemeiner Lebenserfahrung eine **überwiegende Wahrscheinlichkeit** für das benachteiligende Motiv sprechen.

**Beispiel:** Eine **Stellenausschreibung**, die nicht **geschlechtsneutral** ausgeschrieben ist („Sekretärin gesucht“), begründet bereits ein hinreichendes Indiz für eine Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts. Eine Stellenausschreibung, in der die Begriffe „Hochschulabsolventen“, „Berufsanfänger“ und „young professionals“ verwendet werden, ergibt sich aus einer Gesamtschau die Intention des Arbeitgebers, Bewerber sollten eher „jung“ sein, so dass die Vermutung besteht, ein bereits 36-jähriger Bewerber mit Berufserfahrung wurde wegen des **Alters** nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen. Dagegen ist es nicht ausreichend, wenn für eine Stelle als Kfz-Mechaniker die Eigenschaften „flexibel und belastbar“ aufgeführt werden. Dies stellt noch kein Indiz dafür dar, dass behinderten Bewerbern Nachteile drohen würden.

**Beispiel:** Allein die Kenntnis des Arbeitgebers von der **Schwangerschaft** einer Arbeitnehmerin zum Zeitpunkt der Beförderungentscheidung lässt eine Benachteiligung noch nicht vermuten.

Angaben des angeblich Diskriminierten „ins Blaue hinein“ sind dagegen nicht ausreichend, um die Beweislastumkehr auszulösen.

## 1.7 Organisationspflichten des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, in seinem Unternehmen die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligungen zu schaffen. Dazu gehören auch vorbeugende Maßnahmen (§ 12 Abs. 1 AGG).

Das AGG, § 61b ArbGG sowie Informationen über die betriebliche Beschwerdestelle müssen durch Aushang, Auslegung an geeigneter Stelle oder mittels Einsatz der üblichen Informationstechnik im Unternehmen bekannt gemacht werden (§ 12 Abs. 5 AGG).

Weiter muss der Arbeitgeber die Arbeitnehmer in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit von Benachteiligungen hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben. Hat der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligungen geschult, gilt dies als Erfüllung seiner Organisationspflichten (§ 12 Abs. 2 Satz 2 AGG).

## 2. Teilzeit und Befristung

Ein spezieller Diskriminierungsschutz besteht für **Teilzeitbeschäftigte** und **befristet Tätige**. Teilzeitbeschäftigte dürfen wegen der Teilzeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer. Das gleiche gilt für befristet Beschäftigte in Bezug auf die Befristung (§ 4 Abs. 1 und 2 TzBfG).

**Beispiel:** Arbeitgeber X gewährt seinen Arbeitnehmern als zusätzliches Weihnachtsgeld 1 Monatsgehalt. Kürzt der Arbeitgeber aufgrund der schlechten Wirtschaftslage das Weihnachtsgeld um 500 EUR einheitlich für alle Voll- und Teilzeitbeschäftigten, liegt eine unzulässige Benachteiligung der Teilzeitbeschäftigten vor, da diese prozentual von der Kürzung stärker betroffen sind, als die Vollzeitbeschäftigten. Anders wäre es gewesen, wenn die Kürzung anteilig, z.B. um 20%, erfolgt wäre.

\*\*\*

## § 5

# Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis

**Zur Vertiefung:** *Lakies*, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 106 GewO) – Inhalt und Grenzen, BB 2003, S. 364 ff.; *Schier*, Kündigungsschutzstreitigkeiten und Annahmeverzugslohn, BB 2006, S. 2578 ff.; *Gerauer*, Keine Vergütungsfortzahlung bei Verletzungsfolgen beim Bungee-Springen, NZA 1994, S. 496 ff.; *Löw*, Neues zum Zeugnisrecht, NZA-RR 2008, S. 561 ff.; *Schulte/Karlsfeld*, Anzeige- und Nachweispflicht bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, ArbRB 2011, S. 341 ff.; *Scholl*, Leistungsverweigerung des Arbeitnehmers aus Glaubens- und Gewissensgründen, BB 2012, S. 53 ff.; *Hunold*, Arbeitsverweigerung aus Glaubens- oder Gewissensgründen, DB 2011, S. 1580; *Düwell/Dahl*, Die Leistungs- und Verhaltensbeurteilung im Arbeitszeugnis, NZA 2011, S. 958 ff.; *Merkel*, Arbeiten während Arbeitsunfähigkeit – (I)egal?, DB 2012, S. 2691 ff.; *Hunold*, Arbeiten während der Gültigkeitsdauer einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, DB 2014, S. 1679 ff.; *Subatzus*, Melde- und Nachweispflicht bei Arbeitsunfähigkeit, DB 2013, S. 578 ff.; *Korinth*, Neue Entwicklungen und Tendenzen im Zeugnisrecht, ArbRB 2013, S. 193 ff.

### 1. Haupt- und Nebenleistungspflichten

Neben den Hauptpflichten der Arbeitsvertragsparteien, d.h. die **Arbeitsleistung** durch den Arbeitnehmer und die **Entgeltzahlung** durch den Arbeitgeber (dazu s.u.), bestehen eine Vielzahl von Nebenpflichten für beide Seiten. Auf Seiten des Arbeitgebers (sog. Schutz- und Fürsorgepflichten) besteht z.B. die Pflicht zur Urlaubsgewährung, zum Schutz des Arbeitnehmers vor Gefahren, zur beruflichen Förderung sowie Obhuts- und Verwahrungspflichten für Arbeitnehmereigentum. Auf Seiten des Arbeitnehmers (sog. Treuepflichten) besteht z.B. die Pflicht zur Verschwiegenheit, ein Wettbewerbsverbot sowie die Pflicht zur Anzeige von Gefahrumständen.

Die Pflicht zur **Verschwiegenheit** bezieht sich auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, soweit der Arbeitgeber ein schützwürdiges Interesse an der Geheimhaltung hat. Der Arbeitnehmer ist während der Dauer des Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes verpflichtet, dem Arbeitgeber **keine Konkurrenz** zu machen (§ 60 HGB analog). Auch für die Zeit nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses kann ein Wettbewerbsverbot vereinbart werden (sog. nachvertragliches Wettbewerbsverbot). Dieses ist jedoch nur gegen Zahlung einer finanziellen Entschädigung (sog. Karenzentschädigung) zulässig (§§ 74 ff. HGB).

Der Arbeitgeber hat die Pflicht zum Schutz von **Leben** und **Gesundheit** des Arbeitnehmers (§ 618 BGB). Dazu gehört z.B. der Einsatz von sicheren Maschinen, ausreichende Belüftung und Beleuchtung der Arbeitsräume. Dieser Anforderungen sind in der Regel in den Unfallverhütungsvorschriften und der Arbeitsstättenverordnung geregelt. Das vom Arbeitnehmer zulässigerweise mitgebrachte Eigentum (z.B. Kleidung, Auto) muss der Arbeitgeber gegen Diebstahl und Beschädigung schützen (z.B. Aufstellung von verschließbaren Schränken).

Der Arbeitnehmer hat nicht nur die Pflicht zur Arbeitsleistung, sondern zugleich einen **Anspruch auf Beschäftigung** durch den Arbeitgeber.

Der Anspruch auf Beschäftigung ergibt sich aus dem **Persönlichkeitsrecht** des Arbeitnehmers (Art. 2 GG) sowie der arbeitgeberseitigen beruflichen Förderpflicht (§ 242 BGB). Danach muss der Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, sich nicht nur im Privaten, sondern auch an seinem Arbeitsplatz nach seinen Möglichkeiten zu entfalten und zu entwickeln.

Der Arbeitgeber darf daher den Arbeitnehmer gegen dessen Willen **nicht ohne Grund** von der Arbeit freistellen – auch nicht, wenn er das Entgelt unverändert fortzahlt. Der Arbeitnehmer könnte gegen die Freistellung vorgehen und vor dem Arbeitsgericht Klage auf vertragsgemäße Beschäftigung erheben.

**Beispiel:** Arbeitgeber X beobachtet seinen Arbeitnehmer A, dass dieser einen ganzen Stapel betriebliche Unterlagen mit nach Hause nimmt. Während X die Angelegenheit aufklärt, stellt er den A bis auf Weiteres von der Arbeit frei und erteilt ihm Hausverbot. Hier besteht ein triftiger Grund für die Freistellung (Verdacht des Geheimnisverrats).

## 2. Entgeltzahlung

Die Höhe der Vergütung des Arbeitnehmers richtet sich nach dem Arbeitsvertrag (§ 611a Abs. 2 BGB) und unterliegt grundsätzlich der **Privatautonomie** der Parteien. Sind die Arbeitsvertragsparteien tarifgebunden (§ 3 TVG), hat der Arbeitnehmer mindestens Anspruch auf das im Tarifvertrag festgelegte Entgelt. Außerhalb von Tarifverträgen darf zum Schutz des Arbeitnehmers die Vergütung nicht sittenwidrig niedrig sein (§ 138 BGB).

Eine Vereinbarung ist wegen **Lohnwuchers** unwirksam, wenn der Lohn nur 2/3 des fachlich einschlägigen Tarifvertrags beträgt und der Arbeitgeber die Unerfahrenheit oder eine Zwangslage des Arbeitnehmers ausgenutzt hat.

Bestandteil der Vergütung sind neben dem Gehalt auch **geldwerte Sachleistungen** (z.B. Überlassung eines Dienstwagens zur privaten Nutzung, kostenlose Monatskarte für den ÖPNV).

Ist die **Höhe** der Vergütung nicht vereinbart oder ist die getroffene Vergütung unwirksam (z.B. wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB), hat der Arbeitnehmer Anspruch auf die übliche Vergütung (§ 612 Abs. 2 BGB). Die in dem für den Betrieb fachlich einschlägigen Tarifvertrag vorgesehene Vergütung wird in der Regel als „üblich“ anzusehen sein. Bei der Höhe der Entgeltzahlung besteht grundsätzlich kein Anspruch der Arbeitnehmer auf Gleichbehandlung, wenn die Gehälter individuell vereinbart werden. Allerdings darf der Arbeitgeber für gleiche oder gleichwertige Arbeit z.B. Teilzeitbeschäftigte nicht ohne Grund schlechter bezahlen (§ 4 TzBfG). Gleiches gilt für Schlechterstellungen wegen des Geschlechts, einer Behinderung oder der anderen im AGG genannten Diskriminierungsmerkmale. Dies wäre eine unzulässige Diskriminierung (§ 7 AGG).

Die **Fälligkeit** des Entgelts richtet sich ebenfalls nach dem Arbeitsvertrag. Ist im Arbeitsvertrag nichts vereinbart, ist die Vergütung am Ende des Berechnungszeitraums fällig (§ 614 BGB). Bei einer monatlichen Zahlungsweise ist die Vergütung bspw. am Ende des Kalendermonats fällig.

Klagt der Arbeitnehmer ausstehende Vergütung vor Gericht ein, müssen die Zeiträume, für welche die Vergütung gefordert wird, jeweils kalendermäßig bezeichnet werden. Andernfalls ist der Gegenstand des erhobenen Anspruchs nicht hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). **Beispiel:** Bekommt der Arbeitnehmer A monatlich 3.000 EUR brutto für seine Arbeit und hat der Arbeitgeber X im April und Juni trotz Arbeitsleistung von A keinen Lohn gezahlt, muss A vor Gericht beantragen, den X zu verpflichten, an den A für den Monat April und Juni jeweils 3.000 EUR brutto als Entgelt zu zahlen. Andernfalls wäre nicht klar, für welchen Monat der Arbeitgeber die Vergütung zahlen muss.

### 2.1 Mindestlohn

In Deutschland gilt seit dem 1.1.2015 ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn für Arbeitnehmer. Zur Zahlung des Mindestlohnes sind alle Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland verpflichtet, wenn sie **Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigen**. Anspruch auf den Mindestlohn haben auch Praktikanten, die eingestellt werden, um berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten oder berufliche Erfahrungen zu erwerben, ohne dass es sich um eine Berufsausbildung gem. BBiG handelt.

**Keinen Anspruch auf Mindestlohn** haben **Kinder und Jugendliche** (§ 2 JArbSchG) ohne abgeschlossene Berufsausbildung, **Auszubildende** während ihrer Berufsausbildung, ehrenamtlich Tätige sowie **Praktikanten**, wenn das Praktikum auf Grund einer schulrechtlichen Bestimmung, einer Ausbildungsordnung, einer hochschulrechtlichen Bestimmung oder im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlichen Berufsakademie verpflichtend zu leisten ist, oder das Praktikum von einer **Dauer bis zu drei Monaten** zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für Aufnahme eines Studiums dienen soll; oder das Praktikum von einer Dauer bis zu drei Monaten begleitend zu einer Berufs- oder Hochschulausbildung durchgeführt wird, wenn nicht schon zuvor ein solches Praktikumsverhältnis mit demselben Auszubildenden bestand. Bei Langzeitarbeitslosen, die unmittelbar vor der Beschäftigung mindestens ein Jahr arbeitslos waren, gilt der Mindestlohn nicht in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung.

## 2.2 Auftraggeberhaftung für den Mindestlohn

Wer als Unternehmer einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt (Subunternehmer), haftet grundsätzlich für die Verpflichtungen dieses (Sub-)Unternehmers, oder eines von dem (Sub-)Unternehmer beauftragten weiteren Unternehmers oder beauftragten Verleihers, deren Arbeitnehmern den Mindestlohn zu zahlen (sog. Auftraggeberhaftung). Er kann auch in Anspruch genommen werden, ohne dass der Arbeitnehmer vorher versucht hat seinen eigenen Arbeitgeber in Anspruch zu nehmen (§ 13 MiLoG). Damit haftet der ursprünglich beauftragte Unternehmer und jeder weitere Subunternehmer auch für die Einhaltung des Mindestlohnes.

Die Auftraggeberhaftung gilt aber nur dann, wenn der Unternehmer selbst vertraglich dazu verpflichtet ist, eine bestimmte Dienst- oder Werkleistung zu erbringen und diese **nicht mit eigenen Arbeitnehmern** erledigt, sondern sich zur Erfüllung dieser Verpflichtung eines Subunternehmers bedient. Damit unterfallen weder Privatpersonen noch Unternehmer, die eine Werk- oder Dienstleistung bestellen, die sie **selbst in Anspruch nehmen**, unter die Auftraggeberhaftung.

**Beispiel:** Der Kauf einer Maschine, der Transport von Ware oder die Reparatur des Firmengebäudes sind typische Fälle, die nicht unter die Haftung fallen. Zu Grunde liegt hier der Einkauf eines Produkts oder einer Dienst- bzw. Werkleistung im eigenen Interesse bzw. zur eigenen Nutzung. Die Auftraggeberhaftung gilt dagegen, wenn der Unternehmer selbst beauftragt wurde, eine Maschine zu bauen, einen Transport durchzuführen oder eine Werk- bzw. Dienstleistung zu erbringen oder und dies nicht selbst durchführt. Nur wenn eine solche "Verkettung" oder Weitergabe einer eigenen Verpflichtung vorliegt, können die Arbeitnehmer des beauftragten Unternehmens den Auftraggeber für die Zahlung des Mindestlohns in Anspruch nehmen.

Arbeitgeber, die gegen den Mindestlohn verstoßen, können mit einem **Bußgeld** belegt und von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden. Ferner kommt eine Strafbarkeit nach § 266a StGB Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in Betracht, wobei bis zu 5 Jahren Haft drohen. Strafbar ist allerdings nicht die Unterschreitung des Mindestlohn an sich, sondern das Nichtabführen der gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge (die für den Mindestlohn zu zahlen wären)..

## 3. Entgeltzahlung ohne Arbeitsleistung

Der Arbeitnehmer hat nur dann Anspruch auf seine Vergütung, wenn er tatsächlich gearbeitet hat. Der Arbeitnehmer ist **vorleistungspflichtig** (§ 614 BGB). Erbringt der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung, erhält er auch keine Vergütung (sog. Grundsatz „**ohne Arbeit kein Lohn**“), da die ausgefallene Arbeit nicht nachholbar ist, liegt Unmöglichkeit

vor (sog. Fixschuldcharakter, § 275 BGB). Davon gibt es jedoch eine Reihe von Ausnahmen, in denen der Arbeitnehmer auch ohne Arbeit seinen Anspruch auf die Vergütung behält.

Neben den folgenden Ausnahmen sind **weitere praxisrelevante Ausnahmen** die Fortzahlung des Entgelts bei **Erholungsurlaub** (§ 1 BUrlG), **Mutterschaftsurlaub** (§ 11 MuSchG) und an **Feiertagen** (§ 2 EFZG).

### 3.1 Annahmeverzug des Arbeitgebers

Die wichtigste Ausnahme ist der Annahmeverzug des Arbeitgebers (§ 615 S. 1 BGB). Der Arbeitnehmer ist leistungsbereit, der Arbeitgeber kann oder will den Arbeitnehmer jedoch nicht beschäftigen.

Kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht beschäftigen aus Gründen die in der **Sphäre des Arbeitgebers** liegen (z.B. mangels Aufträgen, Ausfall von Arbeitsmaterial oder Maschinen, Brand, Explosionen, Witterung und behördlichen Verboten), bleibt der Arbeitgeber trotzdem zur Entgeltzahlung verpflichtet (sog. Betriebsrisiko des Arbeitgebers, § 615 S. 3 BGB). Der Arbeitgeber organisiert den Betrieb und hat grundsätzlich die für die Arbeit nötigen Betriebsmittel zur Verfügung zu stellen und trägt das Risiko, dass er den Arbeitgeber – auch aus Gründen, die er nicht selbst zu vertreten hat – nicht beschäftigen kann. Der Arbeitgeber trägt dann das **Betriebsrisiko**, zu dem das Unternehmens- und Lohnrisiko gehört, und bleibt gegenüber dem Arbeitnehmer zur Zahlung der Vergütung auch ohne Arbeitsleistung verpflichtet.

Der Arbeitgeber gerät infolge der Nichtbeschäftigung des leistungsbereiten Arbeitnehmers (z.B. nach einer fristlosen Kündigung) in der Regel **automatisch** in Annahmeverzug. Eigentlich setzt der Annahmeverzug voraus, dass der Arbeitnehmer seine Leistung vor Ort ausdrücklich anbietet (sog. tatsächliches Angebot, § 294 BGB). Im Arbeitsrecht ist das aber nicht erforderlich. Der Arbeitnehmer muss seine Arbeitsleistung nicht extra anbieten, weder vor Ort noch wörtlich, da der Arbeitgeber als Gläubiger der Arbeitsleistung eine notwendige Mitwirkungshandlung, die kalendermäßig bestimmt ist, unterlässt (sog. entbehrliches Angebot, § 296 BGB). Der Arbeitgeber hat nämlich die Pflicht zur Einrichtung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes und muss dem Arbeitnehmer (gedanklich) jeden Morgen zu Arbeitsbeginn Arbeit zuweisen (= Mitwirkungshandlung).

**Beispiel:** Arbeitnehmer A kommt morgens zur Arbeit. Arbeitgeber X schickt den A wieder nach Hause, da ein Zulieferer ein benötigtes Teil nicht geliefert hat und derzeit keine Arbeit für A vorhanden ist (tatsächliches Angebot).

**Beispiel:** Arbeitnehmerin B wurde fristlos gekündigt und hat vom Arbeitgeber X Hausverbot bekommen. B hat Kündigungsschutzklage erhoben und ist der Meinung, die fristlose Kündigung sei unberechtigt. Sie unternimmt aber nichts weiter. Trotzdem gerät X mit dem Ausspruch der fristlosen Kündigung sofort in Annahmeverzug, falls die Kündigung unwirksam ist (entbehrliches Angebot).

**Erkrankt** der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs, besteht für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit kein Annahmeverzug, da der Arbeitnehmer nicht leistungsfähig ist (§ 297 BGB). Der Annahmeverzug entsteht automatisch wieder mit Genesung des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer muss weder seine Erkrankung noch seine Wiedergenesung dem Arbeitgeber extra anzeigen.

Während des Annahmeverzugs hat der Arbeitnehmer Anspruch auf **Verzugslohn**. Allerdings muss sich der Arbeitnehmer **anderweitigen Verdienst** anrechnen lassen. Das gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer einen anderweitigen Verdienst böswillig unterlässt (§ 615 S. 2 BGB, vgl. auch § 11 Nr. 2 KSchG). **Böswilliges Unterlassen** liegt vor, wenn

der Arbeitnehmer grundlos eine zumutbare Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm eine zumutbare Arbeit angeboten wird. Der Arbeitnehmer ist jedoch nicht verpflichtet, von sich aus aktiv nach einer anderen Arbeit zu suchen oder sich bei der Arbeitsagentur arbeitslos zu melden. Der Arbeitnehmer muss sich jedoch nicht jeden im Verzugszeitraum erzielten Verdienst anrechnen lassen. Anzurechnen ist nur der Verdienst, der gerade in Folge der freigewordenen Arbeitskraft verdient wird.

**Beispiel:** Arbeitnehmer A ist Büroangestellter in einer Versicherung mit einer Arbeitszeit Mo-Fr von 9-17 Uhr. Kellnert A abends oder am Wochenende, wäre dieser Verdienst nicht anzurechnen.

Der Arbeitgeber muss beweisen, dass der Arbeitnehmer während des Verzugs anderweitigen Verdienst erzielt hat. Der Arbeitnehmer ist dem Arbeitgeber daher diesbezüglich auskunftspflichtig (§ 74c HGB analog).

### 3.2 Entgeltfortzahlung bei Krankheit

Eine weitere wichtige Ausnahme vom Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ ist die Entgeltfortzahlung bei **Arbeitsunfähigkeit** infolge Krankheit (§ 3 EFZG). Der Anspruch ist **pro Erkrankung auf 6 Wochen** begrenzt. Die Höhe der Entgeltfortzahlung richtet sich danach, was der Arbeitnehmer ohne die Krankheit verdient hätte (sog. Lohnausfallprinzip).

Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung entsteht erstmalig nach 4-wöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses (sog. **Wartezeit**). Eine Erkrankung des Arbeitnehmers während der Wartezeit steht der Entstehung des Anspruchs nach Ablauf der Wartezeit nicht entgegen. Die Wartezeit wird auch nicht auf den danach beginnenden 6-Wochenzeitraum angerechnet. **Beispiel:** Arbeitnehmer A wird am 1.3. eingestellt. A erkrankt ab dem 15.3. und ist erst wieder am 15.6. arbeitsfähig. A hat Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Dauer von 6 Wochen ab dem 29.3.

**Krankheit** ist jeder **regelwidrige** körperliche oder geistige **Zustand**. Der Arbeitnehmer ist arbeitsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die vertraglich geschuldete Leistung infolge der Krankheit zu erbringen oder wenn er die Arbeit nur unter der Gefahr fortsetzen könnte, seinen Zustand zu verschlimmern. Eine Teilarbeitsunfähigkeit gibt es in Deutschland nicht. Sofern der Arbeitnehmer nicht in der Lage ist, seine vertraglich geschuldete Pflicht vollständig zu erbringen, ist er arbeitsunfähig.

**Beispiel:** Arbeitnehmerin A muss 8 Std. täglich arbeiten. Ist sie krankheitsbedingt nur in der Lage 6 Std. zu arbeiten, liegt trotzdem Arbeitsunfähigkeit vor.

Der Arbeitnehmer darf die Arbeitsunfähigkeit nicht selbst verschuldet haben. **Verschulden** im Sinne des EFZG bedeutet „Verschulden gegen sich selbst“. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer in erheblichem Maße gegen das von einem verständigen Menschen **im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten** verstößt. Dies setzt ein besonders leichtfertiges, grob fahrlässiges oder sogar vorsätzliches Verhalten voraus. Es gilt ein großzügiger Maßstab zu Gunsten des Arbeitnehmers.

**Beispiel:** Das Drehen einer Satellitenschüssel auf dem Dach stellt, wenn keine besonderen Umstände hinzutreten, keine ungewöhnlich gefährliche Tätigkeit dar, die einen Verschuldensvorwurf rechtfertigen könnte. **Beispiel:** Schlägt ein Arbeitnehmer aus Wut über eine Arbeitsanweisung mit der Faust mehrfach heftig auf ein Plastikschild ein und bricht sich dabei die Hand, liegt zwar ein fahrlässiges Verhalten vor, jedoch noch kein Verschulden iSd EFZG. Ein Verschulden liegt dagegen vor beim Bungee-Springen, alkoholbedingten Verkehrsunfällen oder einer provozierten Schlägerei.

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren

voraussichtliche Dauer unverzüglich **anzuzeigen** (§ 5 Abs. 1 EFZG). Der Arbeitnehmer muss den Arbeitgeber ebenfalls informieren, wenn die Krankheit länger als zunächst prognostiziert andauert. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als 3 Kalendertage, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber am nächsten Arbeitstag eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer (sog. AU-Bescheinigung) und ggf. Folgebescheinigungen vorzulegen. Solange der Arbeitnehmer seiner Nachweispflicht schuldhaft nicht nachgekommen ist, d.h. keine AU-Bescheinigung vorgelegt hat, kann der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung vorübergehend zurückbehalten (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG).

Der Arbeitgeber darf die Vorlage der AU-Bescheinigung früher verlangen. Eines besonderen Grundes hierfür bedarf es nicht. Eine generelle Regelung der Vorlagepflicht betrifft jedoch die betriebliche Ordnung. Deshalb hat der Betriebsrat hierbei **mitzubestimmen** (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG).

Die Darlegungs- und Beweislast für die Arbeitsunfähigkeit trägt der Arbeitnehmer. Den Beweis erbringt der Arbeitnehmer z.B. durch die Vorlage der AU-Bescheinigung. Deren Richtigkeit wird grundsätzlich vermutet (sog. hohe Richtigkeitsgewähr). Der Arbeitgeber hat aber die Möglichkeit, die Richtigkeit der AU-Bescheinigung zu erschüttern. Dazu muss er konkrete Tatsachen vortragen, die **Zweifel an der Richtigkeit** begründen.

**Beispiel:** Ausstellung der AU-Bescheinigung ohne Untersuchung (z.B. nur aufgrund eines Telefonats); Arbeit des angeblich kranken Arbeitnehmers (z.B. kranker Kfz-Mechaniker repariert das Auto des Nachbarn); Androhung des Krankfeierns.

Bei **ausländischen** ärztlichen Bescheinigungen muss die Bescheinigung erkennen lassen, dass der Arzt zwischen Erkrankung und Arbeitsunfähigkeit unterschieden hat.

### 3.3 Verhinderung aus persönlichen Gründen

Ist der Arbeitnehmer aus persönlichen Gründen für eine verhältnismäßig **nicht erhebliche Zeit** an der Erbringung der Arbeitsleistung ohne Verschulden verhindert, verliert er seinen Anspruch auf Vergütung nicht (§ 616 BGB). Persönliche Gründe liegen vor, wenn der Verhinderungsgrund in den **persönlichen Verhältnissen** des Arbeitnehmers begründet ist und darf sich nicht auf einen größeren Personenkreis erstrecken. Eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit liegt auch noch bei einer Arbeitsverhinderung von einigen Tagen vor (einzelfallabhängig).

**Beispiel:** Persönliche Gründe liegen vor bei der Erkrankung des eigenen Kindes, Heirat oder Niederkunft der Ehefrau; Gerichtliche Ladung als Zeuge.

Anders liegt der Fall bei **objektiven Hindernissen**, die zur selben Zeit auch für andere Verkehrsteilnehmer bestehen.

**Beispiel:** Zuspätkommen aufgrund Verkehrsstau oder Schneechaos. Kann ein Arbeitnehmer nicht rechtzeitig aus dem Urlaub zurückreisen, da die Piloten streiken oder aufgrund von Aschewolken nicht fliegen dürfen, liegt kein Fall von § 616 BGB vor

## 4. Direktionsrecht

Das Direktionsrecht berechtigt den Arbeitgeber, **Inhalt, Durchführung Zeit und Ort der Arbeitsleistung** gegenüber dem Arbeitnehmer näher zu bestimmen (§ 611a Abs. 1 S. 2 BGB). Grundlage für das Direktionsrecht ist der Arbeitsvertrag, welcher zugleich durch die Tätigkeitsbeschreibung die äußerste Grenze des Direktionsrechts darstellt. Ist die geschuldete Tätigkeit des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag nicht definiert, kann dem



Arbeitnehmer grundsätzlich jede Arbeit zugewiesen werden. Wird die Tätigkeit nur durch eine bestimmte tarifliche Vergütungsgruppe festgelegt, muss der Arbeitnehmer alle Arbeiten ausführen, deren Tätigkeitsmerkmale dieser Vergütungsgruppe entsprechen.

**Beispiel:** Ein Arbeitnehmer, der als „**kaufmännischer Angestellter**“ angestellt wurde, hat insb. folgende Aufgaben: Angebote erstellen, Verkaufen, Inventur, allgemeine Korrespondenz, Bilanzen erstellen, Rechnungen schreiben, Fortbildung, Preise kalkulieren; nicht dagegen, das Büro zu putzen oder auf dem Computer neue Software zu installierenden oder die Bilanzen zu „verschönern“, um einen weiteren Kredit bei der Hausbank zu bekommen.

**Beispiel:** Ein Arbeitnehmer, der als „**Ladenhilfe**“ beschäftigt wird, ist grundsätzlich verpflichtet, sämtliche im Einkaufsmarkt anfallenden Hilfsarbeiten auszuführen (z.B. Regalauffüllen, Putzen, etc.).

**Fortbildungs- oder Schulungsmaßnahmen** sind vom Direktionsrecht umfasst, wenn der Arbeitnehmer diese benötigt, um Tätigkeiten, die zum Berufsbild gehören, ausüben zu können (z.B. wenn er wegen der Entwicklung neuer Techniken nicht die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse besitzt).

Der Arbeitgeber darf nicht einseitig anordnen, dass vom Bedienpersonal vereinnahmte **Trinkgelder** an den Arbeitgeber abzuführen sind, damit die Trinkgelder gleichmäßig auf das gesamte Bedienpersonal verteilt werden können. Das Trinkgeld ist kein Arbeitsentgelt, sondern ein „Geschenk“ des Gastes, der das Trinkgeld als freiwillige Leistung unmittelbar dem Bedienenden zuwenden möchte. Es geht daher unmittelbar in das Eigentum des Bedienenden über.

Das Direktionsrecht des Arbeitgebers kann durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder eine vertragliche Abrede eingeschränkt sein.

**Beispiel:** Nach Gesetz darf ein Arbeitnehmer werktäglich höchstens 10 Std. arbeiten (§ 3 ArbZG). Eine Anweisung des Arbeitgebers, täglich 12 Std. zu arbeiten, ist daher unwirksam.

Innerhalb des vertraglich (und gesetzlich) festgelegten Rahmens wird die Ausübung des Direktionsrechts durch **billiges Ermessen** begrenzt (§ 106 GewO). Das verlangt, dass der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung die wesentlichen Umstände des Einzelfalls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt hat. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber seine Entscheidung trifft.

**Beispiel:** Der Arbeitgeber darf nicht vorsätzlich Tätigkeiten ausklammern, welche die Bewährung für eine spätere Beförderung ermöglichen würden.

Übt der Arbeitgeber sein Direktionsrecht über einen längeren Zeitraum nur eingeschränkt aus, kann sich der Inhalt des Arbeitsvertrags auf die tatsächlich zugewiesenen Tätigkeiten **konkretisieren**. Dies setzt neben einem längeren Zeitablauf (sog. Zeitmoment) allerdings zusätzlich voraus, dass der Arbeitnehmer aufgrund von zusätzlichen Umständen als Ausdruck eines entsprechenden Bindungswillens des Arbeitgebers annehmen durfte, dass er auch in Zukunft nicht mehr anders eingesetzt wird (sog. Umstandsmoment). Eine Konkretisierung liegt in der Regel jedoch nicht vor, da an das Umstandsmoment strenge Anforderungen zu stellen sind.

**Beispiel:** Ein als „Leitender Redakteur“ angestellter Fernsehjournalist kann aus der jahrelangen Alleinmoderation eines politischen Magazins alleine noch keinen Anspruch auf Beibehaltung dieser Übung ableiten.

Arbeitsverträge enthalten zur Verhinderung einer Konkretisierung oft folgende Regelung: „Auch bei einer länger währenden Tätigkeit auf der selben Stelle ist damit keine Einschränkung des Tätigkeitsumfangs verbunden.“ Dagegen hilft allein ein vertraglich vereinbartes **Schriftformerfordernis** nicht, um die Konkretisierung zu verhindern, da der Vorrang der Individualabrede (§ 305b BGB) selbst

eine „doppelte“ Schriftformklausel leer laufen lässt.

Der **Umfang der Hauptleistungspflicht** kann nicht Gegenstand des Direktionsrechts sein, da er sonst einseitig die Hauptleistungspflichten des Arbeitnehmers verändern kann, ohne die Voraussetzungen einer Änderungskündigung erfüllen zu müssen (§ 2 KSchG).

**Beispiel:** Der Arbeitgeber kann unter Berufung auf sein Direktionsrecht nicht die Arbeitszeit je nach Arbeitsanfall unterschiedlich vorgeben (vgl. auch § 12 TzBfG).

Bei der Ausübung des Direktionsrechts muss der Arbeitgeber auf **Gewissensentscheidungen** des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen. Die geforderte Billigkeit wird inhaltlich durch die Grundrechte und damit auch durch die Religionsfreiheit (Art. 4 GG) mitbestimmt. Arbeiten, die den Arbeitnehmer in vermeidbare Glaubens- oder Gewissenskonflikte bringen, darf der Arbeitgeber ihm nur zuweisen, wenn er höherrangige Interessen für sich in Anspruch nehmen kann.

**Beispiel:** Ein bekennender Kriegsdienstverweigerer, der als Drucker arbeitet, darf nicht verpflichtet werden, kriegsverherrlichende Schriften zu drucken.

**Beispiel:** Ein bekennender Muslim, der als Regalauffüller in einem Supermarkt arbeitet, kann die Einräumung von Spirituosen verweigern.

Eine Gewissensentscheidung ist jede ernste, an den **Kategorien von „gut“ und „böse“ orientierte Entscheidung**, die der Arbeitnehmer in einer bestimmten Lage als für sich bindend und verpflichtend ansieht. Diese Entscheidung unterliegt keiner Richtigkeits-, sondern nur einer **Plausibilitätskontrolle**.

Macht der Arbeitnehmer geltend, eine zugewiesene Aufgabe bringt ihn aus religiösen Gründen in Gewissensnot, trifft ihn die Darlegungslast für seinen Glaubenskonflikt. Auch wenn Glaubens-Überzeugungen keiner Nachprüfung anhand von Kriterien wie „irrig“, „beachtlich“ oder „unbeachtlich“ unterliegen, muss doch erkennbar sein, dass der Arbeitnehmer den von ihm ins Feld geführten Ge- oder Verboten seines Glaubens absolute Verbindlichkeit beimisst. Dazu müssen die betreffenden Verbote die Arbeitsverweigerung gewissermaßen „decken“. Ihre konkrete Reichweite, was die vertraglichen Pflichten betrifft, deren Erfüllung sie entgegenstehen soll, muss sich aus den Darlegungen des Arbeitnehmers unzweifelhaft ergeben. Nur so kann der Arbeitgeber erkennen, welchen Gebrauch er von seinem Direktionsrecht noch machen kann.

**Beispiel:** Im o.g. Fall der moslemischen Ladenhilfe machte der Arbeitnehmer zur Überzeugung des Gerichts geltend, es entspreche seiner ernsthaften religiösen Überzeugung, dass er sich als gläubiger Moslem jeglicher Mitwirkung am Alkoholverkauf zu enthalten habe. Der Arbeitnehmer hatte aufgezeigt, dass er sich durch verbindliche Ge- oder Verbote seines Glaubens daran gehindert sieht, in der Getränkeabteilung zu arbeiten, soweit sie ihn dazu verpflichtet, durch das Umräumen und Bereitstellen alkoholischer Getränke an deren Verkauf mitzuwirken. Ob dieses Verständnis der islamischen Schriften der herrschenden Glaubenslehre entspricht, mag bezweifelt werden, ist jedoch nach dem verfassungsrechtlich gebotenen, subjektiven Gewissensbegriff nicht entscheidend.

**Beispiel:** Ein Callcenter-Mitarbeiter, der sich von seinen Anrufern stets mit der Formel „Jesus hat Sie lieb“ verabschiedete, und dies nach Anweisung seines Arbeitgebers unterlassen sollte, kann sich nicht auf seine Religionsfreiheit berufen. Das Recht auf freie Religionsausübung wiegt nur dann schwerer als eine Arbeitsanweisung, wenn der Arbeitnehmer in schwere Gewissenskonflikte käme, würde er der Anweisung Folge leisten. Dies hat der Arbeitnehmer aber nicht dargelegt. Im Gegenteil hat der Arbeitnehmer nach seiner Kündigung selbst angeboten, bis zum Abschluss des Verfahrens auf die religiösen Beteuerungen zu verzichten. Dies ist ein Hinweis darauf, dass er könnte, wenn er nur wollte.

Der Arbeitnehmer kann sich nicht auf seine Glaubensfreiheit berufen, wenn der Arbeitnehmer bei Vertragsschluss bereits positiv wusste, dass er die vertraglich

eingegangenen Verpflichtungen um seiner Glaubensüberzeugungen willen sämtlich und von Beginn an nicht würde erfüllen können. Zum einen kann dies zu Zweifeln an der Ernsthaftigkeit seiner Überzeugungen führen. Zum anderen ist es einem Arbeitnehmer, der sich im Wissen um einen unvermeidlich auftretenden Glaubenskonflikt zur Erbringung der diesen auslösenden Arbeiten verpflichtet hat, nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) regelmäßig verwehrt sein, sich gegenüber einer entsprechenden Arbeitsanweisung auf seinen Glauben zu berufen. Die Aufforderung zur Leistung vertragsgemäßer Arbeiten entspricht dann trotz des offenbaren Glaubenskonflikts billigem Ermessen. Mit der Weigerung, ihr nachzukommen, verletzt der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten.

## 5. Zeugniserteilung

### 5.1 Form und Inhalt

Der Arbeitnehmer hat bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf ein schriftliches Arbeitszeugnis (§ 109 GewO). Mittlerweile üblich ist ein Zeugnis, das nicht nur die Art und Dauer der Tätigkeit beschreibt (sog. einfaches Zeugnis), sondern sich auch auf die Leistung und Führung des Arbeitnehmers erstreckt (sog. **qualifiziertes Zeugnis**).

Die **Leistung** des Arbeitnehmers bestimmt sich anhand folgender Hauptmerkmale: Arbeitsbefähigung (Können), Arbeitsbereitschaft (Wollen), Arbeitsvermögen (Ausdauer und Arbeitstempo), Arbeitsweise (Einsatz), Arbeitsergebnis (Erfolg) und Arbeitserwartung (Potential).

Um sich um einen anderen Arbeitsplatz zu bewerben oder aufgrund eines sonstigen berechtigten Interesses kann der Arbeitnehmer während des noch laufenden Arbeitsverhältnisses ein Zeugnis verlangen (sog. **Zwischenzeugnis**).

Als berechtigtes Interesse für ein Zwischenzeugnis ist z.B. der Wechsel des fachlichen Vorgesetzten anerkannt.

Das Zeugnis muss **formal einwandfrei** sein und darf nicht den Eindruck erwecken, der Zeugnisaussteller distanzieren sich vom buchstäblichen Wortlaut seiner Erklärung. Das Zeugnis muss auf Firmenpapier geschrieben werden, wenn die Geschäftskorrespondenz üblicherweise auf Firmenpapier geschrieben wird. Das Zeugnis muss ferner ein Datum (in zeitlicher Nähe nach dem Beendigungstermin) enthalten und eigenhändig vom Arbeitgeber oder einem dazu berechtigten Vorgesetzten unterschrieben sein.

Wird das Arbeitszeugnis erst aufgrund eines Rechtsstreits erteilt oder verändert, ist es zurück zu datieren. Das Falten des Zeugnisses, um es in einen Geschäftsumschlag üblicher Größe unterzubringen, ist unschädlich, wenn das Originalzeugnis kopierfähig ist und die Knicke sich nicht auf der Kopie abzeichnen.

Das Zeugnis muss **inhaltlich wahr** (sog. Grundsatz der Zeugniswahrheit), jedoch zugleich von verständigem Wohlwollen gegenüber dem Arbeitnehmer getragen sein und **berufsförderlich** formuliert sein. Dieses Spannungsverhältnis führt in der Praxis zu vielen nichtssagenden Wendungen, aussagekräftigen Auslassungen (sog. beredtes Schweigen) und einer besonderen Zeugnissprache.

**Beispiel:** „Er bemühte sich“ steht für ein mangelhaftes Arbeitsergebnis; „Er erledigte seine Aufgaben zu unserer Zufriedenheit“ bedeutet lediglich ausreichende Leistungen.

**Geheimcodes** sind unzulässig (§ 109 Abs. 2 S. 2 GewO). Dies sind Formulierungen, die den Zweck haben, den Arbeitnehmer in einer aus dem Wortlaut des Zeugnisses nicht ersichtlichen Weise zu kennzeichnen und denen entnommen werden muss, der Arbeitgeber distanzieren sich wieder vom

Wortlaut seiner Erklärung, da er den Arbeitnehmer in Wahrheit ungünstiger beurteilt. Deshalb ist z.B. die Formulierung „für weitere Auskünfte steht ihnen der Verfasser gerne telefonisch zur Verfügung“ unzulässig, da daraus abzuleiten ist, dass der Zeugnisersteller die Leistung des Arbeitnehmers ganz anders beurteilt, als in dem Zeugnis aufgeführt.

Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf eine **Schlussformulierung**, in welcher der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Zusammenarbeit dankt und ihm für die Zukunft alles Gute wünscht.

## 5.2 Zeugnisberichtigung

Entspricht das erteilte Zeugnis nach Form oder Inhalt nicht den o.g. Anforderungen, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Zeugnisberichtigung, d.h. der Arbeitgeber muss ein „neues“ Zeugnis ausstellen.

Vor Gericht gilt hinsichtlich der **Beweislast** Folgendes: Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich Anspruch auf eine durchschnittliche Bewertung (= befriedigend). Hält der Arbeitgeber dagegen nur eine unterdurchschnittliche Bewertung für angemessen, ist er dafür beweispflichtig. Verlangt umgekehrt der Arbeitnehmer eine überdurchschnittliche Beurteilung, muss er diesen Umstand darlegen und beweisen.

Der Arbeitgeber ist bei der Erstellung des neuen Zeugnisses an seinen ursprünglichen Zeugnistext gebunden. Der Arbeitgeber darf das Berichtigungsverlangen des Arbeitnehmers nicht zum Anlass nehmen, den Inhalt des Zeugnis in Bezug auf einen nicht beanstandeten Teil zum Nachteil des Arbeitnehmers zu ändern. Eine Ausnahme gilt, falls dem Arbeitgeber nachträglich Umstände bekannt geworden sind, welche die Leistung des Arbeitnehmers in einem anderen Licht erscheinen lassen.

**Beispiel:** Arbeitnehmerin A rügt an dem erteilten Zeugnis lediglich einen Schreibfehler und den falschen Geburtsort. Arbeitgeber X korrigiert nicht nur dies, sondern setzt zugleich auch die Gesamtbewertung von A um eine volle Notenstufe herab.

Der Anspruch auf Zeugnisberichtigung kann **verwirken**. Da ein Arbeitszeugnis, um seine Funktion zu erfüllen, bald nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangt und erteilt werden muss, kann eine Verwirkung bereits nach zehn Monaten eintreten. Sofern tarifliche Ausschlussfristen gelten, erfassen diese ebenfalls den Anspruch auf Zeugnisberichtigung. Nach Fristablauf wäre dann jedes Verlangen vor Gericht unbegründet.

\*\*\*

# § 6

## Haftung im Arbeitsverhältnis

**Zur Vertiefung:** *Waltermann*, Besonderheiten der Haftung im Arbeitsverhältnis, JuS 2009, S. 193 ff.; *Schwab*, Die Schadenshaftung im Arbeitsverhältnis - Eine Übersicht 1. Teil: Die Haftung des Arbeitnehmers, NZA-RR 2006, S. 449 ff.; *ders.*, Die Schadenshaftung im Arbeitsverhältnis - Eine Übersicht 2. Teil: Die Haftung des Arbeitgebers, NZA-RR 2006, S. 505 ff.

### 1. Haftung des Arbeitnehmers

#### 1.1 Arbeitnehmerhaftungsprivileg

Beschädigt der Arbeitnehmer während der Arbeit aus Unachtsamkeit (=fahrlässig) oder sogar vorsätzlich Betriebsmittel des Arbeitgebers (z.B. Maschinen, Werkzeuge) gelten im Grundsatz die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften, wonach der Arbeitnehmer bei einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung auf Schadensersatz haftet (§ 280 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 1 BGB). Die strenge zivilrechtliche Haftung (bereits für leichte Fahrlässigkeit, § 276 BGB) wird aus **Billigkeitsgesichtspunkten und aufgrund verfassungsrechtlicher Wertungen** (Art. 2, 12 GG) zu Gunsten des Arbeitnehmers jedoch abgemildert. Der Arbeitnehmer kann den vorgegebenen Arbeitsbedingungen im Betrieb in der Regel weder tatsächlich noch rechtlich ausweichen. Aufgrund des Weisungsrechts bestimmt der Arbeitgeber die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung. Damit prägt die vom Arbeitgeber gesetzte Organisation des Betriebes das **Haftungsrisiko** für den Arbeitnehmer, so dass diese Organisationsgewalt zu Lasten des Arbeitgebers berücksichtigt wird (sog. Arbeitnehmerhaftungsprivileg). Dies gilt aber nur, sofern der Arbeitnehmer eine **betrieblich veranlasste Tätigkeit** ausübt. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen seines Arbeitsvertrags tätig wird oder eine Tätigkeit im Interesse des Arbeitgebers für den Betrieb ausführt.

**Beispiel:** Arbeitnehmer A ist Baggerfahrer. Beim Transport des Baggers zur Baustelle rutscht der Bagger vom Transportfahrzeug und wird beschädigt, da A den Bagger nicht richtig festgurtet hat. Das Arbeitnehmerprivileg greift ein, da eine betriebliche veranlasste Tätigkeit vorliegt. Anders, wenn Arbeitnehmer A und sein Arbeitskollege in der Pause mit einem Hammer aus Spaß „Weitwurfübungen“ machen und dabei versehentlich das in der Baugrube stehende Lasermessgerät treffen und zerstören.

Für die Haftungsprivilegierung gilt **abhängig vom Verschuldensgrad** folgender Maßstab (sog. Haftungstrias): Bei leichtester Fahrlässigkeit („kann jedem mal mit der Zeit trotz grundsätzlich sorgfältiger Arbeit passieren“) haftet der Arbeitnehmer gar nicht. Bei normaler (oder auch einfacher) Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer anteilig, d.h. es findet eine Schadensteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber statt. Bei grober Fahrlässigkeit („lässt das außer Acht, was jedem hätte einleuchten müssen“) und Vorsatz haftet der Arbeitnehmer in voller Höhe.

Bei der **normalen Fahrlässigkeit** (Regelfall) muss eine **Gesamtabwägung** anhand der folgenden Faktoren vorgenommen werden, um die Haftungsquote des Arbeitnehmers zu bestimmen: Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers innerhalb der normalen Fahrlässigkeit; Gefahrgeneigtheit der Tätigkeit (z.B. Arbeit an gefährlicher Maschine); Schadenshöhe; Versicherbarkeit des Risikos durch den Arbeitgeber (z.B. Betriebshaftpflichtversicherung); berufliche Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb (z.B. Berücksichtigung als Berufsanfänger); Höhe des Arbeitsentgelts und ggf. Risikoprämie; sowie die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers wie Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Familienverhältnisse, wirtschaftliche Lage und bisheriges Verhalten im Betrieb.

Im Falle der **groben Fahrlässigkeit** kommt ausnahmsweise eine nur anteilige Haftung des Arbeitnehmers in Betracht, wenn ein grobes Missverhältnis zwischen Arbeitsentgelt und Haftungsrisiko besteht.

**Beispiel:** Arbeitnehmer A gehört zur Wartungsabteilung des Flughafens München. Er verdient mit Zulagen 1.750 EUR pro Monat. Nach einer durchzechten Nacht erscheint A zur Frühschicht und soll die Landebahn enteisen. Aufgrund des ordentlichen Restalkohols (1,41‰) schläft A am Steuer des Enteisierungsfahrzeugs alkoholbedingt ein und fährt gegen eine Mauer. An dem Fahrzeug entsteht ein Schaden in Höhe von 75.000 EUR. A wurde nur zu einem Schadensersatz in Höhe von 10.000 EUR (Quote 2/15) verurteilt, da er angesichts seiner Einkommensmöglichkeiten nicht auf Dauer in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet werden darf.

Der Arbeitgeber muss existierende **Versicherungen** (z.B. Betriebshaftpflicht-, Feuer-, Kfz-Kaskoversicherung) im Schadensfälle vorrangig vor dem Arbeitnehmer in Anspruch zu nehmen. Hätte der Arbeitgeber eine Versicherung abschließen können, hat er dies aber unterlassen, wird zu Gunsten des Arbeitnehmers unterstellt, der Arbeitgeber habe eine zumutbare und übliche Versicherung abgeschlossen (z.B. wird bei einem Dienstwagen der Abschluss einer Vollkaskoversicherung mit üblichem Selbstbehalt in der Regel als zumutbar angesehen, so dass sich die Haftung des Arbeitnehmers auf die übliche Selbstbeteiligung beschränkt). Demgegenüber kann sich die Versicherung nicht darauf berufen, ihre Ersatzpflicht sei nicht so hoch, da der Arbeitnehmer ebenfalls hafte. Auch vom Arbeitnehmer abgeschlossene Versicherungen wirken sich auf die Haftung nicht aus.

Das Arbeitnehmerhaftungsprivileg ist zwingendes Gesetzesrecht. Daher kann von diesen Grundsätzen weder einzel- noch kollektivvertraglich zu Lasten des Arbeitnehmers abgewichen werden.

**Beispiel:** Wird im **Arbeitsvertrag** vereinbart, dass der Arbeitnehmer für alle von ihm fahrlässig verschuldeten Unfallschäden am Dienstfahrzeug bis zur Höhe einer mit der Versicherung vereinbarten Selbstbeteiligung (1.000 EUR) haftet, ist dies wegen Verstoßes gegen die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftungsprivilegierung unwirksam, da diese Regelung dem Arbeitnehmer auch bei leichtester Fahrlässigkeit diese Haftung auferlegt. Die Möglichkeit des Arbeitnehmers, den Dienstwagen auch für Privatfahrten zu nutzen, ist eine zusätzliche Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung, rechtfertigt jedoch keine Verschärfung der Haftung des Arbeitnehmers für Unfallschäden am betrieblich genutzten Dienstwagen.

Trägt der Arbeitgeber ein **Mitverschulden** am Eintritt des Schadens, beschränkt sich die Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers zusätzlich (§ 254 BGB).

## 1.2 Darlegungs- und Beweislast

Für die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf Schäden gilt für Arbeitnehmer ebenfalls eine Sonderregelung. Nach allgemeinem Zivilrecht wird das Verschulden bei der Schadensverursachung vermutet (§ 280 Abs. 1 BGB). D.h. der Schädiger muss beweisen, dass er nicht schuldhaft gehandelt hat. Demgegenüber muss im Arbeitsverhältnis der **Arbeitgeber beweisen**, dass der Arbeitnehmer schuldhaft gehandelt hat (§ 619a BGB).

## 1.3 Außenhaftung

Beschädigt ein Arbeitnehmer bei der Arbeit das Eigentum eines Dritten (z.B. Arbeitskollege oder Kunde) oder fügt diesem einen sonstigen Vermögensschaden zu, haftet der Arbeitnehmer nach den allgemeinen Regeln. Das Arbeitnehmerhaftungsprivileg findet im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Dritten **keine Anwendung**.

**Beispiel:** Arbeitnehmer A ist Malergeselle bei Malermeister X. A hat den Auftrag, die Wohnung des Kunden K neu zu streichen. Hierbei bekleckert A den im Wohnzimmer stehenden Steinway-Flügel mit Farbe, da er vergessen hatte diesen mit Folie abzudecken. Die Reinigung des Flügels kostet 500 EUR. Hier haftet A dem K auf vollen Schadensersatz (§ 823 Abs. 1 BGB). Daneben haftet natürlich auch X

wegen Verletzung des Werkvertrags (§§ 280 Abs. 1, 278 BGB).

Allerdings kann der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber verlangen, von der Haftung des Dritten **freigestellt** zu werden, soweit der Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber im Innenverhältnis aufgrund des Arbeitnehmerhaftungsprivilegs nicht haften würde (sog. Freistellungsanspruch). Damit wird der Arbeitnehmer im Ergebnis auch bezüglich der Außenhaftung bei der Schädigung oder Verletzung eines Dritten privilegiert. Ist der Arbeitgeber allerdings **insolvent**, hilft dem Arbeitnehmer der Freistellungsanspruch auch nicht weiter.

## 2. Haftung des Arbeitgebers

Wird das Eigentum des Arbeitnehmers während der Arbeit beschädigt, haftet der Arbeitgeber, wenn er den Schaden **verschuldet** hat. Hier gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln. Der Arbeitgeber ist z.B. verpflichtet, die berechtigterweise auf das Betriebsgelände mitgebrachten Sachen des Arbeitnehmers durch zumutbare Maßnahmen vor Beschädigungen zu schützen (Verkehrssicherungspflicht). Wie weit diese Pflicht geht, ist im Einzelfall nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der betrieblichen und örtlichen Verhältnisse zu bestimmen. Der Arbeitgeber haftet bei schuldhafter Pflichtverletzung auf **Schadensersatz**.

**Beispiel:** Arbeitgeber X bietet allen Arbeitnehmern an, kostenlos auf dem Betriebsgelände zu parken. Ein Teil der Parkplätze ist durch einen Überstand mit einem Blechdach besonders geschützt, so dass diese Parkplätze besonders beliebt sind. X hat den Überstand über die Jahrzehnte jedoch verkommen lassen. Als es zwischen Weihnachten und Neujahr etwas mehr schneit, bricht das Blechdach unter der Schneelast zusammen. Dadurch wird das von Arbeitnehmerin A dort geparkte Auto beschädigt. X muss die Reparatur des Autos ersetzen, da er seine Verkehrssicherungspflicht schuldhaft verletzt hat (§ 823 Abs. 1 BGB). Anders ist der Fall, wenn es tennishandgroße Eiskörner hagelt und die nicht unter dem Dach stehenden Autos dadurch „zerdehlt“ werden. Hier hat sich das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht. Der Arbeitnehmer ist nicht automatisch für jeden Schaden, der sich auf dem Betriebsgelände ereignet, verantwortlich.

Der Arbeitgeber muss sich das Verschulden von Erfüllungsgehilfen bei der Vertragserfüllung wie eigenes Verschulden zurechnen lassen (§ 278 BGB). Bei einer unerlaubten Handlung haftet der Arbeitgeber auch für seine Verrichtungsgehilfen, es sei denn dem Arbeitnehmer gelingt der Beweis, dass ihn weder bei der Auswahl noch bei der Überwachung des Verrichtungsgehilfen ein Sorgfaltsverstoß trifft (§ 831 BGB).

**Erfüllungsgehilfe** ist, wer mit Wissen und Willen des Schuldners in dessen Geschäftskreis tätig wird; demgegenüber ist **Verrichtungsgehilfe**, wer weisungsgebunden für einen anderen tätig wird. Damit unterscheidet sich ein Verrichtungsgehilfe von einem Erfüllungsgehilfen durch die fehlende Selbstständigkeit und Eigenverantwortlichkeit.

Selbstständige **Werkunternehmer** können ohne Weiteres Erfüllungsgehilfen sein. Dagegen setzt die Qualifikation als Verrichtungsgehilfe Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit voraus. Werkunternehmer, die auf dem Betriebsgelände Arbeiten ausführen und nur auf Grund besonderer Umstände mit dem Eigentum des Arbeitnehmers in Berührung kommen, sind regelmäßig jedoch keine Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen des Arbeitgebers.

Auch **ohne Verschulden** ist der Arbeitgeber zum Ersatz eines Schadens am Eigentum des Arbeitnehmers verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer einen eigenen Vermögensgegenstand im Interesse und mit Billigung des Arbeitgebers (= dienstlicher Zweck) einsetzt und nicht davon auszugehen ist, dass dieser Einsatz bereits durch das Arbeitsentgelt oder eine besondere Vergütung abgegolten ist (§ 670 BGB analog). Nicht ersatzfähig sind daher

Schäden, die dem Lebensbereich des Arbeitnehmers zuzurechnen sind, da sich lediglich das **allgemeine Lebensrisiko** des Arbeitnehmers realisiert hat.

**Beispiel:** Arbeitgeber X bittet seinen Arbeitnehmer A, einen eiligen Brief schnell zur Post zu fahren, damit der Brief noch ausgeliefert wird. Da X keine Firmenfahrzeuge hat, soll A sein eigenes Auto benutzen. Während A vor dem Postamt parkt, um den Brief aufzugeben, fährt Radfahrer R aus Unachtsamkeit den Außenspiegel des Autos ab und entkommt unerkannt. A hat Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten von X, da A sein eigenes Fahrzeug mit Billigung des X für dienstliche Zwecke eingesetzt hat. Eigentlich hätte X ein eigenes Fahrzeug einsetzen und damit das Schadensrisiko tragen müssen, so muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die ohne Verschulden des Arbeitgebers am Fahrzeug entstehenden Schäden in entsprechender Anwendung des § 670 BGB ersetzen

**Beispiel:** Die übliche Abnutzung der Kleidung des Arbeitnehmers durch das Tragen während der Arbeit ist nicht vom Arbeitgeber zu ersetzen. Gleiches gilt für das allgemeine Diebstahlrisiko des Gepäcks während einer Dienstreise. Anders dagegen, wenn sich ein besonderes **tätigkeitsspezifisches Risiko** verwirklicht. Dies ist der Fall, wenn die Brille eines Pflegers in einer psychiatrischen Klinik durch einen Patienten zerstört wird.

Auch wenn der Arbeitgeber für den dienstlichen Einsatz eines privaten Autos die jeweils steuerübliche **Wegstreckenentschädigung** (Kilometergeld, z. Zt. 0,30 EUR/Km) an die Arbeitnehmer erstattet, ist dies nicht ausreichend, da das Kilometergeld – wenn überhaupt – nur die normalen Betriebs- und Unterhaltskosten des Fahrzeugs abgilt, nicht jedoch eventuelle Reparaturkosten bei Beschädigung.

### 3. Personenschäden

Erleidet ein Arbeitnehmer durch Verschulden des Arbeitgebers einen Personenschaden (= Körper- oder Gesundheitsschaden), z.B. Anweisung zur Arbeit an einer Kreissäge, die keine Schutzabdeckung hat, ist die **Haftung** des Arbeitgebers für den Personenschaden (z.B. auch Schmerzensgeld) **ausgeschlossen**, wenn ein **Arbeitsunfall** vorliegt und der Arbeitgeber nicht vorsätzlich gehandelt hat. Das gleiche gilt für den Fall, dass ein Arbeitnehmer einen Arbeitskollegen oder den Arbeitgeber verletzt (§§ 104, 105 SGB VII). Stattdessen hat der Verletzte einen Anspruch gegen die gesetzliche Unfallversicherung auf Heilbehandlung und ggf. eine Rente (§ 26 SGB VII). Hierdurch soll insb. der Betriebsfrieden gewahrt werden und das Arbeitsverhältnis soll nicht mit Rechtsstreitigkeiten belastet werden.

Ein **Arbeitsunfall** setzt voraus, dass der Geschädigte bei einer **versicherten Tätigkeit** den Unfall erleidet (§ 8 Abs. 1 SGB VII). Dies ist der Fall, wenn zwischen dem Unfall und der beruflichen Tätigkeit ein **innerer Zusammenhang** besteht. Demgegenüber sind unversicherte, eigenwirtschaftliche Tätigkeiten alle Verrichtungen, die wesentlich von der Verfolgung privater, persönlicher Belange des Arbeitnehmers geprägt sind. Darunter fallen alle Tätigkeiten, die üblicherweise auch ohne die versicherte Tätigkeit im täglichen Leben anfallen, auch wenn sie die Arbeitsaufnahme erleichtern oder erst ermöglichen.

**Beispiel:** Arbeitnehmer A greift in der Pause zu einer Mineralwasserflasche, um etwas zu trinken. In der Flasche hat sich aus nicht geklärten Gründen ein Druck aufgebaut, so dass der Flaschendeckel beim Aufdrehen der Flasche explosionsartig ins Auge des Arbeitnehmers fliegt. Hier liegt kein Arbeitsunfall vor, da die Pause (Essen und Trinken) eigenwirtschaftlichen Zielen dient, auch wenn die Nahrungs- und Getränkeaufnahme erforderlich ist, um überhaupt arbeiten zu können.

Der gesetzliche Haftungsausschluss ist sehr weitreichend. Er erfasst selbst **grobe Fahrlässigkeit** (allerdings kann dann der Unfallversicherungsträger Regress beim Schädiger nehmen, § 110 SGB VII). Selbst eine vorsätzliche Herbeiführung des



Versicherungsfall liegt nur vor, wenn der Schädiger auch hinsichtlich des eingetretenen Personenschadens Vorsatz hat. Der bewusste Verstoß gegen Unfallverhütungsvorschriften genügt daher nicht.

Kein Arbeitsunfall, sondern ein **Wegeunfall** liegt vor, wenn der Schaden auf dem unmittelbaren **Weg zwischen Wohnung und Arbeitsstätte** (oder umgekehrt) verursacht wird (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII). In diesem Fall gilt der Haftungsausschluss nicht.

**Beispiel:** Arbeitnehmerin A und ihr Kollege B bilden eine Fahrgemeinschaft zur Arbeit. Als A (am Steuer) aufgrund eines Telefonats ohne Freisprecheinrichtung abgelenkt ist, da sie ihrer Freundin den neuesten Klatsch aus dem Betrieb erzählen möchte und deshalb in einer Tempo-30-Zone die Vorfahrt eines anderen Autofahrers missachtet, kommt es zum Zusammenstoß. B wird dabei leicht verletzt. Die Ersatzansprüche von B gegen A (bzw. ihre Kfz-Versicherung) sind nicht aufgrund § 105 SGB VII ausgeschlossen.

\*\*\*

# § 7

## Arbeitszeit

**Zur Vertiefung:** Halder, Arbeitszeitschutz – ein aktueller Überblick, GewA 2009, S. 189 ff.; Zwanziger, Das BAG und das Arbeitszeitgesetz – Aktuelle Tendenzen, DB 2007, S. 1356 ff.; Lorenz, Fünf Jahre § 8 TzBfG – BAG-Rechtsprechungs-Update, NZA-RR 2006, S. 281 ff.; Joussem, Elternzeit und Verringerung der Arbeitszeit, NZA 2005, S. 336 ff.

### 1. Arbeitszeitschutz

#### 1.1 Arbeitszeitgrenzen

Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) soll die **Sicherheit** und den **Gesundheitsschutz** der Arbeitnehmer bei der Arbeitszeitgestaltung durch den Arbeitgeber gewährleisten. Deshalb stellt das Gesetz mehrere Grenzen bezüglich der zulässigen Arbeitszeit auf. Hierdurch soll es den Arbeitnehmer vor Gefahren schützen, die durch Überschreiten der zeitlichen Leistungsgrenzen für dessen Gesundheit drohen. Die Schranken der höchstzulässigen Beschäftigung beruhen auf **arbeitsmedizinischem Erfahrungswissen** über die einem Arbeitnehmer zumutbare Belastung. Zugleich geht es um ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Zeiten, in denen ein Arbeitnehmer arbeitet, und den Zeiten, in denen er ruht. Durch die vorgeschriebene Mindestruhezeit wird zugleich das Bedürfnis des Arbeitnehmers nach Raum zu eigener Freizeitgestaltung im Interesse seiner Menschenwürde und der Erhaltung seiner Persönlichkeit befriedigt. Das ArbZG gilt für alle Arbeitnehmer, nicht jedoch für **leitende Angestellte** (§ 18 ArbZG).

Die **werktägliche Arbeitszeit** (ohne Pausen) beträgt maximal **8 Stunden**. Eine Verlängerung der werktäglichen Arbeitszeit ist auf höchstens 10 Stunden zulässig, wenn dabei innerhalb eines Ausgleichszeitraums von 6 Kalendermonaten oder 24 Wochen durchschnittlich höchstens 8 Stunden werktätlich gearbeitet wird (§ 3 ArbZG). Werktage sind die Tage von Montag bis Samstag mit Ausnahme der gesetzlichen Feiertage.

Die Arbeitszeit ist durch **Ruhepausen** zu unterbrechen (§ 4 ArbZG). Während der Pause braucht der Arbeitnehmer weder Arbeit zu leisten noch sich dafür bereitzuhalten. Vielmehr hat er freie Verfügung darüber, wo und wie er diese Zeit verbringen will. Um den erforderlichen Erholungseffekt zu gewährleisten, müssen die Pausen im Voraus feststehen und mindestens 15 Minuten dauern. Die Länge der Pausen richtet sich nach der Dauer der werktäglichen Arbeitszeit. Bis zu einer Arbeitszeit von 6 Stunden muss keine Pause gewährt werden. Übersteigt die Arbeitszeit 6 Stunden, muss die Arbeit nach spätestens 6 Stunden durch eine Pause unterbrochen werden. Insgesamt sind dem Arbeitnehmer Pausen von zusammen 30 Minuten bei einer Arbeitszeit von 6 bis zu 9 Stunden und von insgesamt 45 Minuten bei einer Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden zu gewähren. Die Anzahl der Pausen ist nicht vorgegeben. Der Arbeitgeber kann nur eine lange Pause oder mehrere kürzere Pausen gewähren. Pausen dürfen nicht zu Beginn oder am Ende des Arbeitseinsatzes liegen, da die Pausen die Arbeitszeit unterbrechen müssen. Im Übrigen müssen die Pausen sinnvoll innerhalb der täglichen Arbeitszeit verteilt werden.

Arbeitnehmern steht eine **Ruhezeit** nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit vor der nächsten Arbeitsaufnahme zu (§ 5 ArbZG). Diese Zeit ist weder Arbeitszeit noch Ruhepause und soll der ungestörten Erholung des Arbeitnehmers dienen. Die Ruhezeit beträgt mindestens elf Stunden und ist ununterbrochen zu gewähren. Jede mehr als

unerhebliche Unterbrechung der Ruhezeit durch Heranziehung zur Arbeitsleistung macht einen neuen ununterbrochenen Ruhezeitraum von mindestens elf Stunden erforderlich.

**Nachtarbeit** liegt vor, wenn mindestens 2 Stunden der Arbeitszeit des Arbeitnehmers im 7-stündigen Nachtzeitraum zwischen 23 Uhr und 6 Uhr liegen. Für Nachtarbeitnehmer gilt ebenfalls der Grundsatz des 8-Stunden-Tages mit Verlängerungsmöglichkeit auf zehn Stunden, jedoch aus Gründen des Gesundheitsschutzes mit einem gegenüber § 3 ArbZG deutlich kürzeren Ausgleichszeitraums von 1 Kalendermonat oder von 4 Wochen. Sofern keine tarifvertraglichen Regelungen für das Arbeitsverhältnis gelten (dh Tarifverträge gelten weder kraft Gesetzes – auch nicht nachwirkend – noch aufgrund einzelvertraglicher Bezugnahme), ist der Arbeitgeber kraft Gesetzes verpflichtet, Nachtarbeitnehmern für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden als Ausgleich eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihnen für die Arbeit zustehende Arbeitsentgelt zu gewähren (§ 6 ArbZG).

## 1.2 Sonn- und Feiertagsbeschäftigung

An Sonn- und Feiertagen ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Gebot der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung der Arbeitnehmer für alle Beschäftigungsbereiche **untersagt** (§ 9 ArbZG). Das Beschäftigungsverbot bezieht sich auf den **vollen Kalendertag** von 0 Uhr bis 24 Uhr. Im Falle von nicht bundeseinheitlichen Feiertagen ist der regelmäßige Arbeitsort des Arbeitnehmers entscheidend. Das Beschäftigungsverbot an Sonn- und Feiertagen ist nicht umfassend. Es gelten zahlreiche **Ausnahmen**, die insbesondere im **Katalog des § 10 ArbZG** und in den Ladenschlussgesetzen der Länder für die Arbeit in Verkaufsstellen geregelt sind.

**Beispiel:** Im Bewachungsgewerbe darf an Sonn- und Feiertagen gearbeitet werden, etwa für die Bewachung fremder Objekte durch private Sicherheitsdienste; Pförtner, Nachtwächter, Werksfeuerwehr (§ 10 Nr. 13 ArbZG).

Weitere Ausnahmen sind möglich in Not- und außergewöhnlichen Fällen und aufgrund einer Ausnahmegewilligung der Aufsichtsbehörde (§§ 14, 15 ArbZG).

Im Falle zulässiger Sonn- und Feiertagsbeschäftigung gelten ebenfalls die allgemeinen Schutzvorschriften des ArbZG (z.B. Höchstarbeitszeit, Pausen, Ruhezeit). Darüber hinaus müssen mindestens **15 Sonntage** im Jahr für jeden Arbeitnehmer arbeitsfrei bleiben. Ferner erhält der Arbeitnehmer für die Sonn- oder Feiertagsbeschäftigung einen **Ersatzruhetag** (§ 11 ArbZG). In Beiden Fällen darf der Arbeitnehmer zu keinerlei Arbeitstätigkeit herangezogen werden. Der Ersatzruhetag muss bei Sonntagsbeschäftigung innerhalb von 2 Wochen, bei einer Feiertagsbeschäftigung innerhalb von 8 Wochen gewährt werden. Der Ersatzruhetag muss an einem Werktag gewährt werden, allerdings muss es nicht notwendigerweise ein Werktag sein, auf den ansonsten ein Arbeitseinsatz fällt. Eine Freistellung an einem Beschäftigungstag kann nicht verlangt werden, da sich der Normzweck darin erschöpft, dass der Arbeitnehmer mindestens einen Ruhetag pro 7-Tage-Zeitraum haben soll.

## 1.3 Verantwortlichkeit des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber trägt die Verantwortung dafür, dass das ArbZG von seinen Arbeitnehmern eingehalten wird. Der Arbeitgeber darf Arbeit, die gegen das ArbZG verstößt, nicht entgegennehmen. Ferner muss der Arbeitgeber die Vorgaben des ArbZG bei der

Vereinbarung von arbeitsvertraglichen Regelungen und der Ausübung des Direktionsrechts berücksichtigen. Deren Einhaltung wird damit zugleich vom Arbeitgeber arbeitsvertraglich geschuldet. Etwaige Verstöße sind für den Arbeitgeber bußgeld- und strafbewehrt (§§ 22, 23 ArbZG).

## 2. Anspruch auf Teilzeit gem. TzBfG

### 2.1 Unbefristete Teilzeit gem. § 8 TzBfG

Alle Arbeitnehmer (auch leitende Angestellte) haben grundsätzlich kraft Gesetzes einen Anspruch auf Verringerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit, es sei denn **betriebliche Gründe** stehen dem Teilzeitverlangen entgegen (§ 8 Abs. 1 TzBfG). Diese liegen insbesondere dann vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursachen würde.

Ob betriebliche Gründe des Arbeitgebers die Organisation wesentlich beeinträchtigen ist anhand einer **3-Stufen-Prüfung** zu entscheiden: Zunächst muss der Arbeitgeber ein betriebliches Organisationskonzept haben (1. Stufe). Mit dem **Organisationskonzept** ist gemeint, dass der Arbeitgeber mit einem Konzept seine unternehmerische Aufgabenstellung im Betrieb verwirklichen muss, das eine besondere Arbeitszeitregelung bedingt. Das Organisationskonzept muss dem Teilzeitverlangen des Arbeitnehmers **entgegenstehen** (2. Stufe). Es ist also zu prüfen, ob für den Arbeitnehmer mit seinem Teilzeitwunsch unter Wahrung des Organisationskonzepts eine Beschäftigungsmöglichkeit besteht oder ob sich diese durch zumutbare Maßnahmen herstellen lässt. Schließlich ist zu entscheiden, ob die vom Arbeitnehmer gewünschte Abweichung die betrieblichen Belange oder das betriebliche Organisationskonzept und die ihm zu Grunde liegende unternehmerische Aufgabenstellung wesentlich beeinträchtigt.

**Beispiel:** Arbeitnehmer A ist Verkäufer in einem Teppichhaus. Die Öffnungszeiten sind Mo-Sa von 8-20 Uhr. Gegen seinen Teilzeitwunsch wendet Arbeitgeber X ein, dass er sicherstellen will, dass seine Kunden jeweils nur einen Mitarbeiter als Ansprechpartner haben und wann immer diese auch in das Geschäft kommen, von „ihrem“ Verkäufer bedient werden. Die Ablehnung erfolgte zu Unrecht. Zwar verfolgt der Arbeitgeber ein servicefreundliches Organisationskonzept (pro Kunde ein Ansprechpartner). Aufgrund der langen Öffnungszeiten des Teppichgeschäfts ist das Ziel aber selbst mit Vollzeitkräften nicht zu erreichen. Außerdem wäre es möglich, den Kunden die Anwesenheitszeiten des Teilzeitverkäufers mitzuteilen.

**Beispiel:** Arbeitnehmer B möchte statt 38 Std./Woche nur noch 28 Std./Woche arbeiten. Arbeitgeber Y benötigt für die fehlenden 10 Std./Woche eine Ersatzkraft. Findet er trotz zumutbarer Anstrengungen keinen **Ersatz**, darf er den Teilzeitwunsch ablehnen. Arbeitnehmer A kann auch nicht geltend machen, die anderen Arbeitnehmer mögen doch bitte Überstunden machen.

**Beispiel:** Arbeitnehmerin C arbeitet in der Wertpapierabteilung einer Bank und wünscht sich eine Arbeitszeit von 9 Std./Woche. Für das Studium von aktuellen Informationen benötigt C bereits 7 Std. in der Woche, so dass nur noch eine produktive Arbeitszeit von 2 Stunden verbleibt. Hier kann die Bank den Antrag unter Verweis auf **unverhältnismäßige Kosten** ablehnen.

Der Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit besteht allerdings nur, wenn der Arbeitgeber (ausschließlich der Personen in der Berufsausbildung) in der Regel mehr als **15 Arbeitnehmer** beschäftigt (Pro-Kopf-Prinzip). Ferner kann der Teilzeitanspruch erst nach einer Mindestbeschäftigungsdauer von **6 Monaten** geltend gemacht werden.

Um den Arbeitgeber organisatorisch nicht zu überfordern, kann der Arbeitnehmer den

Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit nicht (mehr) stellen, wenn der Arbeitgeber innerhalb der **letzten 2 Jahre** einem Antrag auf Verringerung bereits zugestimmt hat oder einen Antrag berechtigterweise abgelehnt hat.

**Beispiel:** Arbeitnehmer A stellt einen Antrag auf Teilzeit (30 Std./Woche), um mehr Zeit für sein Hobby (Modelleisenbahn) zu haben. Der Arbeitgeber stimmt dem zu. Nach zwei Monaten stellt er fest, dass er noch mehr Zeit dafür benötigt und stellt einen neuen Antrag (25 Std./Woche). In diesem Fall kann er keinen Anspruch auf Reduzierung seiner Arbeitszeit gem. § 8 TzBfG.

Der Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit gem. § 8 TzBfG führt zu einer **unbefristeten Reduzierung** der Arbeitszeit.

## 2.2 Brückenteilzeit gem. § 9a TzBfG

Neben § 8 TzBfG besteht die Möglichkeit gem. § 9a TzBfG auch nur befristet (für mindestens 1 Jahr und maximal 5 Jahre) die Arbeitszeit zu verringern (sog. Brückenteilzeit). Auch hierfür muss das Arbeitsverhältnis **länger als 6 Monate** bestanden haben. Ferner ist Voraussetzung, dass der Arbeitgeber in der Regel **mehr als 45 Arbeitnehmer** beschäftigt (Zählweise wie bei § 8 TzBfG).

Der Arbeitgeber kann den Antrag auf Brückenteilzeit ablehnen, soweit **betriebliche Gründe** entgegenstehen (s.o. zu § 8 TzBfG). Zudem besteht als Zumutbarkeitsregelung (**Quotenregelung**) ein zusätzliches Ablehnungsrecht für Arbeitgeber, die nicht mehr als 200 Arbeitnehmer beschäftigen, wenn sich bereits ein bestimmter Anteil der Arbeitnehmer in Brückenteilzeit befindet (§ 9a Abs. 2 S. 2 TzBfG). Danach steht pro 15 Arbeitnehmer lediglich 1 Arbeitnehmer eine Brückenteilzeit zu.

Während der Dauer der Brückenteilzeit kann der Arbeitnehmer keinen erneuten Antrag stellen und auch keine Verlängerung seiner Arbeitszeit nach dem TzBfG verlangen (§ 9a Abs. 4 TzBfG).

Nach Ende der Brückenteilzeit kann ein Arbeitnehmer eine erneute Brückenteilzeit frühestens nach 1 Jahr verlangen. Ferner kann der Arbeitnehmer einen Antrag auf Brückenteilzeit nicht (mehr) stellen, wenn der Arbeitgeber innerhalb der letzten 2 Jahre einem Antrag auf Brückenteilzeit berechtigterweise wegen betrieblicher Gründe abgelehnt hat. Erfolgte die Ablehnung wegen der Quotenregelung, kann der Arbeitnehmer frühestens 1 Jahr nach der Ablehnung erneut einen Antrag stellen (§ 9a Abs. 5 TzBfG).

## 2.3 Verfahren

Der Arbeitnehmer muss den Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit (wie auch auf Brückenteilzeit) **mindestens 3 Monate** vor dem gewünschten Beginn beim Arbeitgeber in Textform stellen (§§ 8 Abs. 2, 9a Abs. 3 TzBfG). Durch diese Mindestfrist soll dem Arbeitgeber die notwendige Zeit eingeräumt werden, die Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen und arbeitsorganisatorische oder personelle Auffangmaßnahmen vorzubereiten. Im Antrag muss der Arbeitgeber die gewünschte neue Arbeitszeit angeben. Ferner soll er auch die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Arbeitstage in der Woche angeben. Erforderlich ist das aber nicht. Ebenso wenig benötigt der Arbeitnehmer einen Grund für die Änderung seiner Arbeitszeit.

**Beispiel** (Formulierung): „Hiermit beantrage ich, [für 2 Jahre] meine wöchentliche Arbeitszeit auf 24 Stunden zu reduzieren. Ich wünsche mir eine Arbeitszeit von 8-17 Uhr an den Tagen Montag bis Mittwoch.“ Es wäre aber ausreichend, wenn der Arbeitnehmer lediglich beantragt, dass seine Arbeitszeit

auf 24 Stunden pro Woche verkürzt wird.

Macht der Arbeitnehmer nur Angaben zur Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit, äußert sich in seinem Antrag jedoch nicht zur Verteilung der Arbeitszeit, überlässt er es dem Arbeitgeber, die verbleibende Arbeitszeit im Rahmen seines Direktionsrechts zu verteilen (§ 106 GewO).

Der Arbeitgeber hat nun die Pflicht, mit dem Arbeitnehmer die gewünschte Verringerung und die Verteilung der Wochenarbeitszeit mit dem Ziel zu erörtern, zu einer Vereinbarung zu gelangen (§§ 8 Abs. 3, 9a Abs. 3 TzBfG). Kommt es zu keiner Einigung, muss der Arbeitgeber spätestens 1 Monat vor dem gewünschten Beginn der geänderten Arbeitszeit, den Antrag des Arbeitnehmers **schriftlich** ablehnen. Eine Begründung ist nicht erforderlich. Lehnt der Arbeitgeber den Antrag nicht fristgerecht ab, gilt die vom Arbeitnehmer gewünschte Arbeitszeit (§§ 8 Abs. 5, 9a Abs. 3 TzBfG) vereinbart.

### 3. Weitere Teilzeitanprüche

#### 3.1 Elternzeit-Teilzeit

Während der **Elternzeit** besteht ein besonderer Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung.

Arbeitnehmer haben das Recht, für die Zeit **bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres** ihres Kindes Elternzeit zu nehmen. Darauf besteht ein Anspruch, wenn sie ihr Kind selbst erziehen und betreuen und mit dem Kind in einem gemeinsamen Haushalt in Deutschland leben (§ 15 Abs. 1 und 2 BEEG). Während der Elternzeit ruht das Arbeitsverhältnis, d.h. der Arbeitnehmer ist nicht zur Arbeitsleistung und der Arbeitgeber ist nicht zur Entgeltzahlung verpflichtet. Nach Ablauf der Elternzeit „lebt“ der bestehende Arbeitsvertrag mit allen Rechten und Pflichten wieder auf.

Während der Elternzeit kann der Arbeitnehmer in Teilzeit (zwischen 15 und 30 Std./Woche für mindestens 2 Monate) tätig werden. Ein Anspruch auf Elternzeit-Teilzeit besteht, wenn der Arbeitgeber in der Regel **mehr als 15 Arbeitnehmer** beschäftigt und das Arbeitsverhältnis länger als 6 Monate besteht. Der Antrag muss mindestens 7 Wochen vorher beim Arbeitgeber beantragt werden. Der Arbeitgeber kann den Antrag nur aus **dringenden betrieblichen Gründen** schriftlich innerhalb von 4 Wochen ablehnen (§ 15 Abs. 7 BEEG). Anders als bei §§ 8, 9a TzBfG führt die fehlende Ablehnung innerhalb der Frist jedoch **nicht zu einer Fiktion**. Vielmehr muss der Arbeitnehmer seinen Anspruch gerichtlich durchsetzen (notfalls in Eilfällen per einstweiliger Verfügung). Erst mit der gerichtlichen Entscheidung gilt die Arbeitszeit verringert.

#### 3.2 Pflegezeit und Familienpflegezeit

Arbeitnehmer haben ferner das Recht, für einen Zeitraum von **bis zu 6 Monaten Pflegezeit** zu nehmen, um einen **Angehörigen zu pflegen**. Ein Anspruch auf Pflegezeit besteht, wenn ein naher Angehöriger (Ehegatte, Lebenspartner, Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft, Großeltern, Eltern, Geschwister, Kinder, Adoptiv- und Pflegekinder, Enkelkinder sowie die Schwiegereltern und Schwiegerkinder), bei dem mindestens Pflegestufe I vorliegt, in häuslicher Umgebung gepflegt werden soll. Weitere Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber in der Regel **mehr als 15 Arbeitnehmer** beschäftigt (§ 3 Abs. 1 PflegeZG). Die Pflegezeit muss spätestens 10 Tage, bevor sie in Anspruch genommen wird, schriftlich gegenüber dem Arbeitgeber angekündigt werden (§ 3 Abs 3 PflegeZG). Während der Pflegezeit ruht das Arbeitsverhältnis (s.o. bei der Elternzeit).

Der Arbeitnehmer hat zusätzlich das Recht, **während einer Pflegezeit** mit einer **verringerten Arbeitszeit weiterzuarbeiten**, d.h. lediglich die Arbeitszeit zu reduzieren.

Der Arbeitgeber kann dies aus **dringenden betrieblichen Gründen ablehnen** (§ 3 Abs. 4 PflegeZG).

Ferner haben Arbeitnehmer das Recht, einen nahen Angehörigen im Rahmen einer sog. **Familienpflegezeit** für eine Zeit von bis zu 24 Monaten in häuslicher Umgebung zu pflegen und gleichzeitig mit einer verringerten Arbeitszeit von mindestens 15 Stunden pro Woche weiterzuarbeiten. Ein Anspruch besteht jedoch nur, wenn der Arbeitgeber in der Regel **mehr als 25 Arbeitnehmer** beschäftigt (§ 2 Abs. 1 FPflegeZG). Die Familienpflegezeit muss spätestens 8 Wochen vor dem gewünschten Beginn beantragt werden (§ 2a Abs. 1 FPflegeZG). Der Arbeitgeber kann auch hier aus dringenden betrieblichen Gründen den Antrag ablehnen (§ 2a Abs. 2 S. 2 FPflegeZG).

\*\*\*

## § 8

### Beendigung des Arbeitsverhältnisses

**Zur Vertiefung:** *Sievers*, Befristungsrecht, RdA 2004, S. 291 ff.; *Schiefer*, Befristete Arbeitsverträge: Hindernisse und Fallstricke – die aktuelle Rechtsprechung, DB 2011, S. 1164 ff. u. S. 1220 ff.; *Zerres*, Der Kündigungsschutz nach dem KSchG, Jura 2001, S. 514 ff.; *Tschöpe*, Verhaltensbedingte Kündigung – eine systematische Darstellung im Lichte der BAG-Rechtsprechung, BB 2002, S. 778 ff.; *Tschöpe*, Personenbedingte Kündigung – Eine systematische Darstellung im Lichte der BAG-Rechtsprechung, BB 2001, S. 2110 ff.; *Ehmann/Sutschet*, Die betriebsbedingte Kündigung, Jura 2001, S. 145 ff.; *Willemsen/Annuf*, Kündigungsschutz nach der Reform, NJW 2004, S. 177 ff.; *Berkowsky*, Kündigungsschutz außerhalb des KSchG – Eine Herausforderung für die Praxis, NJW 2009, S. 113 ff.; *Wetzlinig/Habel*, Die Abmahnung – arbeitsrechtlich und personalführungstechnisch aktuelle Aspekte, BB 2011, S. 1077 ff.; *Schul/Wichert*, Schlechtleistung des Arbeitnehmers als Grund für verhaltens-, personen- oder betriebsbedingte Kündigung, DB 2005, S. 1906 ff.; *Buschbaum*, Die Herausnahme von Leistungsträgern aus der Sozialauswahl, BB 2011, S. 309 ff.; *Range-Ditz*, Kündigungsschutz im Kleinbetrieb, ArbRB 2013, S. 187 ff.; *Walker*, Die Kündigung wegen eines Bagatelldelikts, NZA 2011, S. 1 ff.; *Springer*, Wirksame Kündigung: Achtung bei Erklärung, Termin und Zustellung der Kündigung!, BB 2012, S. 1477 ff.; *Boemke*, Beginn und Ende der Wartezeit des allgemeinen Kündigungsschutzes, BB 2014, S. 2999 ff.

Das Arbeitsverhältnis endet durch **Eintritt der Befristung, Kündigung, einvernehmliche Aufhebung, Anfechtung** und den **Tod** des Arbeitnehmers.

#### 1. Befristung

##### 1.1 Befristungsarten

Ein Arbeitsverhältnis ist im Regelfall unbefristet und bedarf daher zur Beendigung der Kündigung (§ 620 Abs. 3 BGB). Ausnahmsweise ist ein von vornherein befristetes Arbeitsverhältnis zulässig. In diesem Fall endet das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung ohne dass es einer Kündigung bedarf. Die Befristung ergibt sich üblicherweise durch die vereinbarte Zeit (sog. Zeitbefristung). Es ist aber auch möglich, die Befristung an einen vereinbarten Zweck zu koppeln (sog. Zweckbefristung). Bei der **Zeitbefristung** vereinbaren die Parteien die Dauer des Vertrags. Der Vertrag endet dann automatisch durch Zeitablauf. Demgegenüber steht das Ende des Vertrags bei der **Zweckbefristung** in der Regel nicht von vornherein fest. Vielmehr endet der Vertrag, wenn der Zweck erreicht ist. Damit sich auch bei der Zweckbefristung die Parteien auf das Ende des Vertrags einstellen können und um Klarheit darüber zu schaffen, ob und wann das Ende des Vertrags erreicht ist, enden zweckbefristete Verträge frühestens 2 Wochen nach dem Zugang einer schriftlichen Unterrichtung durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung (§ 15 Abs. 2 TzBfG).

**Beispiel:** Arbeitnehmer A wird für die Zeit vom 1.10.2013 – 30.9.2015 befristet angestellt (Zeitbefristung) oder A wird als Vertretung für die erkrankte Arbeitnehmerin B angestellt, bis die B wieder arbeitsfähig ist und an ihren Arbeitsplatz zurückkehrt (Zweckbefristung).

##### 1.2 Rechtfertigung der Befristung

Unabhängig von der o.g. Einteilung bedarf eine Befristung immer einer besonderen Rechtfertigung. Als Rechtfertigung kommen nur 2 Gründe in Betracht: Es gibt die Befristung mit **Sachgrund** (§ 14 Abs. 1 TzBfG) und die Befristung **ohne Sachgrund** (§ 14 Abs. 2 TzBfG). Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist die Befristung unwirksam und der Arbeitsvertrag ist unbefristet (§ 16 TzBfG).



Als **Sachgrund** kommt z.B. in Betracht vorübergehender Mehrbedarf, Vertretung eines anderen Arbeitnehmers, Erprobung (vgl. § 14 Abs. 1 TzBfG)

Für eine Befristung **ohne Sachgrund** gelten eine Reihe von **formalen Einschränkungen**. Derartige Verträge sind nur zulässig, wenn zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber in den letzten 3 Jahren vor Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags kein Arbeitsverhältnis bestanden hat (sog. Vorbeschäftigungsverbot). Ferner ist eine sachgrundlose Beschäftigung nur bis zu einer Gesamtdauer von 2 Jahren zulässig. Innerhalb dieser Zeit kann der Vertrag nur bis zu 3-mal verlängert werden, sofern die 2-Jahresfrist noch nicht ausgeschöpft ist (Sonderregel für ältere Arbeitnehmer, § 14 Abs. 3 TzBfG). Eine **Verlängerung** liegt nur dann vor, wenn mit Ausnahme des Befristungszeitraums die übrigen Vertragsinhalte nicht geändert werden, selbst wenn dies zugunsten des Arbeitnehmers erfolgt. Werden auch andere Vertragsinhalte geändert, z.B. die Vergütung, liegt keine Verlängerung, sondern ein Neuabschluss vor, der jedoch wegen des Vorbeschäftigungsverbots (§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG) unzulässig ist.

Bei mehreren aneinander gereihten befristeten Arbeitsverträgen bzw. Verlängerungen (sog. Kettenbefristung) überprüft das Gericht nur die **letzte Befristung**. Ob die vorherigen Befristungen wirksam waren, ist unerheblich. Durch den vorbehaltlosen Abschluss eines neuen befristeten Arbeitsvertrags bzw. einer Verlängerung stellen Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis auf eine neue Rechtsgrundlage, die allein für das Arbeitsverhältnis maßgeblich sein soll.

Die Befristung eines Arbeitsvertrags bedarf immer der **Schriftform** (§ 14 Abs. 4 TzBfG). Andernfalls ist die Befristung (nicht der gesamte Vertrag) bereits aus diesem Grund unwirksam, so dass ein **unbefristeter Vertrag** besteht. Dies gilt ebenfalls für die Verlängerung befristeter Verträge.

Möchte der Arbeitnehmer geltend machen, dass die Befristung unwirksam ist, muss er innerhalb von **3 Wochen** nach dem vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses vor dem **Arbeitsgericht Klage** erheben.

Der Klageantrag lautet, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung nicht beendet ist (§ 17 TzBfG). Streiten die Parteien darüber, ob ein sachlicher Grund für die Befristung bestanden hat, muss der Arbeitgeber diesen Umstand im Prozess beweisen.

## 2. Aufhebungsvertrag

### 2.1 Abschluss

Ein Arbeitsverhältnis kann – ebenso wie die Begründung – auch wieder **einvernehmlich durch einen Vertrag** beendet werden (sog. Aufhebungsvertrag). Hier gelten die allgemeinen Regeln zum Vertragsschluss (§§ 145 ff. BGB).

Ein Aufhebungsvertrag ist wirksam, auch wenn ein **Kündigungsverbot** besteht (z.B. für Schwangere, Betriebsratsmitglieder). Gleiches gilt für behördliche Zustimmungserfordernisse (z.B. für die Kündigung von Schwerbehinderten). Diese gelten für einen Aufhebungsvertrag ebenfalls nicht. Auch der Betriebsrat muss vor Abschluss eines Aufhebungsvertrags nicht angehört werden.

Es ist nicht erforderlich, dem Arbeitnehmer eine Bedenkzeit oder ein Widerrufsrecht einzuräumen. Auch kraft Gesetzes besteht **kein Widerrufsrecht** bei Abschluss des Aufhebungsvertrags (z.B. aus § 355 BGB).

Ein Aufhebungsvertrag muss – ebenso wie eine Kündigung – **schriftlich** geschlossen werden, sonst ist der Vertrag unwirksam (§§ 623, 125 BGB). Daher muss der Aufhebungsvertrag von beiden Seiten auf derselben Urkunde **eigenhändig durch Namensunterschrift** unterzeichnet werden. Sofern mehrere gleich lautende Ausfertigungen des Aufhebungsvertrags erstellt werden, genügt es, wenn jede Partei die für die andere Seite bestimmte Urkunde unterzeichnet (§ 126 Abs. 1 und 2 BGB).

Wird ein **Arbeitnehmer zum Geschäftsführer bestellt** und schließt einen neuen Geschäftsführer-Dienstvertrag ab, so wird dadurch zugleich der bisherige Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers aufgehoben. Sofern der Geschäftsführer-Dienstvertrag schriftlich abgeschlossen wird, ist damit die Schriftform für die Aufhebung des Arbeitsvertrags gewahrt, auch wenn der Geschäftsführer-Dienstvertrag **keine ausdrückliche Regelung** über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses enthält. Anders sieht es aus, wenn kein neuer Geschäftsführer-Dienstvertrag geschlossen worden ist. Dann besteht der bisherige Arbeitsvertrag mangels wirksamer Aufhebung weiter und „ruht“ während der Zeit der Bestellung zum Geschäftsführer und lebt anschließend wieder auf.

## 2.2 Inhalt

Im Aufhebungsvertrag können Arbeitgeber und Arbeitnehmer den **Zeitpunkt frei vereinbaren**, zu dem das Arbeitsverhältnis **beendet** wird. Typischerweise erhält der Arbeitnehmer eine **Abfindung** dafür, dass er der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zustimmt. Weitere inhaltliche Regeln sind insb. die Freistellung von der Arbeitspflicht bis zum Beendigungszeitpunkt, (anteilige) Zahlung von Sonderzahlungen, Inanspruchnahme oder Abgeltung von bestehenden **Urlaubsansprüchen**, die **Rückgabe von Firmeneigentum** und Arbeitsmitteln sowie den Inhalt oder zumindest die Note im **Arbeitszeugnis**. Häufig wird auch eine **Abgeltungsklausel** vereinbart, d.h. dass nach Erfüllung des Aufhebungsvertrags keine gegenseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis mehr bestehen.

## 2.3 Sperrzeit

Sofern der Arbeitnehmer nach dem Ende seines Arbeitsverhältnisses nicht im unmittelbaren Anschluss eine Folgebeschäftigung hat, sondern **arbeitslos** ist, erhält er regelmäßig zunächst kein Arbeitslosengeld, da die Arbeitsagentur eine die sog. **Sperrzeit** verhängt, weil der Arbeitnehmer die Arbeitslosigkeit durch den Aufhebungsvertrag schuldhaft herbeigeführt hat (§ 159 SGB III). Die Sperrzeit beträgt mind. 12 Wochen. Für die Dauer der Sperrzeit erhält der Arbeitnehmer **kein Arbeitslosengeld**. Eine Sperrzeit wird nicht verhängt, wenn der Arbeitnehmer einen **wichtigen Grund** hatte, den Aufhebungsvertrag zu unterschreiben. Das kann z.B. der Fall sein, wenn es dem Arbeitnehmer wegen psychischer Probleme oder wegen Mobbing unzumutbar ist, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen; oder wenn der Aufhebungsvertrag geschlossen wird, um eine betriebsbedingte Kündigung zu vermeiden.

## 2.4 Anfechtung

Ein Aufhebungsvertrag kann vom Arbeitnehmer wegen eigenen **Irrtums angefochten** werden, wenn der Arbeitnehmer über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte (§ 119 BGB).

Ein bloßer **Rechtsfolgenirrtum**, der nicht zur Anfechtung berechtigt, liegt dagegen vor, wenn eine Arbeitnehmerin nicht wusste, dass sie **schwanger** war und daher nicht hätte gekündigt werden können.

Gleiches gilt im Falle der **Drohung oder Täuschung** (§ 123 BGB) durch den Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer zum Vertragsschluss durch Drohung veranlasst worden ist und die

Drohung **widerrechtlich** ist.

Eine Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung kommt in Betracht, wenn der Arbeitgeber als Alternative zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags dem Arbeitnehmer eine (fristlose) **Kündigung** (meist nebst Strafanzeige) androht. Die Drohung muss nicht ausdrücklich ausgesprochen werden. Es genügt, wenn diese konkludent (d.h. durch schlüssiges Verhalten) erhoben wird. Die Drohung mit einer Kündigung ist jedoch nicht widerrechtlich, wenn ein verständiger Arbeitgeber (= objektiver Maßstab) eine Kündigung in der konkreten Situation ernsthaft in Betracht ziehen würde; denn dann würde der Arbeitgeber nur in zulässiger Weise seine Rechte ausüben. Es ist nicht erforderlich, dass die (ernsthaft in Betracht gezogene) Kündigung vor Gericht mit Sicherheit bestätigt worden wäre. Muss dem verständigen Arbeitgeber jedoch unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls klar sein, dass die Kündigung mit hoher Wahrscheinlichkeit unwirksam ist, ist die Drohung auch widerrechtlich.

Die Drohung mit einer **Strafanzeige** ist bereits dann nicht widerrechtlich, wenn aus der Sicht des Arbeitgebers hinreichende Anhaltspunkte für eine Straftat vorhanden sind.

Besteht nur der Verdacht, dass ein Kündigungsgrund vorliegt (z.B. vermuteter Diebstahl von Arbeitgebereigentum), ist die Drohung nicht widerrechtlich, wenn der Arbeitgeber den Sachverhalt in der gebotenen Weise aufgeklärt hat, insb. den Arbeitnehmer zu den Verdachtsmomenten angehört hat.

Setzt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine **Frist** zur Annahme des Aufhebungsvertrags, steht der Arbeitnehmer folglich unter Zeitdruck, berechtigt dies alleine ebenfalls keine Anfechtung.

## 2.5 Vertretung

Wird ein Aufhebungsvertrag von nur einem vertretungsberechtigten Organvertreter unterzeichnet, obwohl dieser nur Gesamtvertretungsmacht besitzt, liegt Vertretung ohne Vertretungsmacht vor (§ 177 BGB). Sofern der Arbeitnehmer den Vertretungsmangel bei Vertragsschluss nicht gekannt hat, ist er bis zur Genehmigung zum **Widerruf** berechtigt (§ 178 S. 1 BGB). Ein wirksamer Widerruf liegt aber nur vor, wenn der Arbeitnehmer zu erkennen gibt, dass er den Vertrag **wegen des Vertretungsmangels** nicht gelten lassen will, und nicht wenn er diesen aus anderen Gründen angreift.

## 3. Kündigung

### 3.1 Form

Eine Kündigung ist eine Willenserklärung. Auch sie muss – ebenso wie ein Aufhebungsvertrag – **schriftlich** ausgesprochen werden, sonst ist sie unwirksam (§§ 623, 125 BGB). Daher muss die Kündigungserklärung vom Aussteller **eigenhändig durch Namensunterschrift** unterzeichnet werden (§ 126 Abs. 1 BGB). Die Formvorschrift gilt gleichermaßen für Arbeitnehmer- und Arbeitgeberkündigungen.

Unwirksam sind daher Kündigungsschreiben ohne Unterschrift, ebenso wie mündliche oder konkludente Kündigungen (z.B. Schlüssel auf den Tisch werfen) oder solche per Fax, E-Mail oder SMS.

Die Kündigung ist eine **einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung**. Die Erklärung des Kündigenden muss unzweifelhaft zum Ausdruck bringen, dass das Arbeitsverhältnis durch diese Erklärung beendet werden soll – es ist jedoch nicht erforderlich, ausdrücklich von „Kündigung“ zu sprechen.

**Beispiel:** Arbeitgeber X und Arbeitnehmer A sind in Streit geraten. X schreibt darauf hin an den A: „Ihr Verhalten vom letzten Montag ist inakzeptabel. Ich beabsichtige daher, Ihr Arbeitsverhältnis zum Ende des Monats zu kündigen. Außerdem sind Sie ab sofort freigestellt“. Da X nur von der Absicht zu kündigen spricht, deutet dies auf eine später geplante Kündigungserklärung hin. Das Kündigungsdatum und die Freistellung belegen lediglich die Ernsthaftigkeit der Kündigungsabsicht. Daher keine Kündigungserklärung.

Der **Kündigungsgrund** muss in der Kündigung nicht angegeben werden, es sei denn das Gesetz sieht dies ausdrücklich vor (z.B. bei der Kündigung von Schwangeren, § 9 Abs. 3 S. 2 MuSchG).

### 3.2 Kündigungsberechtigung

Die Kündigung muss von einem Kündigungsberechtigten ausgesprochen werden. Kündigungsberechtigt ist der Arbeitgeber und die von ihm zur Vornahme von Kündigungen **Bevollmächtigten**.

Liegt der Kündigung durch einen **Bevollmächtigten** keine **Vollmacht** bei, hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, die Kündigung **zurückzuweisen**. Die Zurückweisung muss unverzüglich und unter Hinweis auf den fehlenden Nachweis der Bevollmächtigung erfolgen (§ 174 BGB). Die Zurückweisung ist trotz fehlender Vollmacht nicht möglich, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte. Dies kann ausdrücklich geschehen (z.B. durch Aushang am schwarzen Brett). Ausreichend ist es jedoch ebenfalls, wenn die Kündigung von einer Person ausgesprochen wird, deren Position regelmäßig mit Kündigungsbefugnis verbunden ist. Dies ist z.B. der Personalleiter. Für einen Sachbearbeiter in der Personalabteilung oder den Vorgesetzten gilt dies dagegen nicht. Eine Zurückweisung ist ebenfalls nicht möglich, wenn sich die Bevollmächtigung aus dem Handelsregister ergibt (z.B. Unterschrift durch 2 Gesamtprokuristen).

### 3.3 Zugang der Kündigung

Die Kündigung wird erst wirksam, wenn sie beim Empfänger zugegangen ist. Unter **Anwesenden** geht eine schriftliche Kündigung mit der **Übergabe des Schreibens** zu. Es genügt nicht, wenn die Kündigung dem Arbeitnehmer nur „unter die Nase“ gehalten wird. Unerheblich ist es dagegen, dass der Arbeitnehmer die Kündigung nicht zur Kenntnis nimmt.

Eine unter **Abwesenden** erklärte Kündigung wird mit Zugang beim Empfänger wirksam (§ 130 Abs. 1 BGB). Zugang liegt vor, wenn die Kündigung in verkehrsbüblicher Weise in die **Machtbereich** (= tatsächliche Verfügungsgewalt) des Empfängers gelangt ist (z.B. durch Einwurf in den Briefkasten) und **unter gewöhnlichen Umständen** eine Kenntnisnahme zu erwarten ist. Ob und wann der Empfänger die Kündigung tatsächlich zur Kenntnis genommen hat, ist dann unerheblich für den Zugang. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Empfänger überhaupt in der Lage ist, den Briefkasten zu leeren (z.B. Krankenhausaufenthalt, Urlaubsabwesenheit).

**Beispiel:** Arbeitgeber X wirft am 31.3. gegen 21.00 Uhr die Kündigung in den Briefkasten von Arbeitnehmerin A. Der Zugang erfolgt nicht mehr am 31.3., sondern erst am nächsten Tag, nach der üblichen Postzustellung, da niemand unter gewöhnlichen Umständen spät abends noch seinen Briefkasten kontrolliert. Es kommt jedoch auf den Einzelfall an. Anders kann es daher sein, wenn A immer erst spät abends nach Hause kommt, und erst bei dieser Gelegenheit den Briefkasten leert.

Wird die Kündigung per **Übergabe-Einschreiben** verschickt, trifft der Postbote den Empfänger jedoch nicht an und hinterlässt daher im Briefkasten eine Benachrichtigungskarte, ist die Kündigung zu diesem Zeitpunkt noch nicht zugegangen, da das Kündigungsschreiben nicht in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist (sondern nur die Benachrichtigungskarte). Zugang erfolgt erst mit der tatsächlichen Aushändigung des Kündigungsschreibens durch die Post. Dies gilt jedenfalls, wenn der Empfänger das Schreiben innerhalb der 7-Tage-Frist abholt. Er ist nicht gehalten, das Schreiben unverzüglich nach Erhalt der Benachrichtigungskarte abzuholen. Anders ist die Situation, wenn der

Arbeitnehmer mit dem Erhalt des Kündigungsschreibens rechnen musste. Dann hat er die Pflicht, das Schreiben unverzüglich bei der Post abzuholen. Holt er das Schreiben dagegen nicht ab und musste er mit dem Erhalt des Schreibens rechnen, wird der Zugang des Schreibens fingiert (sog. Zugangsvereitelung).

Eine Kündigung (**Brief**), die vollständig unter der Wohnungstür des Empfängers durchgeschoben wird, ist in den Machtbereich desselben gelangt und daher zugegangen. Ist dagegen der Brief nur teilweise unter die Wohnungstür geschoben worden, ist die Kündigung noch nicht in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Denn es besteht hier von außen die Möglichkeit der Einwirkung auf den Brief. Ebenso wie das Schreiben unter die Tür geschoben werden kann, kann es auch wieder weggezogen werden, so dass nicht ausgeschlossen ist, dass der Brief von einer dritten Person von außen weggenommen werden kann.

Wird die Kündigung an eine Person, die nicht der Kündigungsempfänger ist, persönlich ausgehändigt, kommt es für den Zugang darauf an, ob die Person als **Empfangsbote** oder als **Erklärungsbote** anzusehen ist. Empfangsbote ist, wer nach der Verkehrsanschauung zum Empfang der an den eigentlichen Empfänger gerichteten Erklärung geeignet und ermächtigt ist. Er soll die an den Adressaten gerichtete Erklärung entgegennehmen und an diesen weiterleiten. Der Empfangsbote hat damit die Funktion eines „personifizierten Briefkastens“. Nimmt der Empfangsbote eine Erklärung entgegen, geht die Erklärung zu, sobald der eigentliche Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Wird die Kündigung dagegen einer nach der Verkehrsanschauung **nicht** ermächtigten Person übergeben, handelt es sich um einen **Erklärungsboten** mit der Folge, dass die Kündigung erst zugeht, wenn sie dem eigentlichen Empfänger tatsächlich übergeben wird. Nach der Verkehrsanschauung sind als Empfangsboten anzusehen die in der Wohnung des Empfängers lebenden **Angehörigen und Haushaltsmitglieder** (auch der Partner einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft); nicht dagegen Nachbarn oder in der Wohnung befindliche Handwerker.

**Beispiel:** Wird die Kündigung dem in der gemeinsamen Wohnung lebenden **Ehegatten** übergeben, geht die Kündigung nicht schon dann zu, wenn diese an den Ehegatten übergeben worden ist, sondern erst nach Ablauf der Zeit, die der Ehegatte für die Übermittlungstätigkeit unter den üblichen Umständen normalerweise benötigt, da der Ehegatte ein sog. **Empfangsbote** ist.

Gibt der Empfangsbote die Kündigung nicht oder bewusst verspätet an den Empfänger weiter, so geht dies zu Lasten des Empfängers. Die Kündigung ist dann trotzdem in dem Zeitpunkt zugegangen, in dem der Empfangsbote unter gewöhnlichen Umständen die Kündigung übergeben hätte. Die Kündigung geht jedoch nicht zu, wenn der Empfangsbote die Entgegennahme **eigenmächtig ablehnt**.

## 4. Allgemeiner Kündigungsschutz

### 4.1 Ordentliche und außerordentliche Kündigung

Für jeden Arbeitnehmer besteht ein zeitlicher Kündigungsschutz, da der Arbeitgeber den Ablauf der **ordentlichen Kündigungsfrist** einhalten muss (§ 622 BGB). Darüber hinaus ist der Arbeitgeber (nicht der Arbeitnehmer) in der Ausübung seines ordentlichen Kündigungsrechts eingeschränkt, wenn das **Kündigungsschutzgesetz** (KSchG) auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Dies ist der Fall, wenn ein Arbeitsverhältnis vorliegt, der Arbeitnehmer in einem Betrieb mit in der Regel **mehr als 10 Arbeitnehmern** beschäftigt ist (§ 23 KSchG) und der Arbeitnehmer **mindestens 6 Monate** ununterbrochen beschäftigt war (sog. Wartezeit, § 1 Abs. 1 KSchG).

Bei der **Betriebsgröße** werden die Arbeitnehmer nicht „pro Kopf“ gerechnet, sondern in

Abhängigkeit von der **durchschnittlichen Wochenarbeitszeit** (bis 20 Std. = 0,5; bis 30 Std. = 0,75; über 30 Std. = 1,0). Die Darlegungs- und Beweislast für die Anwendbarkeit des KSchG trägt der Arbeitnehmer. Es ist jedoch bei der Darlegung zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber bzgl. der beschäftigten Arbeitnehmer ein überlegenes Wissen hat.

Eine **Sonderregel** gilt für Arbeitnehmer, die bereits am 31.12.2003 bei ihrem Arbeitgeber beschäftigt waren. Sind im Zeitpunkt der Kündigung eines solchen Arbeitnehmers im Betrieb noch mehr als 5 Arbeitnehmer beschäftigt, die bereits am 31.12.2003 beschäftigt waren, genügt dies für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG).

Für eine **außerordentliche** Kündigung kommt es dagegen nicht auf die Anwendbarkeit des KSchG an. Die außerordentliche Kündigung ist unabhängig von der Beschäftigungsdauer und der Anzahl der im Betrieb Beschäftigten nur ausnahmsweise aus **wichtigem Grund** zulässig.

Eine außerordentliche Kündigung wird in der Regel „**fristlos**“ ausgesprochen. Es gibt jedoch auch außerordentliche Kündigungen, die unter Einhaltung einer Kündigungsfrist ausgesprochen werden (sog. **soziale Auslauffrist**). Hierbei handelt es sich um die Kündigung von älteren Arbeitnehmern mit längerer Betriebszugehörigkeit, die aufgrund eines Tarifvertrags ordentlich unkündbar sind, denen aus personenbedingten oder betriebsbedingten Gründen gekündigt wird. Die soziale Auslauffrist entspricht dann der Frist, die gelten würde, wenn einem vergleichbaren Arbeitnehmer ohne gesteigerten Kündigungsschutz bei gleicher Sachlage nur fristgerecht gekündigt werden könnte, da diese Arbeitnehmer nicht schlechter stehen sollen als ordentlich kündbare Arbeitnehmer.

## 4.2 Rechtfertigung der Kündigung

Eine **ordentliche Kündigung** ist im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes unwirksam, wenn sie nicht durch Gründe in der Person (sog. personenbedingte Kündigung) oder im Verhalten des Arbeitnehmers (sog. verhaltensbedingte Kündigung) oder durch dringende betriebliche Erfordernisse (sog. betriebsbedingte Kündigung) sozial gerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 2 KSchG).

Findet das Kündigungsschutzgesetz auf das Arbeitsverhältnis dagegen keine Anwendung, ist der Arbeitgeber gleichwohl bei einer Kündigungsentscheidung an gewisse Schranken gebunden. Zum einen gilt zu Gunsten des Arbeitnehmers das **Willkür- und Diskriminierungsverbot**; zum anderen muss der Arbeitgeber ein **Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme** gegenüber seinen Arbeitnehmern wahren, soweit unter mehreren Arbeitnehmern eine Auswahl zu treffen ist (sog. Kündigungsschutz 2. Klasse, Art. 12 GG, §§ 242, 138 BGB). Danach darf der Arbeitgeber sein Kündigungsrecht auch außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes nur nach „Treu und Glauben“ ausüben.

**Beispiel:** Frisörmeister X entlässt seinen angestellten Frisör F in der Probezeit, nachdem er herausgefunden hat, dass dieser homosexuell ist. Das außerdienstliche Verhalten des F, welches den arbeitsvertraglichen Pflichtenkreis nicht berührt, berechtigt den Arbeitgeber nicht, seine Missbilligung über den bekannt gewordenen Umstand aus der Privatsphäre des Arbeitnehmers durch eine Kündigung zu äußern. Dagegen ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn X den F erst am letzten Tag vor Ablauf der Probezeit entlässt, da die Zusammenarbeit „einfach nicht klappt“ oder wegen des ungepflegten Erscheinungsbildes von F. Eine solche Begründung ist nicht rechtsmissbräuchlich, da die Kündigung nicht als Vorwand dient, um vertragsfremde oder unlautere Zwecke zu erreichen.

**Beispiel:** Malermeister Y muss aufgrund der schlechten Auftragslage einen seiner Malergesellen entlassen. Wenn er unter 5 Kandidaten den mit Abstand ältesten und am längsten beschäftigten Arbeitnehmer entlässt, ist die Kündigung unwirksam, da der Arbeitgeber dann das durch langjährige Mitarbeit verdiente Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses unberücksichtigt lässt.

Für eine **außerordentliche Kündigung** ist ein wichtiger Grund erforderlich (§ 626 Abs. 1 BGB). Dies ist der Fall, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist **nicht zugemutet** werden kann. Ferner gilt bei der außerordentlichen Kündigung eine **Ausschlussfrist von 2 Wochen** (§ 626 Abs. 2 BGB). Wird die Kündigung nicht innerhalb dieser Frist ausgesprochen, ist die Kündigung allein aus diesem Grund unwirksam (s.u.).

Eine Kündigung ist immer **zukunftsgerichtet** und keine „Strafe“ für die Vergangenheit. Ein Arbeitnehmer wird z.B. nicht aus betriebsbedingten Gründen entlassen, weil er in der Vergangenheit nichts zu tun hatte, sondern weil künftig keine Beschäftigungsmöglichkeit besteht. Ein Arbeitnehmer wird nicht aus verhaltensbedingten Gründen entlassen, weil er 10.000 EUR unterschlagen hat, sondern weil es dem Arbeitgeber nicht zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis unter diesen Umständen fortzusetzen.

**Beurteilungszeitpunkt** für die Wirksamkeit der Kündigung ist stets der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. Nachträgliche Ereignisse können die Kündigung nicht mehr rechtfertigen, sondern lediglich den Grund für eine neue Kündigung bieten. Etwas anderes gilt für Umstände, die im Kündigungszeitpunkt bereits objektiv vorlagen, von denen der Arbeitgeber jedoch erst später Kenntnis erhält.

Eine Kündigung muss immer **„ultima ratio“** sein (sog. Ultima ratio-Prinzip). D.h. dem Arbeitgeber darf kein anderes, die Kündigung vermeidendes zumutbares Mittel zur Verfügung stehen, um die jeweilige „Problemlage“ zukünftig zu lösen. Bei einer verhaltensbedingten Kündigung ist z.B. zu prüfen, ob eine Abmahnung ausreichend ist, da der Arbeitnehmer in Zukunft das beanstandete Verhalten unterlässt („Schuss vor den Bug“ statt Kündigung). Bei einer krankheitsbedingten oder betriebsbedingten Kündigung ist zu prüfen, ob der Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann.

### 4.3 Verhaltensbedingte Kündigung (und außerordentliche Kündigung)

Bei der verhaltensbedingten (und außerordentlichen) Kündigung liegt der Kündigungsgrund in einem **vertragswidrigen Verhalten** des Arbeitnehmers. Die Kündigung wird in 2 Stufen überprüft. Das Verhalten des Arbeitnehmers muss zunächst **an sich** (d.h. losgelöst von den Besonderheiten des Falls), geeignet sein einen verhaltensbedingten bzw. wichtigen Grund für die Beendigung darzustellen (1. Stufe). Dann muss eine umfassende **Interessenabwägung** bezogen auf den Einzelfall ergeben, dass das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsverhältnisses überwiegt (2. Stufe).

Als an sich geeigneter Grund kommt jedes **vertragswidrige Verhalten** in Betracht, z.B. Diebstahl, unerlaubtes privates Telefonieren, sexuelle Belästigung, häufiges Zu-Spät-Kommen, schlechte Arbeitsleistungen, Zerstörung von Arbeitgeberigentum, Beleidigung des Arbeitgebers, Arbeitsverweigerung, Wettbewerbshandlungen.

**Außerdienstliches Verhalten** ist grundsätzlich irrelevant und kann daher nur ausnahmsweise eine Kündigung rechtfertigen, wenn es erhebliche Störungen des Arbeitsverhältnisses bewirkt. **Beispiel:** Dem Leiter einer Bankfiliale kann nicht wegen zahlreicher Spielbankbesuche in seiner Freizeit fristlos gekündigt werden, wenn diese Besuche ohne konkrete Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis geblieben sind; Bei einer Bürokauffrau ist die Veröffentlichung von „softpornographischen“ Bildern in einer Zeitschrift (Praline) kein Grund für eine fristlose Kündigung.

Im Rahmen der **Interessenabwägung** sind auf Seiten des Arbeitnehmers die Gesamtsituation zu

berücksichtigen, dazu gehört z.B. Alter, (beanstandungsfreie) Betriebszugehörigkeit, Vorgeschichte und Umstände des Verhaltens (z.B. Alkoholkonsum auf Betriebsfeier), Chancen auf dem Arbeitsmarkt, Zahl der Unterhaltsberechtigten.

Bei der außerordentlichen Kündigung muss die Kündigung ab Kenntnis vom Kündigungsgrund innerhalb von **2 Wochen** ausgesprochen werden (§ 626 Abs. 2 BGB). Andernfalls wird unwiderleglich vermutet, dass kein wichtiger Grund vorgelegen hat.

Kenntnis vom Kündigungsgrund hat der Kündigungsberechtigte, wenn er von den für die Kündigung **maßgeblichen Tatsachen** Kenntnis erlangt. Hierfür ist eine sichere und umfassende Kenntnis erforderlich. Diese liegt (erst) dann vor, wenn der Kündigungsberechtigte alles in Erfahrung gebracht hat, was als notwendige Grundlage für die Entscheidung über die Kündigung anzusehen ist. Hierbei muss der Arbeitgeber nicht in hektischer Eile vorgehen. Der Beginn der Ausschlussfrist ist so lange gehemmt, wie der Kündigungsberechtigte aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile noch Ermittlungen anstellt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts verschaffen.

Innerhalb der 2-Wochen-Frist muss auch der **Betriebsrat** zur Kündigung angehört werden. Der Betriebsrat hat bei einer außerordentlichen Kündigung eine Stellungnahmefrist von 3 Tagen (§ 102 BetrVG). Dies sollte der Arbeitgeber beim Zeitpunkt der Anhörung des Betriebsrats berücksichtigen.

Dagegen ist es nicht erforderlich, dass behördliche **Zustimmungserklärungen** (z.B. bei der Kündigung eines Schwerbehinderten) in der Frist vorliegen. Dies ist unmöglich. Daher ist es ausreichend, wenn der Arbeitgeber innerhalb der 2-Wochen-Frist den Antrag auf Zustimmung stellt und nach Erhalt der Zustimmung unverzüglich die Kündigung ausspricht (§ 91 Abs. 5 SGB IX).

#### 4.4 Verdachtskündigung

Neben der Tat Kündigung (d.h. der Arbeitnehmer hat die Tat begangen) ist es ausnahmsweise zulässig, einen Arbeitnehmer bereits wegen des Verdachts einer strafbaren oder vertragswidrigen Handlung zu kündigen. Dies setzt zunächst einen **dringenden Verdacht** (= hohe Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung) bezüglich einer **schwerwiegenden Vertragsverletzung** (= an sich Grund) voraus. Ferner muss der Arbeitgeber alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen unternommen haben, um den Sachverhalt aufzuklären. Hierzu gehört zwingend die **Anhörung** des verdächtigen Arbeitnehmers (formale Wirksamkeitsvoraussetzung für Verdachtskündigung).

Es kommt nicht auf die subjektiven Vorstellungen des Arbeitgebers an. Vielmehr muss der Verdacht **objektiv gerechtfertigt** sein aufgrund der vorliegenden Tatsachenlage. Bereits der Verdacht muss ausreichend sein, um das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen zu erschüttern (dies ist beim Verdacht von strafbaren Handlungen immer der Fall).

Für die **Anhörung des Betriebsrats** (§ 102 BetrVG) muss deutlich gemacht werden, ob eine Kündigung wegen der erwiesenen Tat und/oder wegen des Verdachts einer Tat ausgesprochen werden soll.

#### 4.5 Abmahnung

Eine Abmahnung ist im verhaltensbedingten Bereich die **Vorstufe** zur Kündigung und hat 2 Funktionen: Der Arbeitgeber zeigt dem Arbeitnehmer zum einen ein konkretes Fehlverhalten auf (sog. Beanstandungs- oder Rügefunktion) und weist den Arbeitnehmer zum anderen darauf hin, dass die Fortsetzung bzw. Wiederholung des gerügten Verhaltens arbeitsrechtliche Konsequenzen haben wird (sog. Warnfunktion). Ohne die Warnfunktion liegt lediglich eine Ermahnung vor, die jedoch kündigungsrechtlich ohne Folgen ist.

Die Abmahnung muss **inhaltlich bestimmt** sein, um ihre Funktionen zu erfüllen. Der Arbeitnehmer muss erkennen können, welches Verhalten der Arbeitgeber als nicht vertragsgemäß ansieht und welche



**Folgen** sich im Wiederholungsfall ergeben können. Es genügt daher z.B. nicht, dass der Arbeitgeber lediglich pauschal auf die Einhaltung des Arbeitsvertrags hinweist oder andere „Allgemeinplätze“ formuliert („Sie wissen schon ...“). Bezüglich der Warnung ist es allerdings nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber bereits die angedrohten Folgen exakt beschreibt (z.B. Kündigung). Ausreichend ist das Androhen arbeitsrechtlicher Konsequenzen.

Eine Abmahnung setzt voraus, dass auf Seiten des Arbeitnehmers eine Besserung möglich und zu erwarten ist (steuerbares Verhalten). Eine Abmahnung ist daher **entbehrlich**, wenn dem Arbeitnehmer aufgrund der Art oder der Schwere des Verstoßes bewusst gewesen sein muss, dass der Arbeitgeber das Fehlverhalten nicht tolerieren würde.

**Beispiel:** Arbeitnehmer A ist in der Zeiterfassung und surft während der Arbeitszeit stundenlang privat im Internet. Der Arbeitgeber kann eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung aussprechen, da A bewusst sein muss, dass der Arbeitgeber den Arbeitszeitbetrug nicht tolerieren würde. Anders kann es sein, wenn A lediglich ein paar Minuten während der Arbeitszeit privat surft.

Eine vorherige **unwirksame Kündigung** kann eine Abmahnung ersetzen, wenn die o.g. Funktionen erfüllt sind. Dies dürfte z.B. der Fall sein, wenn die Kündigung lediglich an formellen Gründen (z.B. fehlerhafte Anhörung des Betriebsrats) scheiterte.

Spricht der Arbeitgeber wegen eines Fehlverhaltens seines Arbeitnehmers eine Abmahnung aus, kann er nicht später „umschwenken“ und stattdessen dem Arbeitnehmer kündigen. Durch den Ausspruch einer Abmahnung „verbraucht“ der Arbeitgeber sein Kündigungsrecht wegen des gerügten Verhaltens. Der Arbeitgeber bringt durch die Abmahnung zum Ausdruck, dass er dem Arbeitnehmer noch eine Chance geben möchte.

Kommt es trotz der Abmahnung erneut zu **gleichartigen Verstößen**, kann der Arbeitgeber grundsätzlich eine verhaltensbedingte Kündigung aussprechen. Es gibt keinen Grundsatz, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor 3x abgemahnt haben muss, o.ä.

Allerdings wäre es unverhältnismäßig, wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer, der jahrelang pünktlich zur Arbeit gekommen ist, bei der ersten 5-minütigen Verspätung abmahnt und bei der 2. kurzen Verspätung kündigt.

Gleichartig sind Pflichtverstöße nicht nur dann, wenn identisches Fehlverhalten vorliegt, sondern bereits dann, wenn die Pflichtverletzungen unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zusammengefasst werden können (z.B. wiederholte Verspätungen und Versäumnisse bei der Krankmeldung oder Versäumnisse bei Berichts- und Besuchspflichten eines Kundenbetreuers im Außendienst).

Für die Erteilung der Abmahnung gibt es **keine Frist** (§ 626 Abs. 2 BGB gilt nicht). Wird die Abmahnung jedoch erst geraume Zeit nach dem beanstandeten Vorfall ausgesprochen, ist die Abmahnung in ihrer Wirkung hinsichtlich der Warnfunktion abgeschwächt.

Das Fehlverhalten des Arbeitnehmers wirkt dann durch die Zwischenzeit, in der sich der Arbeitnehmer (wieder) vertragstreuer verhalten hat, nicht mehr so gravierend. Das Abmahnungsrecht kann schließlich auch verwirkt werden. Denn der Arbeitgeber hat dann durch sein Zuwarten gezeigt, dass er die Vertragspflichtverletzung des Arbeitnehmers nicht als sanktionswürdig ansieht.

Hält der Arbeitnehmer eine Abmahnung für unberechtigt, kann er die **Entfernung** der Abmahnung aus der Personalakte verlangen oder eine Gegenvorstellung zur Personalakte nehmen lassen. Der Arbeitnehmer muss sich gegen eine unberechtigte Abmahnung jedoch nicht zur Wehr setzen. Tut er dies nicht, erwachsen ihm daraus in einem späteren Kündigungsprozess keine Nachteile. Auch zu diesem Zeitpunkt kann er noch die Unrichtigkeit der Abmahnung rügen, so dass der Arbeitgeber im Prozess beweisen muss, dass die Abmahnung zu Recht ausgesprochen worden ist.

Eine Abmahnung kann durch **Zeitablauf** gegenstandslos werden. Es gibt allerdings hierfür keine Regelfrist. Nach 2 Jahren dürfte dies bei „kleineren Fehlern“ aber in der Regel der Fall sein. Auch dann kann der Arbeitnehmer die Entfernung verlangen.

#### 4.6 Personenbedingte Kündigung

Eine personenbedingte Kündigung setzt einen in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grund voraus. Hauptanwendungsfall ist die Kündigung wegen **Krankheit**.

Andere Anwendungsfälle für eine personenbedingte Kündigung sind Umstände, die den Arbeitnehmer an der **Erbringung der Arbeitsleistung hindern** (z.B. längere Haftstrafe, Minderleistung aus persönlichen Gründen, fehlende behördliche Genehmigung). **Beispiel:** Arbeitnehmerin A hat 2 Arbeitsverhältnisse. Sie trägt Montags-Samstags für den Verlag V in ihrem Stadtviertel den „Kölner Stadtanzeiger“ und am Sonntag für den Verlag W das kostenlose Werbeblättchen „SuperSonntag“ aus. Dies ist unzulässig, da mindestens 15 Sonntage pro Jahr arbeitsfrei sein müssen und dem Arbeitnehmer für die Sonntagsarbeit ein anderer Arbeitsfreier Tag gewährt werden muss (§ 11 ArbZG). Der Verlag W und der Verlag V wären daher zur personenbedingten Kündigung berechtigt.

Für die krankheitsbedingte Kündigung gilt eine 3-stufige Prüfung: Zunächst müssen Tatsachen vorliegen, welche die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang rechtfertigen (sog. **negative Gesundheitsprognose**). Ferner muss es aufgrund der krankheitsbedingten Fehlzeiten beim Arbeitgeber zu Betriebsablaufstörungen (z.B. Aufträge bleiben liegen) kommen. Ausreichend ist es jedoch, wenn dem Arbeitgeber Entgeltfortzahlungskosten von mehr als 6 Wochen im Kalenderjahr entstehen oder der Arbeitgeber sein Direktionsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer auf Dauer bzw. unabsehbare Zeit (d.h. 2 Jahre) nicht mehr ausüben kann (sog. **betriebliche Beeinträchtigungen**). Schließlich folgt wieder eine umfassende **Interessenabwägung**.

Im Rahmen der Interessenabwägung ist wieder die Gesamtsituation zu berücksichtigen (s.o.), dazu gehört z.B. Alter, Chancen auf dem Arbeitsmarkt, Zahl der Unterhaltsberechtigten, aber insb. auch wie lange das Arbeitsverhältnis unbeeinträchtigt war und ob eine betriebliche Ursache für die Erkrankung besteht (z.B. Atemwegserkrankung bei Lackierer).

Bei jeder krankheitsbedingten Kündigung ist zu prüfen, ob für den Arbeitnehmer eine **anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit** besteht (sog. leidensgerechter Arbeitsplatz). Dazu gehört auch die Pflicht des Arbeitgebers, durch innerbetriebliche organisatorische Änderungen den kranken Arbeitnehmer auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz zu versetzen. Der Arbeitgeber ist jedoch nicht verpflichtet, einen leidensgerechten Arbeitsplatz erst zu schaffen oder einen solchen Arbeitsplatz frei zu kündigen.

#### 4.7 Betriebsbedingte Kündigung

Eine betriebsbedingte Kündigung ist – im Gegensatz zu personen- und verhaltensbedingter Kündigung – unabhängig von der konkreten Person des zu kündigenden Arbeitnehmers. Es geht hierbei um die Anpassung der Arbeitskräfte an die Arbeitsmenge. Dringende betriebliche Erfordernisse liegen daher vor, wenn ein Überhang von Arbeitskräften gegenüber der Arbeitsmenge vorliegt (sog. Überkapazität). Die Gründe dafür können sich sowohl aus innerbetrieblichen Gründen (z.B. Umstrukturierung, Produktumstellung) als auch aus außerbetrieblichen Gründen (z.B. Auftragsrückgang) ergeben, soweit sie zum **Wegfall des Bedürfnisses** für die **Beschäftigung** eines oder mehrerer Arbeitnehmer führen.

Stützt der Arbeitgeber eine Kündigung auf **außerbetriebliche Gründe**, gelten besondere Anforderungen an die Darlegung vor Gericht. Hier muss der Arbeitgeber den Arbeitskräftebedarf konkret darlegen und der Zahl der vorhandenen Arbeitsmenge gegenüberstellen. Es genügt dagegen nicht, wenn der Arbeitgeber lediglich die Umsatz- oder Auftragsentwicklung darlegt. Das Gericht muss vielmehr exakt

nachvollziehen können, warum der Auftragsrückgang zum Wegfall von Arbeitsplätzen führt.

Auch bei **innerbetrieblichen Gründen** muss der Arbeitgeber vor Gericht nachvollziehbar darlegen, dass die geplante Maßnahme (z.B. Rationalisierung) tatsächlich umgesetzt werden soll und ob diese zu einer Verringerung des Arbeitskräftebedarfs führt. **Beispiel:** Führt die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers zum **Wegfall einer Hierarchieebene** verbunden mit der Umverteilung der bisherigen Aufgaben der wegfallenden Arbeitsplätze auf die verbliebenen Arbeitsplätze, muss der Arbeitgeber darlegen, dass das verbliebene Personal die Aufgaben ohne überobligatorische Anstrengungen erfüllen kann. Dagegen überprüft das Gericht nicht, ob die vom Arbeitgeber geplante Maßnahme (sog. Unternehmerentscheidung) sinnvoll und erfolgsversprechend ist. Der Arbeitnehmer kann auch nicht argumentieren, es gäbe andere ebenso wirksame oder sogar bessere Maßnahmen. Die Unternehmerentscheidung ist nur beschränkt daraufhin überprüfbar, ob sie offensichtlich sinnlos oder missbräuchlich ist.

Der Arbeitgeber muss mit dem Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung nicht warten, bis die Beschäftigungsmöglichkeit tatsächlich weggefallen ist. Ausreichend ist es, wenn die Maßnahmen, die zum Wegfall der Beschäftigung führen bereits „**greifbare Formen**“ angenommen haben. Dies ist der Fall, wenn im Zeitpunkt der Kündigungserklärung eine vernünftige, betriebswirtschaftliche Betrachtung die Prognose rechtfertigt, dass bis zum Ablauf der einzuhaltenden Kündigungsfrist eine geplante Maßnahme durchgeführt worden ist und dadurch die Voraussetzung eines die Entlassung rechtfertigenden Grundes vorliegen.

#### 4.8 Sozialauswahl

Da die betriebsbedingte Kündigung von der Person des zu kündigenden Arbeitnehmers unabhängig ist (s.o.), bedeutet der Wegfall eines Arbeitsplatzes, dass nicht zwingend der auf diesem konkreten Arbeitsplatz aktuell beschäftigte Arbeitnehmer auch zu kündigen ist. Dies würde dem Zufall „Tür und Tor“ öffnen. Gibt es mehrere vergleichbare Arbeitsplätze, fallen jedoch nicht alle Arbeitsplätze weg, muss der Arbeitnehmer unter den **vergleichbaren Arbeitnehmern** eine **Auswahl** nach **sozialen Gesichtspunkten** vornehmen (sog. Sozialauswahl). Eine betriebsbedingte Kündigung ist daher auch dann unwirksam, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat (§ 1 Abs. 3 KSchG).

In die Sozialauswahl einzubeziehen sind alle **vergleichbaren Arbeitnehmer** des Betriebs (nicht des Unternehmens). Die Vergleichbarkeit richtet sich nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen. Es ist zu prüfen, ob der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz weggefallen ist, die Funktion eines anderen Arbeitnehmers nach dem Arbeitsvertrag und seinen individuellen Fähigkeiten und Kenntnissen wahrnehmen könnte (sog. Austauschbarkeit). An der Vergleichbarkeit fehlt es folglich, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann. Die Vergleichbarkeit richtet sich daher nach der Weite des Direktionsrechts. Die Vergleichbarkeit ist auf die jeweilige **Hierarchieebene** beschränkt (sog. horizontale Vergleichbarkeit). Andernfalls würde ein Verdrängungswettbewerb „nach unten“ entstehen. **Beispiel:** Arbeitnehmer A ist Gruppenleiter (1 von 6) in der Abteilung Schadensbearbeitung. Ihm unterstehen 6 Schadensbearbeiter. Entschließt sich der Arbeitgeber zukünftig nur noch mit 5 Gruppen zu arbeiten, kann sich A nicht darauf berufen, einer der Schadensbearbeiter sei vorrangig zu kündigen.

Die Sozialauswahl ist anhand der folgenden **4 Kriterien** vorzunehmen: Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Zahl der Unterhaltspflichtigen, Schwerbehinderung. Über die Gewichtung der Kriterien untereinander macht das Gesetz keine Vorgabe. Der Arbeitgeber hat die Kriterien in angemessener Weise zu berücksichtigen. Dabei steht ihm ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. **Beispiel:** Arbeitnehmer A ist 26 Jahre alt, seit 7 Jahren beschäftigt, verheiratet/4 Kinder; Arbeitnehmer B ist 45 Jahre alt, seit 15 Jahren beschäftigt, ledig/kein Kind. Hier ist die Auswahl des sozial schutzwürdigeren Arbeitnehmers schwierig.

Noch schwieriger wird es, wenn der Arbeitgeber aus einer größeren Gruppe, z.B. 40 Arbeitnehmer aus 250 Arbeitnehmern, auswählen muss. In diesen Fällen bedient sich der Arbeitgeber in der Regel eines Rasters (sog. **Punkteschema**). Ist ein Punkteschema in einem Tarifvertrag oder in einer

Betriebsvereinbarung festgelegt, so kann die Bewertung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden (§ 1 Abs. 4 KSchG). Die Aufstellung eines Punkteschemas ist **mitbestimmungspflichtig** (§ 95 Abs. 1 BetrVG). **Beispiel:** Ein Punkteschema könnte wie folgt aussehen:

Alter:	1 Punkt pro vollendetem Lebensjahr ab Vollendung des 20. Lebensjahres (max. 35 Punkte)
Betriebszugehörigkeit:	2 Punkte pro vollendetem Jahr (max. 70 Punkte)
Unterhaltspflichten:	6 Punkte pro Unterhaltsberechtigtem
Schwerbehinderung:	10 Punkte bei 50%, je 2 weitere Punkte für zusätzliche 10%

Im obigen Beispiel hätte Arbeitnehmer A = 50 Punkte und B = 55 Punkte. B ist folglich sozial schutzwürdiger und A wäre zu kündigen.

In die Sozialauswahl einzubeziehen sind alle **vergleichbaren Arbeitnehmer** des Betriebs (nicht des Unternehmens). Die Vergleichbarkeit richtet sich nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen. Es ist zu prüfen, ob der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz weggefallen ist, die Funktion eines anderen Arbeitnehmers nach dem Arbeitsvertrag und seinen individuellen Fähigkeiten und Kenntnissen wahrnehmen könnte (sog. Austauschbarkeit). An der Vergleichbarkeit fehlt es folglich, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann. Die Vergleichbarkeit richtet sich daher nach der Weite des Direktionsrechts. Die Vergleichbarkeit ist auf die jeweilige **Hierarchieebene** beschränkt (sog. horizontale Vergleichbarkeit). Andernfalls würde ein Verdrängungswettbewerb „nach unten“ entstehen. **Beispiel:** Arbeitnehmer A ist Gruppenleiter (1 von 6) in der Abteilung Schadensbearbeitung. Ihm unterstehen 6 Schadensbearbeiter. Entschließt sich der Arbeitgeber zukünftig nur noch mit 5 Gruppen zu arbeiten, kann sich A nicht darauf berufen, einer der Schadensbearbeiter sei vorrangig zu kündigen.

Hat der Arbeitgeber die Sozialauswahl unrichtig durchgeführt, können sich nur die gekündigten Arbeitnehmer auf die Unrichtigkeit der Sozialauswahl berufen, die bei korrekter Sozialauswahl nicht gekündigt worden wären. Wäre ein gekündigter Arbeitnehmer auch bei korrekter Sozialauswahl gekündigt worden, führt die unrichtige Sozialauswahl für diese Kündigung nicht zur Unwirksamkeit (keine „Dominotheorie“).

Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu **beweisen**, aus denen sich die fehlerhafte Sozialauswahl ergibt. Es gilt jedoch eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast, da der Arbeitnehmer in der Regel keinen Überblick über die betrieblichen Verhältnisse und die möglicherweise vergleichbaren Arbeitnehmer hat. Der Arbeitnehmer muss zunächst nur die Richtigkeit der Sozialauswahl bestreiten. Der Arbeitgeber muss dann die Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer benennen, deren Sozialdaten und den Auswahlprozess (Gewichtung der Kriterien). Dann obliegt es wiederum dem Arbeitnehmer vorzutragen, warum die Sozialauswahl fehlerhaft war, insb. indem der Arbeitnehmer darlegt, warum ein anderer Arbeitnehmer weniger schutzbedürftig gewesen wäre oder dass noch andere Arbeitnehmer in die Sozialauswahl hätten einbezogen werden müssen.

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, einzelne Arbeitnehmer **aus der Sozialauswahl herauszunehmen**, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt (sog. Leistungsträgerklausel bzw. Sozialauswahl nach Altersgruppen, § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG).

**Beispiel:** Arbeitgeber X (Autohaus) muss 1 von 5 Neuwagenverkäufern betriebsbedingt kündigen, da nach Auslaufen der Abwrackprämie das Neuwagengeschäft erheblich eingebrochen ist. Arbeitnehmer A wäre zwar der sozial am wenigsten schutzwürdige Arbeitnehmer, spricht jedoch als einziger fließend polnisch. X nimmt den A aus der Sozialauswahl heraus, da er den A zur Betreuung eines Großkunden in Danzig benötigt, mit dem er 20% seines Umsatzes macht.

Die Leistungsträgerklausel kann sich nur auf **einige wenige Arbeitnehmer** beziehen, da sonst die grundsätzlich durchzuführende Sozialauswahl faktisch umgangen werden würde und die Lebenserfahrung besagt, dass kein Unternehmen nur aus Leistungsträgern besteht. **Beispiel:** Arbeitgeber Z beschäftigt 10 Monteure. Er muss aufgrund der schlechten Auftragslage 2 Monteure entlassen. Z erklärt 7 seiner 10 Monteure zu Leistungsträgern und beschränkt die Sozialauswahl daher auf die

verbliebenen 3 Monteure. Dies ist unzulässig.

Der Arbeitgeber hat auch die Möglichkeit, **Altersgruppen** zu bilden, und die Sozialauswahl jeweils auf die einzelnen Altersgruppen beschränkt durchzuführen, um eine ausgewogene Altersstruktur der Belegschaft zu sichern. **Beispiel:** Unternehmer Z muss 10% seiner Belegschaft entlassen. Er bildet Altersgruppen wie folgt: 0-20 Jahre, 21-30 Jahre, 31-40 Jahre, 41-50 Jahre, 51+ Jahre. In jeder der Altersgruppen werden jeweils 10% der Arbeitnehmer entlassen.

Im Falle einer **Betriebsänderung** (§ 111 BetrVG) können Arbeitgeber und Betriebsrat einvernehmlich festlegen, welche Arbeitnehmer betriebsbedingt gekündigt werden sollen. Hierzu müssen die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in dem Interessenausgleich namentlich bezeichnet werden (sog. Namensliste).

Zum einen wird vermutet, dass die Kündigung der namentlich bezeichneten Arbeitnehmer durch **dringende betriebliche Erfordernisse bedingt** ist. Es wird folglich vermutet, dass der Arbeitsplatz aus betrieblichen Gründen weggefallen ist und dass eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für die Arbeitnehmer im Unternehmen nicht besteht. D.h. der Arbeitnehmer muss das Gegenteil beweisen. **Beispiel:** Arbeitnehmer A kann beweisen, dass seine Arbeit von einem Leiharbeiter oder einem neu eingestellten Arbeitnehmer verrichtet wird (sog. Austausch Kündigung).

Zum anderen kann die **Sozialauswahl** der Arbeitnehmer nur auf grobe Fehlerhaftigkeit vor Gericht überprüft werden (§ 1 Abs. 5 KSchG). Dies bezieht sich sowohl auf die Gewichtung der Sozialkriterien zueinander (wie bei § 1 Abs. 4 KSchG), als auch auf den Kreis der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer. Bildet der Arbeitgeber Altersgruppen, kann die Altersgruppenbildung ebenfalls nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Die Verteidigungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer vor Gericht sind damit erheblich eingeschränkt. **Grobe Fehlerhaftigkeit** bedeutet, dass ganz tragende Gesichtspunkte nicht in die Bewertung einbezogen worden sind und die Bewertung damit evident unzulänglich ist und jede Ausgewogenheit vermissen lässt. **Beispiel:** Arbeitgeber und Betriebsrat haben im Interessenausgleich ein Punkteschema zu Grunde gelegt, in dem die Unterhaltspflichten gar nicht berücksichtigt worden sind. Dies ist grob Fehlerhaft. Gleiches gilt für eine Namensliste in einem Interessenausgleich, bei dem der Betriebsrat verlangt hat, dass unabhängig von der Schutzbedürftigkeit alle Gewerkschaftsmitglieder aus der Liste herauszunehmen sind. Dies ist nach § 75 BetrVG unwirksam und deshalb grob fehlerhaft.

#### 4.9 Kündigung mit Abfindungsanspruch

Das deutsche Kündigungsschutzrecht ist auf den **Erhalt des Arbeitsverhältnisses** gerichtet und nicht auf eine Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes (in der Praxis sieht dies allerdings anders aus). Dazu gibt es eine gesetzliche Ausnahme: Der Arbeitnehmer erhält eine Abfindung kraft Gesetzes, wenn der Arbeitgeber im Kündigungsschreiben auf die Betriebsbedingtheit der Kündigung hinweist und die Abfindung für den Fall anbietet, dass der Arbeitnehmer die Klagefrist verstreichen lässt (§ 1a KSchG).

**Beispiel** (Formulierung): „Die Kündigung erfolgt wegen dringender betrieblicher Erfordernisse. Gemäß § 1a KSchG weisen wir Sie darauf hin, dass, sofern Sie keine Klage auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, Sie einen Anspruch auf Zahlung einer Abfindung haben. Erheben Sie daher keine Kündigungsschutzklage, so steht Ihnen eine Abfindung zu, deren Höhe sich wie folgt berechnet: 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. Bei der Ermittlung der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten auf ein volles Jahr aufzurunden.“

Der Abfindungsanspruch entsteht nicht bzw. entfällt wieder, wenn der Arbeitnehmer zwar zunächst die Klagefrist hat verstreichen lassen, aber dann nachträgliche Klagezulassung wegen Fristversäumnis (§ 5 KSchG) beantragt. Umgekehrt lebt der Anspruch nicht wieder auf, wenn der Arbeitnehmer seine Kündigungsschutzklage wieder zurücknimmt (§ 269 Abs. 3 S. 1 ZPO). Zwar bewirkt die Klagerücknahme, dass die Klage als nicht anhängig gemacht gilt. Die Regelung dient jedoch der Vermeidung von Arbeitsgerichtsprozessen. Deshalb kommt es darauf an, dass gar nicht erst

Kündigungsschutzklage erhoben worden ist.

Der Anspruch auf die Abfindung entsteht erst mit **Ablauf der Kündigungsfrist**. Stirbt der Arbeitnehmer vor Ablauf der Kündigungsfrist oder wird das Arbeitsverhältnis vorher außerordentlich gekündigt, kommt der Anspruch nicht zur Entstehung.

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf eine Abfindung in Höhe von 0,5 Bruttomonatsgehältern für jedes Jahr des Bestehens seines Arbeitsverhältnisses. Beschäftigungszeiten von mehr als sechs Monaten sind auf ein Jahr aufzurunden (§ 1a Abs. 2 S. 3 KSchG).

Als Bruttomonatsgehalt ist anzusetzen, was dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis endet, an Geld- und Sachbezügen zusteht. Gratifikationen (z.B. Urlaubs- oder Weihnachtsgeld) sind unabhängig vom Auszahlungsmonat anteilig zu berücksichtigen.

## 5. Änderungskündigung

### 5.1 Inhalt einer Änderungskündigung

Eine Änderungskündigung besteht aus 2 Teilen: Sie verbindet eine Beendigungskündigung mit dem Angebot auf Änderung des Arbeitsvertrags nach Ablauf der Kündigungsfrist.

**Beispiel** (Formulierung): „Hiermit kündigen wir das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 30.9. Zugleich bieten wir Ihnen ab dem 1.10. die Weiterbeschäftigung zu den als Anlage beigefügten Bedingungen an.“

### 5.2 Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer hat verschiedene Möglichkeiten, auf eine Änderungskündigung zu reagieren. Er kann das Änderungsangebot **vorbehaltlos annehmen**. In diesem Fall haben sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf die neuen Arbeitsbedingungen einvernehmlich geeinigt. Der Arbeitnehmer kann stattdessen das Änderungsangebot auch **unter Vorbehalt annehmen** und zugleich vor Gericht beantragen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt ist (§ 2 KSchG). Kommt das Arbeitsgericht zu dem Ergebnis, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht gerechtfertigt war, verbleibt es bei den alten Arbeitsbedingungen. Sind die Änderungen dagegen sozial gerechtfertigt gewesen, bleibt der Arbeitnehmer zu den neuen Bedingungen weiter tätig. Der Vorteil für den Arbeitnehmer liegt darin, dass er die Zulässigkeit der angebotenen Änderungen gerichtlich überprüfen lassen kann ohne den Verlust seines Arbeitsplatzes zu riskieren („Airbag“). Schließlich kann der Arbeitnehmer das Änderungsangebot auch **ablehnen**. In diesem Fall greift die Beendigungskündigung und die Parteien können vor dem Arbeitsgericht über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses streiten.

Für die **Änderungsschutzklage** vor dem Arbeitsgericht beträgt die Klagefrist 3 Wochen. Versäumt der Arbeitnehmer diese Frist, gelten die Änderungen als wirksam. Ein zuvor gegenüber dem Arbeitgeber erklärte Vorbehalt erlischt automatisch (§ 7 KSchG).

Hat der Arbeitnehmer fristgerecht Änderungsschutzklage erhoben, muss der Arbeitnehmer gleichwohl nach Ablauf der Kündigungsfrist (sofern die Klage des Arbeitnehmers dann noch nicht entschieden ist) zunächst zu den neuen Bedingungen arbeiten.

### 5.3 Rechtfertigung der Änderungskündigung

Im Gegensatz zur Beendigungskündigung bezieht sich die soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung auf die vom Arbeitgeber angestrebten **Änderungen der**

**Arbeitsbedingungen.** Das Änderungsangebot des Arbeitgebers ist daher maßgebend zu berücksichtigen.

Dies gilt auch für den Fall, dass der Arbeitnehmer die Änderung abgelehnt hat. Dann streiten die Parteien zwar über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Gleichwohl ändert sich auch in diesem Fall nichts am Rechtfertigungsmaßstab. Es kommt nur auf die angestrebte Vertragsänderung an.

Die Prüfung der Änderungskündigung erfolgt in 2 Schritten. Zunächst ist zu prüfen, ob die **Abkehr von den bisherigen Arbeitsbedingungen** sozial gerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 2 KSchG). Dies ist der Fall, wenn für die Vertragsänderung ein Grund in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegt oder wenn dringende betriebliche Erfordernisse die Vertragsänderung bedingen (sog. „ob“ der Änderung). Liegt dagegen kein Grund für das „ob“ der Vertragsänderung vor, erübrigt sich eine nähere Prüfung des Änderungsangebots, da die Änderungskündigung unwirksam ist.

Bei einer **personenbedingten Änderungskündigung** ist dazu erforderlich, dass der Arbeitnehmer aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse nicht mehr auf seinem bisherigen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann.

**Beispiel:** Arbeitnehmer A ist Fahrer für den Vorstand des Unternehmens X. Aufgrund einer Alkoholerkrankung hat er seinen Führerschein verloren. Obwohl A mittlerweile „trocken“ ist, hat er es nicht geschafft, den „Idiotentest“ zu bestehen und darf daher auch weiterhin kein Fahrzeug mehr führen. X spricht daher eine Änderungskündigung gegenüber A aus. Zukünftig soll er auf einem anderen Arbeitsplatz eingesetzt werden, wo er keinen Führerschein benötigt. Hier liegt ein personenbedingter Grund vor.

Eine **verhaltensbedingte Änderungskündigung** setzt ein schuldhaftes vertragswidriges Fehlverhalten, ggf. nach vorangegangener Abmahnung, voraus, welches eine unveränderte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausschließt.

**Beispiel:** Arbeitnehmer B ist „feuriger“ Anhänger des 1. FC Köln und kann nicht verstehen, warum sein Arbeitskollege K Fan des FC Bayern München ist. Deshalb bricht B insbesondere montags nach den Spieltagen ohne jeden Grund „Streit vom Zaun“, um den K zu ärgern. Der Arbeitgeber spricht daher gegenüber B eine Änderungskündigung auf einen anderen Arbeitsplatz aus, um die „Streithähne“ räumlich zu trennen. Hier liegt ein verhaltensbedingter Grund vor.

Bei einer **betriebsbedingten Änderungskündigung** führt nur der auf einer unternehmerischen Entscheidung beruhende Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes des Arbeitnehmers zur Notwendigkeit der Änderung der Arbeitsbedingungen.

**Beispiel:** Arbeitnehmerin C ist dafür zuständig, im Unternehmen Z die Reisekostenabrechnungen zu machen und Reisekostenvorschüsse an die Mitarbeiter in bar auszuzahlen. Aufgrund einer neu eingeführten Software erledigen die Arbeitnehmer nunmehr selbst am Computer die Reisekostenabrechnung. Außerdem werden durch den Einsatz von Firmenkreditkarten kaum mehr Reisekostenvorschüsse an die Mitarbeiter in bar ausgezahlt. Z entschließt sich daher, den Arbeitsplatz von C ersatzlos zu streichen. Z spricht gegenüber C eine Änderungskündigung auf einen Arbeitsplatz in der Buchhaltung aus. Hier liegt ein betriebsbedingter Grund vor.

Ist die Veränderung der bisherigen Arbeitsbedingungen als solche sozial gerechtfertigt, ist in einem 2. Schritt zu prüfen, ob die angebotenen **Änderungen** dem Arbeitnehmer **zumutbar** sind (sog. „wie“ der Änderung). Dies ist der Fall, wenn sich der Arbeitgeber darauf beschränkt hat, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss. Hierfür ist eine am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Prüfung vorzunehmen. Dem Arbeitnehmer muss das jeweils am wenigsten

beeinträchtigende – verhältnismäßigste – Angebot von mehreren Möglichkeiten gemacht worden sein. Danach müssen die geänderten Arbeitsbedingungen im Hinblick auf den Kündigungsgrund **geeignet sowie erforderlich** sein und dürfen sich nicht weiter vom bisherigen Inhalt des Arbeitsverhältnisses entfernen, als dies zur Erreichung des mit der Änderungskündigung angestrebten Ziels erforderlich ist.

**Beispiel:** Arbeitnehmerin A ist Sachbearbeiterin in der Kundenbetreuung eines Versandhauses. Der Arbeitsplatz fällt betriebsbedingt weg. Es besteht jedoch ein freier Arbeitsplatz in der Retourenabteilung (gleiches Gehalt) sowie ein freier Arbeitsplatz in der Verpackungsabteilung (geringeres Gehalt). Hier muss der Arbeitgeber eine Änderungskündigung auf den freien Arbeitsplatz in der Retourenabteilung aussprechen.

Eine Änderungskündigung ist in jedem Fall unwirksam, wenn der Arbeitgeber das verfolgte Ziel (Änderung der Arbeitsbedingungen) auch auf andere (mildere) Weise, z.B. durch die Ausübung seines Direktionsrechts, herbeiführen kann (Verstoß gegen „Ultima ratio-Prinzip“).

\*\*\*



# § 9

## Arbeitsgerichtsverfahren

**Zur Vertiefung:** *Weth*, Besonderheiten der Arbeitsgerichtsbarkeit, NZA 1998, S. 680 ff.; *Opolony*, Die Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahrens aus anwaltlicher Sicht, JuS 2000, S. 894 ff.; *Reufels*, Taktische Fragen im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Anwaltsblatt 2010, S. 173 ff.

### 1. Arbeitsgerichte

#### 1.1 Arbeitsgerichtsbarkeit

Für Rechtsstreitigkeiten zwischen **Arbeitnehmer und Arbeitgeber** sind die Arbeitsgerichte zuständig. Weitere Zuständigkeiten ergeben sich aus §§ 2, 2a ArbGG.

Die Arbeitsgerichtsbarkeit ist eine **eigenständige Gerichtsbarkeit** neben der ordentlichen Gerichtsbarkeit (Zivil- und Strafgerichte), der Verwaltungsgerichtsbarkeit, der Sozialgerichtsbarkeit und der Finanzgerichtsbarkeit.

Für Bestandsschutzklagen von **Organmitgliedern**, die zur gesetzlichen Vertretung der Gesellschaft berufen sind (z.B. Geschäftsführer einer GmbH), sind nicht die Arbeitsgerichte, sondern die **Zivilgerichte** zuständig, da das Arbeitsgerichtsgesetz ausdrücklich regelt, dass diese Personen keine Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes sind (§ 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG).

#### 1.2 Sachliche Zuständigkeit

Der **Instanzenzug** der Arbeitsgerichtsbarkeit besteht aus Arbeitsgericht (1. Instanz / Eingangsstanz), Landesarbeitsgericht (2. Instanz / Berufungsinstanz) sowie dem Bundesarbeitsgericht (3. Instanz / Revisionsinstanz) in Erfurt. Alle Rechtsstreitigkeiten beginnen, unabhängig vom Streitwert, vor dem Arbeitsgericht.

Das Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben je nach Größe mehrere Kammern, vor denen die Prozesse verhandelt werden. Zu einer Kammer gehören jeweils 1 Berufsrichter (Vorsitzender) sowie 2 ehrenamtliche Richter, von denen je einer aus der Reihe der Arbeitnehmerseite und der Arbeitgeberseite stammt. Das Bundesarbeitsgericht hat Senate, die jeweils aus 3 Berufsrichtern und 2 ehrenamtlichen Richtern bestehen.

Bei der Urteilsfindung haben alle Richter je eine gleichwertige Stimme. Die Entscheidung wird mit einfacher Mehrheit getroffen. Es ist daher möglich, dass vor dem Arbeitsgericht oder Landesarbeitsgericht die beiden ehrenamtlichen Richter den Berufsrichter überstimmen.

#### 1.3 Örtliche Zuständigkeit

**Örtlich zuständig** ist das Arbeitsgericht, in dessen Gerichtsbezirk der Beklagte seinen **allgemeinen Gerichtsstand** hat (§ 12 ZPO). Bei natürlichen Personen ist dies der Wohnsitz (§ 13 ZPO), bei juristischen Personen (z.B. GmbH, Aktiengesellschaft) der Sitz der Gesellschaft (§ 17 ZPO). Daneben kann der Kläger wahlweise seine Klage auch bei einem anderen Arbeitsgericht erheben, sofern ein **besonderer Gerichtsstand** besteht. Im Arbeitsrecht kommen diesbezüglich der Gerichtsstand der Niederlassung (§ 21 ZPO) und der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO) in Betracht. Ein Arbeitnehmer kann daher eine Kündigungsschutzklage bei dem Gericht einreichen, in dessen Gerichtsbezirk er seine Arbeitsleistung erbringt oder erbracht hat.

**Beispiel:** Arbeitnehmer A, wohnhaft in Bonn, arbeitet bei der X-GmbH in Köln. Kündigungsschutzklage kann A beim Arbeitsgericht Köln erheben, da X seinen Sitz in Köln hat (§ 17 ZPO) bzw. A seine Arbeitsleistung in Köln erbringt (§ 29 ZPO).

## 1.4 Anwaltliche Vertretung

Vor dem Arbeitsgericht besteht **kein Anwaltszwang** (§ 11 Abs. 1 ArbGG). D.h. Arbeitnehmer und Arbeitgeber können sich vor Gericht auch selbst vertreten. Ab dem Landesarbeitsgericht ist dagegen die Vertretung durch einen Verbandsvertreter (Gewerkschaft bzw. Arbeitgeberverband) oder Rechtsanwalt zwingend vorgeschrieben. Vor dem Bundesarbeitsgericht können Verbandsvertreter allerdings nur auftreten, wenn diese auch Volljuristen sind.

## 2. Kündigungsschutzprozess

### 2.1 Kündigungsschutzklage

Wurde einem Arbeitnehmer gekündigt, muss er die Kündigung innerhalb von **3 Wochen nach Zugang** der Kündigung vor Gericht angreifen. Andernfalls gilt die Kündigung unwiderleglich als wirksam (§ 7 KSchG).

Die Klagefrist von 3 Wochen gilt nur für schriftliche Kündigungen. Daher kann der Arbeitnehmer auch noch später Kündigungsschutzklage erheben, wenn es um formunwirksame Kündigungen geht. **Beispiel:** Arbeitgeber A schickt an den Arbeitnehmer B eine Kündigung, vergisst aber, das Kündigungsschreiben zu unterzeichnen. B erhebt erst nach 4 Monaten Kündigungsschutzklage. Die Kündigungsschutzklage ist nicht verspätet, da die Kündigung mangels eigenhändiger Unterschrift nicht „schriftlich“ war.

Die Kündigungsschutzklage ist darauf gerichtet, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die ausgesprochene Kündigung nicht aufgelöst worden ist.

**Beispiel (Antrag):** „Es wird beantragt, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 15.2.2011 zum 30.4.2011 nicht aufgelöst worden ist.“

Das bedeutet, der Kündigungsschutzprozess befasst sich nur mit der Frage, ob das Arbeitsverhältnis durch eine ganz bestimmte Kündigung zu einem bestimmten Zeitpunkt beendet worden ist oder nicht (sog. punktuelle Streitgegenstandstheorie). Hat die Klage des Arbeitnehmers Erfolg, kann der Arbeitgeber nicht anschließend geltend machen, es habe noch andere Gründe gegeben, welche das Arbeitsverhältnis zum selben oder einem früheren Zeitpunkt beendet haben. Durch die gerichtliche Entscheidung steht nämlich fest, dass das Arbeitsverhältnis zu dem im Urteil festgestellten Zeitpunkt noch bestanden hat.

In der Regel beantragt der Arbeitnehmer (bzw. dessen Anwalt) zusätzlich, „festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom [Datum] zum [Datum] nicht aufgelöst worden ist, sondern über diesen Zeitpunkt hinaus fortbesteht.“ In dem letzten Zusatz steckt eine **allgemeine Feststellungsklage**, mit der auch alle sonstigen (sofern vorhanden) Beendigungsgründe bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung des Verfahrens erfasst werden (sog. Schleppnetzantrag). Hierdurch sichert der Anwalt den Arbeitnehmer ab, falls dieser vergessen hat, eine weitere Kündigung vor Gericht extra anzugreifen.

### 2.2 Nachträgliche Klagezulassung

War der Arbeitnehmer ohne Verschulden nicht in der Lage, die 3-wöchige Klagefrist einzuhalten (z.B. wegen Urlaubsabwesenheit), kann er die nachträgliche Zulassung seiner Kündigungsschutzklage beantragen (§ 5 KSchG).

Verschulden liegt z.B. vor, wenn der Arbeitnehmer die Klagefrist aus **Unkenntnis** versäumt hat. Der Arbeitnehmer kann sich daher nicht darauf berufen, er habe die 3-Wochenfrist nicht gekannt

(„Unwissenheit schützt vor Strafe nicht“). Auch für ausländische Arbeitnehmer gilt hier kein anderer Maßstab. Diese können sich auch nicht darauf berufen, dass sie den Inhalt des Kündigungsschreibens nicht verstanden haben, da diese die Pflicht haben, ein fremdsprachiges Schreiben in angemessener Frist übersetzen zu lassen. Hat der eingeschaltete **Anwalt** die Klagefrist versäumt, muss sich der Arbeitnehmer dieses Verschulden als eigenes zurechnen lassen (§ 85 Abs. 2 ZPO). Der Anwalt haftet dem Arbeitnehmer dann natürlich aus der Verletzung des Anwaltsvertrags auf Schadensersatz.

### 2.3 Prozessverlauf

Der Prozess vor dem Arbeitsgericht beginnt immer mit einem **Gütetermin** (§ 54 ArbGG). Diese findet vor dem Vorsitzenden ohne die ehrenamtlichen Richter statt. Ziel der Güteverhandlung ist eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits, also der Abschluss eines Vergleichs zwischen den Parteien. Kommt eine gütliche Einigung nicht zu Stande, wird ein **Kammertermin** anberaumt. Dieser findet vor der gesamten Kammer (also inklusive ehrenamtlicher Richter) statt. Der Kammertermin wird durch Schriftsätze vorbereitet. Im Kammertermin wird der Streitgegenstand dann noch einmal umfassend mit den Parteien erörtert, anschließend werden die Anträge gestellt. Ziel des Gesetzes ist es, das Verfahren in einem Kammertermin zu erledigen. Die Kammerverhandlung endet mit einem Urteil, das ohne weiteres vollstreckbar ist.

### 2.4 Kosten

Eine Besonderheit des Kündigungsschutzprozesses vor dem Arbeitsgericht ist die Kostenregelung. Die unterliegende Partei trägt zwar die vollen Gerichtskosten, jedoch nicht die Kosten des gegnerischen Anwalts in der 1. Instanz. Vielmehr muss jede Seite ihre eigenen **Anwaltskosten** tragen (§ 12 a Abs. 1 ArbGG), sofern ein Anwalt zur Rechtsvertretung eingeschaltet wurde. Vor dem Landes- und Bundesarbeitsgericht gilt dies nicht mehr. Im Gegensatz zu dem Verfahren vor dem Arbeitsgericht hat die unterliegende Partei alle Kosten der obsiegenden Partei zu ersetzen.

Die Gerichts- und Anwaltskosten berechnen sich nach dem Streitwert. Bei einer Kündigungsschutzklage wird der **Vierteljahresverdienst** als Streitwert angesetzt (§ 42 Abs. 3 GKG).

**Beispiel:** Hat der gekündigte Arbeitnehmer ein Bruttomonatsgehalt in Höhe von 5.000 EUR, beträgt der Streitwert 15.000 EUR. Dafür fallen für die unterlegene Partei 484 EUR an Gerichtskosten, sowie für jede Seite 1.705,65 EUR an Anwaltskosten an.

\*\*\*

# § 10

## Besonderer Kündigungsschutz

**Zur Vertiefung:** *Lohr/Weber*, Der Sonderkündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern, BB 1999, S. 2350 ff.; *Eylert/Sänger*, Der Sonderkündigungsschutz im 21. Jahrhundert – Zur Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Sonderkündigungsschutz, RdA 2010, S. 24 ff.; *Schrader/Klagges*, Arbeitsrecht und schwerbehinderte Menschen, NZA-RR 2009, S. 169 ff.; *Preis/Nehring*, Das Pflegezeitgesetz, NZA 2008, 729 ff.; *Springer/Kamppeter*, Schwanger – und jetzt? Ein Leitfaden für Arbeitgeber, BB 2010, S. 2960 ff.; *Kittner*, § 9 MuSchG, § 18 BEEG – Prüfungsumfang und Entscheidung bei betrieblich veranlassten Kündigungen, NZA 2010, S. 198 ff.; *Wiebauer*, Die Rechtsprechung zum besonderen Fall nach § 9 MuSchG und § 18 BEEG, BB 2013, S. 1784 ff.; *Müller*, Die Änderungen im Familien- und Pflegezeitrecht, BB 2014, S. 3125 ff.; *Thüsing/Pötters*, Das Gesetz zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf, BB 2015, S. 181 ff.;

Unabhängig vom allgemeinen Kündigungsschutz besteht für bestimmte Arbeitnehmergruppen daneben ein **zusätzlicher Kündigungsschutz** kraft Gesetzes (sog. besonderer Kündigungsschutz), da diese Arbeitnehmergruppen in besonderem Maße schutzbedürftig bzw. von einer Kündigung bedroht sein können.

### 1. Schwangerschaft, Elternzeit, Pflegezeit, Familienpflegezeit

#### 1.1 Kündigungsschutz

Während der gesamten **Schwangerschaft** und bis zu **4 Monate nach der Geburt** ist eine Kündigung nur zulässig, wenn die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde (in NRW: Bezirksregierungen) der Kündigung **vorher** ausnahmsweise **zugestimmt** hat. Die Kündigung muss ferner den **Kündigungsgrund** angeben (§ 9 MuSchG).

Die Schwangerschaft muss im Zeitpunkt der Kündigung **objektiv bestanden** haben. Ob dies der Fall ist, ergibt sich aus dem ärztlichen Attest über die Schwangerschaft. Von dem prognostizierten Entbindungstag ist **um 280 Tage zurückzurechnen**, wobei der voraussichtliche Entbindungstag nicht mitzählt.

Exkurs **Mutterschutz**: Für die werdende Mutter besteht 6 Wochen vor der Entbindung ein absolutes Beschäftigungsverbot. Ausnahme: Die werdende Mutter erklärt sich zur Arbeit ausdrücklich bereit. Das Beschäftigungsverbot besteht nach der Geburt für 8 Wochen, bei Früh- und Mehrlingsgeburten beträgt das Beschäftigungsverbot 12 Wochen.

Hat der Arbeitgeber **keine Kenntnis** von der Schwangerschaft oder Entbindung, wird er (logischerweise) die Kündigung ohne vorherige Zustimmung der Behörde aussprechen. Die Kündigung ist dann trotzdem wirksam, es sei denn die Schwangerschaft bzw. Entbindung wird ihm **innerhalb von 2 Wochen** nach Zugang der Kündigung mitgeteilt. Durch die Mitteilung wird die Kündigung rückwirkend unwirksam.

Eine **Überschreitung** der 2-Wochen-Frist ist unschädlich, wenn dies auf einem von der Schwangeren bzw. Mutter nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung **unverzüglich nachgeholt** wird (§ 9 Abs. 1 S. 1 MuSchG). **Beispiel**: Arbeitnehmerin A erfährt erst 3 Wochen nach Erhalt der Kündigung von ihrem Frauenarzt, dass sie bereits seit 8 Wochen schwanger ist. Eine verschuldete Unkenntnis liegt erst dann vor, wenn die Schwangere zwingende Anhaltspunkte für eine Schwangerschaft ignoriert.

Der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an **Elternzeit** verlangt worden ist, höchstens jedoch 8 Wochen vor Beginn der Elternzeit, und während der Elternzeit nicht kündigen (§ 18 BEEG). Entsprechendes gilt ab dem Zeitpunkt der Ankündigung einer **Pflegezeit** (§ 5 PflegeZG) oder **Familienpflegezeit** (§ 2 Abs. 3

FPflegeZG). Eine trotzdem ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Auch bei Eltern-, Pflege- und Familienpflegezeit gilt, dass die Kündigung ausnahmsweise von der Behörde für zulässig erklärt werden kann. In der Kündigung selbst muss jedoch kein Kündigungsgrund angegeben werden.

## 1.2 Zustimmung der Behörde

Die Kündigung einer Schwangeren/Mutter (bis 4 Monate nach der Geburt) oder eines Eltern-, Pflege- bzw. Familienpflegezeitlers kann auf Antrag des Arbeitgebers ausnahmsweise von der Behörde zugelassen werden. Voraussetzung dafür ist, dass ein **besonderer Fall** vorliegt, der nicht mit der Schwangerschaft/Mutterschaft bzw. Eltern-/Pflege-/Familienpflegezeit in Zusammenhang steht.

**Beispiel:** Arbeitgeber X muss seinen Betrieb stilllegen und möchte daher allen dort beschäftigten Arbeitnehmern kündigen. Auch besonders **grobe Pflichtverletzungen** gegen arbeitsvertragliche Pflichten können zur Zustimmung zur Kündigung führen.

Die Behörde ermittelt, ob die Voraussetzungen für eine Zustimmung vorliegen und trifft eine Entscheidung (Verwaltungsakt). Bevor eine Entscheidung getroffen wird, hört die Behörde den Arbeitnehmer an. Die Entscheidung wird Arbeitnehmer und dem antragstellenden Arbeitgeber mitgeteilt.

## 1.3 Kündigungsschutzklage

Der Arbeitnehmer muss auch im Falle der Unwirksamkeit der Kündigung rechtzeitig (d.h. innerhalb der 3-Wochen-Frist) **Kündigungsschutzklage** vor dem Arbeitsgericht einreichen (§ 4 KSchG). Andernfalls droht die gesetzliche Fiktion, dass die Kündigung von Anfang an wirksam war (§ 7 KSchG). Vorliegend bedarf die Kündigung jedoch der Zustimmung einer Behörde. Daher läuft die Klagfrist erst ab der **Bekanntgabe der Entscheidung** der Behörde an den Arbeitnehmer (§ 4 S. 4 KSchG). Dies gilt aber nur, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung bereits Kenntnis von der Schwangerschaft hatte (für die Eltern-/Pflege-/Familienpflegezeit ist dies stets der Fall, da die Eltern-/Pflege-/Familienpflegezeit eine Mitteilung des Arbeitnehmers voraussetzt). Teilt die Arbeitnehmerin die Schwangerschaft erst nachträglich mit, findet die Vorschrift keine Anwendung. D.h. die Arbeitnehmerin muss in diesem Fall die 3-wöchige Klagfrist tunlichst einhalten.

# 2. Schwerbehinderung und gleichgestellte Menschen

## 2.1 Kündigungsschutz

Schwerbehinderte und diesen gleichgestellte Menschen sind in besonderem Maße gegen Kündigungen geschützt. **Vor** Ausspruch der Kündigung muss das Integrationsamt der Kündigung zugestimmt haben, sonst ist die Kündigung unwirksam (§ 85 SGB IX).

Menschen sind **behindert**, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als 6 Monate von dem für das **Lebensalter typischen Zustand** abweicht und daher ihre Teilhabe vom Leben in der Gemeinschaft beeinträchtigt ist. Schwerbehinderung liegt vor, wenn der behinderte Mensch einen **Grad der Behinderung** (GdB) von mindestens 50 besitzt (§ 2 Abs. 1 und 2 SGB IX). Für das Vorliegen der Behinderung bzw. Schwerbehinderung kommt es allein auf die **objektive Lage** an. Die behördliche Feststellung durch das Versorgungsamt ist lediglich deklaratorisch.

Wer einen GdB von mindestens 30 hat, kann auf Antrag von der Bundesagentur für Arbeit einem schwerbehinderten Menschen **gleichgestellt** werden, wenn sein Arbeitsplatz gefährdet ist (§ 2 Abs. 3 SGB IX). Ist dies der Fall, gilt ab dem Zeitpunkt des Feststellungsantrags der besondere

Kündigungsschutz von Schwerbehinderten auch für die Gleichgestellten (§ 68 SGB IX). Hier genügt es nicht, dass der Arbeitnehmer objektiv einen GdB von 30 hat. Der besondere Kündigungsschutz entsteht erst mit der behördlichen Feststellung der Gleichstellung (Verwaltungsakt).

Der besondere Kündigungsschutz **gilt nicht** – ebenso wenig wie der allgemeine Kündigungsschutz aufgrund des Kündigungsschutzgesetzes (§ 1 Abs. 1 KSchG) – in den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses (sog. Wartezeit – § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX). Gleiches gilt, wenn im Kündigungszeitpunkt die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 S. 2 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte (§ 90 Abs. 2a SGB IX).

Der Nachweis der Schwerbehinderung muss nicht gegenüber dem Arbeitgeber geführt werden. Es genügt, dass die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers behördlich festgestellt ist. Ein Nachweis ist entbehrlich, wenn die Schwerbehinderung **offenkundig** ist (z.B. bei Rollstuhlfahrer).

Läuft noch das Feststellungsverfahren, das noch nicht zum Abschluss gekommen ist, bleibt der Sonderkündigungsschutz nur bestehen (Voraussetzung: Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderung wird später positiv beschieden), wenn der Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderung so rechtzeitig gestellt worden ist, dass bei einer ordnungsgemäßen Mitwirkung des Antragstellers eine Entscheidung vor dem Ausspruch der Kündigung möglich gewesen wäre. Hierdurch soll ein Missbrauch des Sonderkündigungsschutzes verhindert werden. Arbeitnehmer, die – etwa durch den Betriebsrat – Kenntnis von einer bevorstehenden Kündigung erhalten, sollen davon abgehalten werden, von vornherein sinnlose Anerkennungsverfahren anzustrengen. Umgekehrt darf sich bei rechtzeitiger Antragstellung eine zögerliche Behandlung des Antrags durch die Verwaltung nicht zu Lasten des schwerbehinderten Arbeitnehmers auswirken.

Hat der Arbeitgeber von der Schwerbehinderung (bzw. der Antragstellung) **keine Kenntnis** und spricht daher die Kündigung ohne Zustimmung des Integrationsamts aus, muss der Schwerbehinderte dem Arbeitgeber **innerhalb von 3 Wochen** nach dem Zugang der Kündigung seine Schwerbehinderung mitteilen (und Kündigungsschutzklage einreichen, § 4 S. 4 KSchG findet keine Anwendung, s.o.). Andernfalls ist die Kündigung nicht mangels Zustimmung des Integrationsamts unwirksam.

## 2.2 Zustimmungsverfahren

Der Arbeitgeber muss **vor** Ausspruch der Kündigung einen schriftlichen **Antrag** an das für den Betrieb zuständige **Integrationsamt** stellen (§ 87 Abs. 1 SGB IX). Das Integrationsamt holt Stellungnahmen der zuständigen Arbeitsagentur, der Arbeitnehmer- und der Schwerbehindertenvertretung ein und hört den Schwerbehinderten an (§ 87 Abs. 2 SGB IX). Anschließend entscheidet das Integrationsamt über den Antrag.

Bei einer **ordentlichen Kündigung** entscheidet das Integrationsamt nach billigem Ermessen. Es muss die geltend gemachten Kündigungsgründe unter Beachtung des besonderen Schutzzwecks des Schwerbehindertenrechts gegen die Interessen des Schwerbehinderten abwägen. Die Entscheidung soll innerhalb von 1 Monat ergehen (§ 88 SGB IX). Das Ermessen ist jedoch in bestimmten Fällen (erheblich) reduziert. Die Zustimmung ist z.B. bei einer Betriebsstillegung zu erteilen, sofern eine Weiterbeschäftigung im Unternehmen nicht möglich ist. Gleiches gilt bei einer erheblichen Betriebseinschränkung, solange der Arbeitgeber die Schwerbehindertenquote erfüllt (§ 89 Abs. 1 SGB IX).

Bei einer **außerordentlichen Kündigung** ist die Zustimmung zu erteilen, wenn die Kündigung nicht mit der Behinderung in einem Zusammenhang steht (§ 91 Abs. 4 SGB IX). Die Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung kann jedoch nur innerhalb von **2 Wochen** beantragt werden, nach dem der Arbeitgeber vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat (§ 91 Abs. 2 SGB IX). Das Integrationsamt hat dann innerhalb von 2 Wochen zu entscheiden. Andernfalls gilt die Zustimmung als erteilt (§ 91 Abs. 3 SGB IX).

SGB IX). Da der Arbeitgeber eigentlich zugleich die 2-Wochen-Frist für den Ausspruch der fristlosen Kündigung einhalten muss, genügt es, wenn der Arbeitgeber die Kündigung unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung (oder Ablauf der Frist) ausspricht (§ 91 Abs. 5 SGB IX).

Ist das Integrationsamt der Auffassung, dass die Kündigung des Arbeitnehmers nicht der Zustimmung bedarf (z.B. weil gar keine Schwerbehinderung vorliegt), kann der Arbeitgeber beantragen, eine diesbezügliche Bescheinigung zu erhalten (sog. **Negativattest**). Liegt ein Negativattest vor, kann der Arbeitgeber die Kündigung aussprechen.

Sowohl die Zustimmung zur Kündigung als auch die Bescheinigung eines Negativattests sind **Verwaltungsakte**, die der Arbeitnehmer vor dem Verwaltungsgericht anfechten kann. Hebt das Verwaltungsgericht die Zustimmung bzw. das Negativattest auf, ist die Kündigung mangels wirksamer Zustimmung des Integrationsamts (rückwirkend) unwirksam. Dies führt zu einem **zweigleisigen Rechtsweg** (Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht; Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht).

Der Arbeitgeber muss (unabhängig vom Zustimmungsverfahren) auch den Betriebsrat zur Kündigung anhören (§ 102 BetrVG). Dieser Pflicht kann er vor oder nach der Durchführung des Zustimmungsverfahrens nachkommen. Hört der Arbeitgeber den Betriebsrat vor Durchführung des Zustimmungsverfahrens an, ist eine Wiederholung der Anhörung nach Erteilung der Zustimmung nicht mehr nötig. Etwas anderes gilt, wenn sich der Sachverhalt in der Zwischenzeit anders darstellt.

### 3. Betriebsratsmitglieder

#### 3.1 Kündigungsschutz

Betriebsratsmitglieder sind gegen Kündigungen (auch Änderungskündigungen) besonders geschützt. Als Vertreter der Belegschaft ist es ihre Aufgabe, die Interessen der Belegschaft beim Arbeitgeber durchzusetzen. Sie verdienen daher besonderen Schutz, da Konflikte mit dem Arbeitgeber nicht immer ausbleiben. Die **ordentliche Kündigung** von Betriebsratsmitgliedern ist für die **Dauer ihrer Amtszeit** sowie für ein weiteres Jahr nach Ende ihrer Amtszeit (sog. Nachwirkung) gesetzlich **ausgeschlossen** (§ 15 Abs. 1 KSchG). Der Arbeitgeber kann somit nur aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) kündigen.

**Ersatzmitglieder** genießen zunächst nur den nachwirkenden Kündigungsschutz des erfolglosen Wahlbewerbers (= 6 Monate nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses). Sofern ein Ersatzmitglied jedoch in den Betriebsrat für ein ausgeschiedenes Mitglied nachrückt, genießt es ebenfalls den Sonderkündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern. Bei einer nur zeitweiligen Vertretung (z.B. wegen Krankheit eines Betriebsratsmitglieds) gilt der Sonderkündigungsschutz für die Dauer der Vertretung. Der nachwirkende Kündigungsschutz für vorübergehend herangezogene Ersatzmitglieder beginnt nach Beendigung der Vertretung im Betriebsrat und beträgt unabhängig von der Dauer der Vertretung 1 Jahr. Diese Frist beginnt bei jeder weiteren Vertretung erneut zu laufen. Der nachwirkende Kündigungsschutz besteht unabhängig davon, ob dem Arbeitgeber bei Ausspruch der ordentlichen Kündigung die Vertretungstätigkeit bekannt war.

Eine **Ausnahme** vom Kündigungsschutz gilt bei der Stilllegung des ganzen Betriebs bzw. eines Betriebsteils (Betriebsabteilung) und eine anderweitige Beschäftigung im Betrieb (d.h. in einer anderen Betriebsabteilung) nicht in Betracht kommt (§ 15 Abs. 4, 5 KSchG).

Wird nicht der ganze Betrieb stillgelegt, muss der Arbeitgeber – sofern keine freien Arbeitsplätze vorhanden sind – allerdings vor Ausspruch einer Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied vorrangig einen besetzten Arbeitsplatz im restlichen Betrieb, der nicht von der Stilllegung betroffen ist, freikündigen und das Betriebsratsmitglied auf diesen Arbeitsplatz versetzen.

### 3.2 Zustimmungsverfahren

Des Weiteren darf der Arbeitgeber einem Betriebsratsmitglied nur (außerordentlich) kündigen, wenn der Betriebsrat der Kündigung **vorher** zugestimmt hat (§ 103 BetrVG). Die Zustimmungsbedürftigkeit gilt nur für die **Dauer der Amtszeit**, nicht für den Zeitraum der Nachwirkung nach dem Ende der Amtszeit.

Für das Zustimmungsverfahren gelten die gleichen Anforderungen wie für eine Anhörung zu einer Kündigung (§ 102 KSchG), d.h. der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat seine Kündigungsabsicht und die maßgeblichen Tatsachen mitzuteilen, die seiner Auffassung nach die Annahme eines wichtigen Grundes rechtfertigen. Die Anhörung zur Kündigung (§ 102 BetrVG) ersetzt nicht den Antrag auf Zustimmung (§ 103 BetrVG), es sei denn, der Betriebsrat erteilt von sich aus die Zustimmung.

Für die Entscheidung, ob der Betriebsrat der Kündigung zustimmt, hat er **3 Tage** Zeit (§ 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG analog). Stimmt der Betriebsrat in dieser Frist nicht zu, gilt die Zustimmung als verweigert.

Stimmt der Betriebsrat der Kündigung nicht zu, muss der Arbeitgeber die Zustimmung **gerichtlich** ersetzen lassen. Dazu muss der Arbeitgeber noch innerhalb der 2-Wochen-Frist (§ 626 Abs. 2 BGB), für deren Beginn keine Besonderheiten gelten, das Zustimmungsersetzungsverfahren vor dem Arbeitsgericht einleiten. Das Arbeitsgericht ersetzt die (fehlende) Zustimmung des Betriebsrats, wenn die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist.

Vor rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens darf der Arbeitgeber die Kündigung nicht aussprechen. Die Kündigung wäre unwirksam. Wirksam wird die **gerichtliche Ersetzung** der Zustimmung erst mit **Rechtskraft** des gerichtlichen Beschlusses. Der Arbeitgeber muss die Kündigung dann unverzüglich aussprechen.

\*\*\*



# § 11

## Betriebsübergang

**Zur Vertiefung:** *Schiefer*, Rechtsfolgen des Betriebsübergangs nach § 613a BGB, NJW 1998, S. 1817 ff.; *Jacobs*, Fortgeltung und Änderung von Tarif- und Arbeitsbedingungen bei der Umstrukturierung von Unternehmen, NZA-Beil. 2009, S. 45 ff.; *Koller-van Delden*, Unterrichtungspflichten und Widerspruchsrecht beim Betriebsübergang, DStR 2008, S. 776 ff.; *Dzida*, Die Verwirkung des Widerspruchsrechts als Korrektiv zur uferlosen Unterrichtungspflicht beim Betriebsübergang?, NZA 2009, S. 641 ff.; *Schiefer/Worzalla*, Unterrichtungspflicht bei Betriebsübergang nach § 613a V BGB – Eine Bestandsaufnahme, NJW 2009, S. 558 ff.; *Schiefer*, Betriebsübergang: Das Merkmal „Betrieb oder Betriebsteil“ nach der Rechtsprechung des EuGH, DB 2011, S. 54 ff.

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch ein Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über (sog. Betriebsübergang), so tritt der neue Inhaber in die Rechte und Pflichten der bestehenden Arbeitsverhältnisse ein (§ 613a Abs. 1 BGB). D.h. alle dem Betrieb oder Betriebsteil zuzuordnenden **Arbeitsverhältnisse** gehen auf den neuen Inhaber über. Es handelt sich hierbei um eine Schutzvorschrift zugunsten der Arbeitnehmer, die unabdingbar ist und eine ansonsten bestehende Lücke im Kündigungsschutz schließt. Durch die Veräußerung des Betriebs oder Betriebsteils würden die Arbeitnehmer des bisherigen Inhabers eigentlich ihre Arbeit verlieren und könnten daher betriebsbedingt gekündigt werden. Dies wird als unbillig angesehen, da die Arbeitsplätze im Falle eines Betriebsübergangs nicht verloren sind, sondern lediglich beim neuen Inhaber fortbestehen. Daher ordnet § 613a Abs. 1 BGB an, dass die Arbeitsverhältnisse ebenfalls auf den neuen Inhaber übergehen.

### 1. Voraussetzungen für einen Betriebsübergang

#### 1.1 Betrieb oder Betriebsteil (wirtschaftliche Einheit)

Ein **Betrieb** ist eine organisatorische Einheit (wirtschaftliche Einheit), innerhalb derer der Unternehmer mit Hilfe von sächlichen und/oder immateriellen Mitteln allein oder mit Hilfe von Arbeitnehmern bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt. Ein **Betriebsteil** ist eine Teileinheit (Teilorganisation) des Betriebs; d. h. eine selbstständige, abtrennbare organisatorische Einheit, die innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks einen Teilzweck erfüllt.

**Beispiel:** Arbeitnehmerin A ist Leiterin der kaufmännischen Verwaltung eines Bauunternehmens mit 200 Arbeitnehmern. Geschäftsgegenstand ist der Hoch- und Ingenieurbau, Tiefbau, Renovierung und der Schlüsselfertigbau. Die kaufmännische Verwaltung ist für alle Bereiche des Unternehmens wie auch für die übrigen Unternehmen der Unternehmensgruppe zuständig und untergliedert sich in die Teilbereiche Einkauf, Finanzbuchhaltung, Entgeltabrechnung und allgemeine Verwaltung. Dort sind in den verschiedenen Bereichen 16 Arbeitnehmer tätig. Die kaufmännische Verwaltung des Bauunternehmens ist ein eigenständiger Betriebsteil, da diese mit den zugewiesenen Aufgaben einen eigenen Teilzweck besitzt (sowohl für das Unternehmen selbst als auch für die übrigen Unternehmen der Gruppe) und hat zudem eine gewisse Eigenständigkeit, da der Bereich selbst nochmals in vier Teileinheiten (Einkauf, Finanzbuchhaltung, Entgeltabrechnung, allgemeine Verwaltung) untergliedert ist, denen insgesamt 16 Arbeitnehmer zugeordnet waren, und die unter der einheitlichen Führung eines Bereichsleiters steht.

Die Existenz von Vorgesetztenpositionen allein führt noch nicht jeweils zur Annahme jeweils gegebenenfalls „atomisierter“ Betriebsteile, wenn nicht weitere Anhaltspunkte für eine gewisse Selbstständigkeit hinzukommen.

Das Merkmal des Teilzwecks dient zur Abgrenzung der organisatorischen Einheit. Im

Betriebsteil müssen nicht notwendigerweise andersartige Zwecke als im übrigen Betrieb verfolgt werden. Ausreichend ist auch eine untergeordnete Hilfsfunktion (z.B. Kantine).

## 1.2 Wahrung der Identität

Ein Übergang der wirtschaftlichen Einheit liegt vor, wenn der Betrieb oder Betriebsteil beim neuen Inhaber identitätsbewahrend fortbesteht. Dies ist anhand von **7 Punkten** (Art des Unternehmens, Übernahme von materiellen Betriebsmitteln, immateriellen Betriebsmitteln, von Arbeitnehmern, der Kundschaft, Ähnlichkeit der Tätigkeit, Dauer der Unterbrechung der Geschäftstätigkeit) im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung zu ermitteln und ist jeweils eine Frage des **Einzelfalls**.

Ein Betriebsübergang scheidet aus, wenn der neue Inhaber die Organisation oder den Betriebszweck bzw. das Konzept erheblich verändert hat. Dann nutzt der Erwerber nicht eine bereits vorhandene Arbeitsorganisation („er legt sich nicht ins gemachte Bett“), sondern gestaltet diese wesentlich um. **Beispiel:** In einem Ladenlokal war bisher ein Restaurant mit „gutbürgerlicher deutscher Küche“ ansässig. Nach einer 3-monatigen Umbauzeit eröffnet in denselben Räumlichkeiten ein arabisches Restaurant („Spezialitäten aus 1001 Nacht“). Hier liegt kein Betriebsübergang vor. Kleinere Änderungen des Konzepts (z. B. „frischeres“ Speisenangebot in der Kantine) oder Organisationsverbesserungen (z.B. Einsatz einer neuen Software bei einem Logistikunternehmen, Verbesserung der hygienischen Verhältnisse) sind dagegen nicht ausreichend.

Der Verlust eines Auftrags an einen Wettbewerber, d.h. die Fortführung einer Tätigkeit durch ein anderes Unternehmen, kann muss aber kein Betriebsübergang sein. Bei **betriebsmittelarmer Tätigkeiten** kommt es wesentlich auf die menschliche Arbeitskraft zur Erbringung der Aufgabe an (z. B. Reinigung, Bewachung). Hier liegt ein Betriebsübergang vor, wenn die betreffende Tätigkeit vom neuen Auftragnehmer unverändert fortgeführt wird und er dazu die bisherige Arbeitsorganisation in Form eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des Personals, das bereits bisher gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt wurde, übernimmt. Die Übernahme von materiellen Betriebsmitteln spielt nur eine untergeordnete Rolle und kann sogar gänzlich fehlen. **Beispiel:** Arbeitnehmerin A ist für das Reinigungsunternehmen R tätig und hat den Auftrag die Stadthalle Köln zu reinigen. Die Stadt Köln vergibt den Auftrag nach einigen Jahren neu an das Reinigungsunternehmen Z, welches nunmehr die Stadthalle mit eigenem Personal putzt. Die bloße Fortführung der Tätigkeit ohne Übernahme eines wesentlichen Teils des Personals ist eine reine **Funktionsnachfolge** und kein Betriebsübergang. A verbleibt folglich bei R.

Bei **betriebsmittelgeprägten Tätigkeiten** sind dagegen materielle Betriebsmittel von wesentlicher Bedeutung für die Ausübung der Tätigkeit. Bei einer betriebsmittelgeprägten Tätigkeit kommt es entscheidend auf die Übernahme der wesentlichen (identitätsprägenden) Betriebsmittel, nicht dagegen auf die Übernahme von Arbeitnehmern an. Betriebsmittel sind wesentlich, wenn bei wertender Betrachtungsweise ihr Einsatz den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmacht. **Beispiel:** Die Bundesrepublik Deutschland beauftragte ein privates Sicherheitsunternehmen mit der Fluggast- und Gepäckkontrolle am Flughafen Köln/Bonn und stellte diesem die für die Durchführung der Dienstleistung erforderlichen Luftsicherheitsgeräte zur Verfügung, insb. Tor- und Handsonden, Gepäck-Röntgenbänder und Sprengstoffspürgeräte. Diese Luftsicherheitsgeräte standen im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland. Nachdem der zeitlich befristete Auftrag auslief, vergibt die Bundesrepublik Deutschland die Fluggast- und Gepäckkontrolle an ein anderes Sicherheitsunternehmen. Der neue Dienstleister nutzt ebenfalls die Luftsicherheitsgeräte und übernahm rund die Hälfte der vom bisherigen Dienstleister beschäftigten Arbeitnehmer. Es liegt ein Betriebsübergang vor, da die wesentlichen Betriebsmittel übertragen wurden und der neue Dienstleister die Kontrolltätigkeit unverändert und ohne zeitliche Unterbrechung fortführt.

Der Betriebsübergang vollzieht sich in dem **Zeitpunkt**, in dem die Organisations- und Leitungsmacht über den Betrieb oder Betriebsteil auf den neuen Inhaber tatsächlich übergegangen ist. Unerheblich ist dagegen der Zeitpunkt eines Kaufvertrags o.ä.

## 2. Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs

### 2.1 Übergang der Arbeitsverhältnisse

Liegt ein Betriebsübergang vor, gehen die Arbeitsverhältnisse auf den neuen Inhaber über. Der Übergang des Arbeitsverhältnisses erfolgt automatisch kraft Gesetzes aufgrund des Betriebsübergangs. Es ist nicht erforderlich, dass der neue Inhaber und/oder der Arbeitnehmer mit dem Übergang einverstanden ist. Selbst ein entgegenstehender Wille ist unbeachtlich. Der Arbeitnehmer hat allerdings die Möglichkeit, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses schriftlich zu widersprechen. Dann verbleibt das Arbeitsverhältnis beim bisherigen Inhaber.

Bei einem Betriebsteilübergang ist der Übergang auf die Arbeitsverhältnisse beschränkt, die dem übertragenen Betriebsteil **zugeordnet** waren. Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer in dem übertragenen Betriebsteil arbeitete. Es genügt dagegen nicht, wenn der Arbeitnehmer – ohne dem Betriebsteil anzugehören – in einer Verwaltungsabteilung Tätigkeiten für den übertragenen Teil verrichtet hatte.

Sind Arbeitnehmer nicht eindeutig einem Betriebsteil zugeordnet, richtet sich die Zuordnung nach objektiven Kriterien: Funktion des Arbeitsplatzes, Schwerpunkt der Tätigkeit und tatsächliche Eingliederung. **Beispiel:** Arbeitnehmer A wird ausschließlich als Kraftfahrer eines Gefahrstofflagers einer Spedition eingesetzt, und er erhält von der Abteilungsleitung des Gefahrstofflagers seine Anweisungen. Dann ist er in diesen Betriebsteil eingegliedert.

### 2.3 Arbeitsbedingungen

Der neue Inhaber tritt in alle Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Das Arbeitsverhältnis als solches bleibt unverändert. Der neue Inhaber tritt lediglich anstelle des bisherigen Inhabers in die Arbeitgeberstellung ein. Alle **arbeitsvertraglichen Regeln** bleiben unverändert (§ 613a Abs. 1 S. 1 BGB).

**Beispiel:** Arbeitnehmer A hat einen befristeten Arbeitsvertrag bis zum 30.6. Am 1.6 kommt es zu einem Betriebsübergang. An der Befristung ändert sich nichts. Ab 1.6. bekommt A zwar einen neuen Arbeitgeber, der Vertrag endet jedoch trotzdem am 30.6., sofern keine Unwirksamkeitsgründe vorliegen.

Anders kann es bei den **kollektivrechtlichen Vorschriften**, d.h. Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen, sein. Gibt es zu der jeweiligen Regelungsmaterie beim Erwerber bereits eine kollektivrechtliche Regelung, gelten diese Regelungen nunmehr auch für die übergehenden Arbeitnehmer und lösen die beim bisherigen Inhaber geltenden Vorschriften ab, auch wenn die neuen Regelungen für die Arbeitnehmer ungünstiger sind (§ 613a Abs. 1 S. 3 BGB).

Für **Tarifverträge** ist erforderlich, dass diese sowohl beim bisherigen Inhaber als auch beim neuen Inhaber kollektivrechtlich gelten. **Beispiel:** Arbeitgeber X hat mit der IG Metall einen Haustarifvertrag abgeschlossen (der bessere Bedingungen als der Flächentarif Metall bietet) und Arbeitnehmer A ist Mitglied in der IG Metall. Der Betrieb, in dem A arbeitet, wird an den Arbeitgeber Y verkauft. Dieser ist Mitglied von Metall NRW. Die Tarifverträge der Metall- und Elektroindustrie gelten daher anstelle des Haustarifvertrags kollektivrechtlich weiter.

Existieren beim Erwerber keine entsprechenden kollektivrechtlichen Regelungen, gelten die beim bisherigen Inhaber bestehenden Regelungen gegenüber den übergegangenen Arbeitnehmern trotzdem weiter (sog. **Transformation**, § 613a Abs. 1 S. 2 BGB). Spätere Änderungen (z.B. Tariflohnerhöhungen) sind dann irrelevant, da die transformierten

Arbeitsbedingungen in dem im Zeitpunkt des Betriebsübergangs geltenden Zustand „eingefroren“ werden. Die transformierten Rechte unterfallen einer 1-jährigen Änderungssperre. D.h. Arbeitgeber und Arbeitnehmer können selbst einvernehmlich nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers davon abweichen. Die Änderungssperre gilt nicht, wenn die transformierte kollektivrechtliche Regelung nicht mehr gilt (z.B. durch Zeitablauf), oder bei Fehlen der beiderseitigen Tarifgebundenheit im Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags, dessen Anwendung zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer vereinbart wird (§ 613a Abs. 2 S. 4 BGB).

Wird im Arbeitsvertrag auf einen Tarifvertrag (der nicht normativ gilt) lediglich **Bezug genommen**, gilt diese Klausel als Teil des Arbeitsvertrags weiter. Es ist dann unter Anwendung der Grundsätze zur Inhaltskontrolle (§ 305 ff. BGB) auszulegen, welche Regelungen nunmehr beim neuen Inhaber gelten.

Im Arbeitsvertrag kann z.B. geregelt sein, dass die Tarifverträge einer bestimmten Branche in ihrer jeweiligen Fassung gelten (sog. **kleine dynamische Bezugnahme Klausel**). In diesem Fall gelten beim neuen Inhaber auch weiterhin die jeweils aktuellen Fassungen dieser Tarifverträge, selbst wenn der neue Inhaber zu einer anderen Branche gehört. **Beispiel:** Das Versicherungsunternehmen V betreibt bisher die IT mittels einer eigenen IT-Abteilung. In den Arbeitsverträgen ist geregelt, dass die jeweils aktuelle Fassung der Tarifverträge der privaten Versicherungswirtschaft zur Anwendung kommt. Die IT-Abteilung wird an den IT-Anbieter I verkauft. Obwohl I gar nicht unter den Versicherungstarif fällt, gelten für die übergegangenen Arbeitnehmer weiterhin die Tarifbedingungen der Versicherungsbranche.

Ist im Arbeitsvertrag dagegen geregelt, dass die für den Betrieb jeweils fachlich einschlägigen Tarifverträge gelten (sog. **große dynamische Bezugnahme Klausel** oder **Tarifwechselklausel**), ist damit grundsätzlich auch ein Tarifwechsel gedeckt. Fraglich ist allerdings, ob der Arbeitnehmer auch erkennen kann, dass damit auch eine Änderung der in Bezug genommenen Tarifverträge aufgrund eines Betriebsübergangs erfasst sein soll. Eine entsprechende Klausel im Arbeitsvertrag sollte daher etwas „informativer“ sein, damit die Klausel für den Arbeitnehmer auch klar und verständlich ist. Andernfalls droht die Unwirksamkeit der Klausel wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB). **Beispiel** (Formulierung): „Der Arbeitgeber ist derzeit nicht Mitglied in einem Arbeitgeberverband und es besteht auch im Übrigen keine Tarifbindung. Aufgrund der tarifvertraglichen Inbezugnahmen in diesem Arbeitsvertrag werden gleichwohl die Tarifverträge der privaten Versicherungswirtschaft in ihrer jeweils geltenden Fassung zur Anwendung gebracht. Ändert sich die tarifliche Situation, insbesondere im Fall des Eintritts des Arbeitgebers in einen Arbeitgeberverband, eines späteren Verbandswechsels, einer Änderung des Unternehmensgegenstandes oder einer Betriebs(teil)veräußerung in der Weise, dass eine Tarifbindung des Arbeitgebers entsteht, finden ausschließlich die Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis Anwendung, an die der Arbeitgeber oder – im Fall der Betriebs(teil)veräußerung – der Erwerber dann gebunden ist. Dies gilt auch, wenn sich hierdurch die Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmerin verschlechtern.“

## 2.4 Kündigungsverbot

Eine Kündigung (allein) wegen des Betriebsübergangs ist **unwirksam** (§ 613a Abs. 4 BGB). Dies ist der Fall, wenn der Betriebsübergang der Beweggrund für die Kündigung ist. Eine Kündigung aus anderen Gründen ist dagegen auch im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang zulässig (z.B. Synergieeffekte).

**Beispiel:** Die Versicherungsgruppe A mit Sitz in Hannover kauft die Versicherungsgruppe B mit Sitz in Köln und legt die Stabsabteilungen der beiden Gruppen am Firmensitz von A in Hannover zusammen. Die Arbeitsplätze in Köln werden ersatzlos gestrichen. Die Arbeitnehmer in den Stabsabteilungen von B erhalten eine betriebsbedingte (Änderungs-) Kündigung. Dies verstößt nicht gegen § 613a Abs. 4 BGB.

**Beispiel:** Krankenhaus H betreibt bislang eine eigene Kantine, in der 4 Arbeitnehmer arbeiten. Zur Kostensenkung soll die Kantine zukünftig vom Catering-Unternehmen E mit dessen Personal betrieben werden. H kündigt daher den bisher in der Kantine beschäftigten 4 Arbeitnehmern. Diese Kündigung ist unwirksam, wenn ein Betriebsübergang vorliegt.

Im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang ist ein **Aufhebungsvertrag** zulässig, wenn die Vereinbarung auf das **endgültige Ausscheiden** des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist. Dagegen ist ein Aufhebungsvertrag unwirksam, wenn er lediglich die Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes bezweckt. Dies ist der Fall, wenn zugleich mit dem Aufhebungsvertrag ein neues Arbeitsverhältnis mit dem Betriebserwerber vereinbart oder zumindest **verbindlich** in Aussicht gestellt wird (sog. Lemgoer Modell).

**Beispiel:** Der Mischkonzern M (Kaufhäuser, Touristik, Versandhandel) steht kurz vor der Pleite. Unternehmen U möchte den Versandhandel kaufen. Dort arbeiten 300 Arbeitnehmer. U findet, dass die hohen Personalkosten Grund für die finanziellen Schwierigkeiten sind und möchte die Arbeitnehmer nur übernehmen, wenn diese zu niedrigeren Gehältern weiterarbeiten. In Abstimmung mit dem Betriebsrat von M unterzeichnen während einer Betriebsversammlung alle 300 Arbeitnehmer Aufhebungsverträge und zugleich neue (ungünstigere) Arbeitsverträge mit U. Dies ist als Umgehung von § 613a BGB unwirksam. Es gelten die alten Arbeitsbedingungen.

## 2.5 Information der Arbeitnehmer

Der bisherige oder der neue Arbeitgeber müssen die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Betriebsübergang über den (geplanten) Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen unterrichten (§ 613a Abs. 5 BGB). Die Unterrichtung soll den betroffenen Arbeitnehmern die Möglichkeit verschaffen, sachgerecht über die Ausübung ihres Widerspruchsrechts zu befinden.

Die Arbeitnehmer müssen über die **Person des neuen Betriebsinhabers** korrekt informiert werden. Dazu gehört dessen Name (oder Firmennamen), Rechtsform und Adresse. Zum Grund für den Übergang gehört eine Unterrichtung über die rechtsgeschäftliche Grundlage (z.B. Kaufvertrag) und schlagwortartig die Schilderung der wesentlichen **wirtschaftlichen Hintergründe** (z.B. Einstellung eines Geschäftsbereichs). Zu den rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen gehört ein Hinweis auf den Eintritt des Betriebserwerbers in die Rechte und Pflichten aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen, auf die Haftung von bisherigem und neuem Inhaber (§ 613a Abs. 2 BGB), die kündigungsrechtliche Situation, die Anwendbarkeit tariflicher Normen und die Frage, inwieweit beim Veräußerer geltende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durch beim Erwerber geltende Tarifverträge abgelöst werden; ferner die Konsequenzen des Betriebsübergangs auf die betriebsverfassungsrechtlichen Vertretungen und den Aufsichtsrat. Auch **mittelbare Folgen** des Betriebsübergangs sind zu nennen, wenn diese für die Entscheidung über die Ausübung oder Nichtausübung des Widerspruchsrechts relevant sind. Dazu gehören z.B. Informationen zu Sozialplanansprüchen beim Veräußerer, die dem Arbeitnehmer bei Ausübung des Widerspruchsrechts zustehen können. Die Frage, ob ein Arbeitnehmer im Falle seines Widerspruchs mit einer Kündigung rechnen muss, und ob ihm in diesem Fall ggf. eine Abfindung zusteht, ist für seine Willensbildung von erheblicher Bedeutung. Zur Information über die wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Betriebsübergangs gehören in diesem Zusammenhang ggf. auch Informationen über die **wirtschaftliche Lage des zukünftigen Betriebsinhabers**. Daher ist über ein laufendes oder unmittelbar bevorstehendes Insolvenzverfahren beim Betriebserwerber zu unterrichten, ebenso über bereits geplante Umstrukturierungsmaßnahmen, in deren Zusammenhang personelle Veränderungen geplant sind. Allein die vage Vorstellung, dass es zu einem späteren Zeitpunkt zu Umstrukturierungen kommen könnte, bewirkt dagegen keine Informationspflicht. Außerdem muss erklärt werden, dass ein **Widerspruchsrecht** besteht und wie dieses auszuüben ist. Es ist auf das Schriftformerfordernis, auf die Frist und darauf, dass alter und neuer Arbeitgeber Adressat des Widerspruchs sein können, hinzuweisen.

Erfolgt die Unterrichtung der Arbeitnehmer entgegen der gesetzlichen Vorgabe nicht vor dem Übergang, so hat dies keine unmittelbaren Konsequenzen für Betriebsveräußerer und –erwerber. Die Unterrichtung ist dann **nachzuholen**. Die Widerspruchsfrist fängt jedoch erst mit der nachgeholt vollständig und korrekten Information an zu laufen.

Die Unterrichtung muss nicht schriftlich sein. Es genügt **Textform** (§ 126b BGB). Eine mündliche Unterrichtung genügt jedoch nicht. Dies gilt auch für ergänzende Informationen. Hierdurch kann eine lückenhafte Unterrichtung nicht vervollständigt werden.

## 2.6 Widerspruchsrecht

Der Arbeitnehmer hat das Recht, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen (§ 613a Abs. 6 BGB). Dann verbleibt sein Arbeitsverhältnis beim bisherigen Inhaber. Dies ist Ausdruck des allgemeinen Rechtsprinzips, dass niemand gegen seinen Willen in ein Vertragsverhältnis gezwungen werden darf.

Die Widerspruchsfrist beträgt 1 Monat, nachdem der Arbeitnehmer über den Übergang **vollständig und ordnungsgemäß** unterrichtet worden ist (§ 613a Abs. 6 BGB). Ist dies nicht der Fall, besteht das Widerspruchsrecht bis zur Grenze der Verwirkung weiter. Es ist daher möglich, dass Arbeitnehmer noch Monate, selbst Jahre nach dem Betriebsübergang noch widersprechen können.

**Verwirkung** tritt ein, wenn ein Recht längere Zeit nicht geltend gemacht wird (sog. Zeitmoment) und zweitens der Verpflichtete sich auf die Nichtinanspruchnahme eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen wird (sog. Umstandsmoment). Sowohl Zeit- als auch Umstandsmoment müssen vorliegen. Die bloße Weiterarbeit beim Erwerber allein genügt dafür nicht. **Beispiel:** Der Arbeitnehmer unterschreibt beim neuen Inhaber einen **neuen Arbeitsvertrag**. Dann hat er aktiv über sein Arbeitsverhältnis disponiert. Hier kann der Arbeitnehmer nicht mehr widersprechen. Gleiches gilt, falls der Arbeitnehmer mit dem neuen Inhaber einen Aufhebungsvertrag abschließt.

Der Widerspruch muss **schriftlich** erfolgen, d.h. er muss von dem widersprechenden Arbeitnehmer eigenhändig unterzeichnet sein. Wahrt der Arbeitnehmer die gesetzliche Schriftform nicht, so ist der Widerspruch unwirksam.

Ein Widerspruch durch konkludentes Handeln (z.B. Nichterscheinen am Arbeitsplatz), in mündlicher Form oder durch E-Mail ist ausgeschlossen.

\*\*\*

# § 12

## Betriebsverfassungsrecht

**Zur Vertiefung:** *Löwisch*, BB-Forum: Betriebsrat wider den Willen der Belegschaft?, BB 2006, S. 664 ff.; *Freckmann/Koller-van Delden*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat – hehres Ziel oder zu praktizierende Wirklichkeit?, BB 2006, S. 490 ff.; *Gutzeit*, Theorie der notwendigen Mitbestimmung, NZA 2008, S. 255 ff.; *Griese*, Die Mitbestimmung bei Versetzungen, BB 1995, S. 458 ff.

### 1. Rechtsstellung des Betriebsrats

#### 1.1 Betriebsrat

In **Betrieben** mit in der Regel 5 oder mehr wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen 3 wählbar sind, haben die wahlberechtigten Arbeitnehmer des Betriebs das **Recht** (nicht die Pflicht), einen Betriebsrat zu wählen (§ 1 BetrVG). Etliche Unternehmen in Deutschland haben daher keinen Betriebsrat. Das BetrVG erleichtert jedoch die erstmalige Wahl eines Betriebsrats. Der Betriebsrat wird jeweils für 4 Jahre gewählt. Der Betriebsrat vertritt die **Interessen der Arbeitnehmer** gegenüber dem Arbeitgeber.

Ob ein Betriebsrat gewählt wird, ist keine Mehrheitsentscheidung. Bereits 3 Arbeitnehmer können eine Betriebsratswahl initiieren. **Beispiel:** Im Jahre 2006 wurde in der SAP AG ein Betriebsrat gewählt, obwohl mehr als 90% der Arbeitnehmer gegen die Wahl eines Betriebsrats waren.

**Wahlberechtigt** sind alle Arbeitnehmer des Betriebs, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Leiharbeiter sind ebenfalls wahlberechtigt, wenn sie länger als 3 Monate im Betrieb eingesetzt werden (§ 7 BetrVG). **Leitende Angestellte** gelten nicht als Arbeitnehmer des Betriebs (§ 5 Abs. 3 BetrVG), der Betriebsrat vertritt folglich auch nicht deren Interessen. Die Leitenden Angestellten werden durch den Sprecherausschuss vertreten (§§ 1, 25 SprAuG). **Wählbar** sind Arbeitnehmer, die mindestens sechs Monate dem Betrieb angehören (§ 8 BetrVG). Leiharbeiter sind im Entleiherbetrieb dagegen nicht wählbar (§ 14 Abs. 2 S. 1 AÜG).

Ein **Betrieb** ist eine **organisatorische Einheit**, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen. **Unternehmen** ist der Rechtsträger, dem der Betrieb zugeordnet ist. **Beispiel:** Ein Einzelhandelsunternehmen besteht aus einer Zentrale in Hamburg (Zweck: Verwaltung), einem Logistikzentrum in Eschborn (Zweck: Lager/Transport) sowie 500 Verkaufsstellen in verschiedenen Städten in der Bundesrepublik (Zweck: Verkauf). Ob jede einzelne Verkaufsstelle einen eigenen Betrieb bildet, oder mehrere Verkaufsstellen regional zusammen jeweils einen Betrieb bilden oder alle Verkaufsstellen zusammen nur einen Betrieb bilden, hängt von der Organisation der Verkaufsstellen ab.

Der Betriebsrat ist ein **Gremium**, das in kleinen Betrieben (bis 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer) aus 1 Person (sog. Betriebsobmann/-frau) und mit zunehmender Arbeitnehmerzahl aus weiteren Mitgliedern besteht (§ 8 BetrVG).

**Beispiel:** In Betrieben bis 700 wahlberechtigten Arbeitnehmern besteht der Betriebsrat aus 11 Mitgliedern; in Betrieben bis 9.000 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus 35 Mitgliedern.

Der Betriebsrat wählt aus seiner Mitte den **Betriebsratsvorsitzenden** und dessen Stellvertreter. Der Vorsitzende des Betriebsrats (oder im Fall seiner Verhinderung sein Stellvertreter) vertritt den Betriebsrat im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse. Zur Entgegennahme von Erklärungen, die dem Betriebsrat gegenüber abzugeben sind, ist nur der Vorsitzende des Betriebsrats (oder im Fall seiner Verhinderung sein Stellvertreter) berechtigt (§ 26 BetrVG). Der Betriebsratsvorsitzende ist daher grundsätzlich allein

zuständig, Erklärungen, die gegenüber dem Betriebsrat abzugeben sind, zu empfangen.

Ein **Zugang** (§ 130 BGB) von Schreiben des Arbeitgebers an den Betriebsrat liegt vor, wenn diese zu einer **geschäftsblichen Zeit** in den Betriebsratsbriefkasten eingeworfen werden. Andernfalls liegt ein Zugang erst vor, wenn der Betriebsratsvorsitzende Kenntnis erlangt. Werden andere Betriebsratsmitglieder informiert, sind sie als Empfangsboten zu behandeln. **Beispiel:** Ein Anhörungsschreiben für eine beabsichtigte Kündigung wird dem Betriebsratsmitglied B am Montag kurz vor Arbeitsende übergeben. Am Dienstagmorgen übergibt B das Schreiben an den Betriebsratsvorsitzenden V. Erst am Dienstag ist das Schreiben dem Betriebsrat zugegangen.

**Beschlüsse** des Betriebsrats werden grundsätzlich mit der **Mehrheit der Stimmen** der anwesenden Mitglieder gefasst (sog. einfache Mehrheit). Bei Stimmgleichheit ist ein Antrag abgelehnt. Der Betriebsrat ist jedoch nur beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der Betriebsratsmitglieder an der Beschlussfassung teilnimmt (§ 33 BetrVG).

Ein Beschluss kann nur „vor Ort“ unter **Anwesenden** auf einer ordnungsgemäß einberufenen Betriebsratssitzung gefasst werden. Eine Abstimmung im Umlaufverfahren, telefonisch, per Videokonferenz oder E-Mail ist unwirksam. Die ordnungsgemäße Einberufung setzt voraus, dass alle Betriebsratsmitglieder rechtzeitig eine Ladung unter Mitteilung der Tagesordnung erhalten. Eine Beschlussfassung über andere Tagesordnungspunkte ist unzulässig. Ausnahme: Die Tagesordnung kann in der Sitzung ergänzt werden, wenn die Aufnahme eines Tagesordnungspunktes einstimmig vom vollzählig versammelten Betriebsrat beantragt wird.

## 1.2 Gesamtbetriebsrat

Hat ein Unternehmen mehrere Betriebe und Betriebsräte, entsteht kraft Gesetzes ein **Gesamtbetriebsrat**, in den die einzelnen Betriebsräte Mitglieder entsenden müssen.

Örtliche Betriebsräte mit bis zu 3 Mitgliedern entsenden 1 Mitglied, alle anderen örtlichen Betriebsräte entsenden je 2 Mitglieder in den Gesamtbetriebsrat. Die entsandten Mitglieder haben bei Abstimmungen jedoch unterschiedliches Stimmengewicht, abhängig von der Anzahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer des Betriebs, die sie repräsentieren (§ 47 Abs. 7 und 8 BetrVG).

Der Gesamtbetriebsrat ist zuständig für Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und die nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können (§ 50 BetrVG). Die Zuständigkeitsregelung ist zwingend. Hierbei gilt, dass die Mitbestimmung grundsätzlich beim örtlichen Betriebsrat (und nicht beim Gesamtbetriebsrat) liegt. Der Gesamtbetriebsrat ist nur dann zuständig, wenn ein **zwingendes Erfordernis** für eine einheitliche Regelung auf der Unternehmensebene besteht. Bloße Zweckmäßigkeitserwägungen oder ein Vereinheitlichungsinteresse sind dagegen nicht ausreichend, wenn es um Angelegenheiten der **erzwingbaren Mitbestimmung** (§ 87 BetrVG) geht.

**Beispiel:** Arbeitgeber X hat ein Unternehmen mit 2 Betrieben. In beiden Betrieben bestehen jeweils örtliche Betriebsräte sowie auf Unternehmensebene ein Gesamtbetriebsrat. X möchte in beiden Betrieben eine neue einheitliche Vergütungsstruktur und Arbeitszeitregelungen einführen. Für diese Themen sind jeweils die örtlichen Betriebsräte zuständig. Der Wunsch nach Vereinheitlichung der Regelungen zur Vergütung und zur Arbeitszeit genügt nicht, um die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats zu begründen. Anders dagegen, wenn X in seinem gesamten Unternehmen eine neue moderne Telefonanlage einführen möchte. Die Regelungen über die Benutzung der Telefonanlage können nur einheitlich für alle Arbeitnehmer des Unternehmens gelten. Daher ist der Gesamtbetriebsrat zuständig. Dies gilt ebenfalls, wenn X eine freiwillige Leistung nur unternehmenseinheitlich gewähren (möchte freiwillige Mitbestimmung).

Hat der Arbeitgeber Zweifel, ob der örtliche Betriebsrat oder der Gesamtbetriebsrat zuständig ist, muss er die Betriebsräte auffordern, die Zuständigkeitsfrage zu klären. Andernfalls trägt er das Risiko, mit



dem unzuständigen Betriebsrat verhandelt zu haben.

Die örtlichen Betriebsräte haben auch die Möglichkeit, eine Angelegenheit – die in ihre Zuständigkeit fällt – auf den Gesamtbetriebsrat zu **delegieren** (§ 50 Abs. 2 BetrVG). Der Gesamtbetriebsrat nimmt dann die Angelegenheit für die örtlichen Betriebsräte gegenüber dem Arbeitgeber wahr.

### 1.3 Konzernbetriebsrat

Innerhalb einer Unternehmensgruppe (§ 18 AktG) kann ein **Konzernbetriebsrat** gebildet werden. Im Gegensatz zum Gesamtbetriebsrat ist dies nicht zwingend. Die einzelnen Gesamtbetriebsräte (bzw. Betriebsräte, wenn ein Unternehmen nur einen Betriebsrat hat) entsenden dann Mitglieder in den Konzernbetriebsrat.

Jeder Gesamtbetriebsrat (bzw. Betriebsrat, wenn es keinen Gesamtbetriebsrat in einem Unternehmen gibt) entsendet 2 Mitglieder. Jedem Mitglied stehen die Stimmen der Mitglieder des entsendenden Gesamtbetriebsrats (bzw. Einzelbetriebsrats) je zur Hälfte zu (§ 55 Abs. 3 BetrVG).

Der Konzernbetriebsrat ist zuständig für Angelegenheiten, die den **Konzern** oder mehrere Unternehmen betreffen und die nicht durch die einzelnen Gesamtbetriebsräte innerhalb ihrer Unternehmen geregelt werden können (§ 58 Abs. 1 BetrVG). Es gilt die gleiche Abgrenzung wie zwischen Einzelbetriebsrat und Gesamtbetriebsrat.

**Beispiel:** Die Unternehmensgruppe U möchte konzernweit in allen Unternehmen für alle Arbeitnehmer gleichlautende Unternehmensgrundsätze (sog. Unternehmensethik) einführen. Der Konzernbetriebsrat ist zuständig, da eine Unternehmensethik denklogisch nur einheitlich für alle im Konzern beschäftigten Arbeitnehmer gelten kann.

Ein Gesamtbetriebsrat kann eine Angelegenheit auch auf den Konzernbetriebsrat **delegieren** (§ 58 Abs. 2 BetrVG).

### 1.4 Allgemeine Aufgaben des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat gem. § 80 BetrVG eine Reihe von **allgemeinen Aufgaben** wahrzunehmen. Dazu gehören insb. Überwachungsaufgaben, Antragsrechte, Entgegennahme von Anregungen sowie Förderpflichten (vor allem für schutzbedürftige Personengruppen im Betrieb).

**Überwachungsaufgaben.** Der Betriebsrat hat darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG). Im Falle eines Verstoßes muss der Betriebsrat dies beim Arbeitgeber rügen und auf Abhilfe drängen. **Beispiel:** Der Betriebsrat verlangt vom Arbeitgeber Einsicht in die Zeiterfassungsunterlagen, um zu überprüfen, ob die Vorgaben des ArbZG von den Arbeitnehmern eingehalten werden.

**Antragsrechte und Entgegennahme von Anregungen.** Der Betriebsrat hat die Möglichkeit beim Arbeitgeber Maßnahmen zu beantragen, die dem Betrieb und der Belegschaft dienen (§ 80 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG). Zudem ist der Betriebsrat verpflichtet, Anregungen, d.h. Vorschläge und Beschwerden, von Arbeitnehmer und von der Jugend- und Auszubildendenvertretung entgegenzunehmen und, falls sie berechtigt erscheinen, durch Verhandlungen mit dem Arbeitgeber auf eine Erledigung hinzuwirken. Der Betriebsrat hat die betreffenden Arbeitnehmer über den Stand und das Ergebnis der Verhandlungen zu unterrichten (§ 80 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). **Beispiel:** Ein Arbeitnehmer regt beim Betriebsrat an, dass ein Werksverkehr eingeführt wird.

**Förderpflichten,** insb. für schutzbedürftige Arbeitnehmergruppen. Der Betriebsrat soll die Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Männern und Frauen bei der Einstellung, Beschäftigung, Aus-, Fort- und Weiterbildung und beim beruflichen Aufstieg (§ 80 Abs. 1 Nr. 2a BetrVG), die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit (§ 80 Abs. 1 Nr. 2b BetrVG), die Eingliederung schwerbehinderter Menschen und sonstiger schutzbedürftiger Personen (§ 80 Abs. 1 Nr. 4

BetrVG), Beschäftigung älterer Arbeitnehmer (§ 80 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG), Integration ausländischer Arbeitnehmer (§ 80 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG), die Beschäftigung im Betrieb (§ 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG) sowie Maßnahmen des Arbeitsschutzes und des betrieblichen Umweltschutzes (§ 80 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG) fördern.

## 1.5 Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber

Für das Verhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber gilt der **Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit** (§ 2 Abs. 1 BetrVG). Mindestens 1x monatlich soll eine Besprechung zwischen beiden Seiten stattfinden (§ 74 Abs. 1 BetrVG). Verhandlungen über strittige Fragen sind nicht auf Konfrontation gerichtet, sondern sollen mit dem ernstesten Willen zur Einigung geführt werden. Hierbei sollen beide Seiten Vorschläge für die Beilegung von Meinungsverschiedenheiten machen. Maßnahmen des Arbeitskampfes sind daher ebenfalls untersagt (§ 74 Abs. 2 BetrVG).

**Beispiel:** Der Betriebsrat informiert die Arbeitnehmer auf einer Betriebsversammlung über die vom Arbeitgeber geplante Betriebsstillegung und ruft die Arbeitnehmer zu einer Arbeitsniederlegung während der Arbeitszeit auf, um der Forderung des Betriebsrats „Nachdruck“ zu verleihen. Dies ist unzulässig.

Arbeitgeber und Betriebsrat haben darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, dass Arbeitnehmer nicht wegen ihrer Rasse, ethnischen Herkunft, Abstammung oder sonstigen Herkunft, ihrer Nationalität, ihrer Religion oder Weltanschauung, ihrer Behinderung, ihres Alters, ihrer politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Identität benachteiligt werden. Ferner haben sie darauf zu achten, dass die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer geschützt und gefördert wird (§ 75 BetrVG).

**Beispiel:** Gibt es im Betrieb eine interne Anweisung, Auszubildende, die das 28. Lebensjahr überschritten haben, trotz erfolgreichem Ausbildungsabschluss nicht zu übernehmen, wäre das unzulässig.

## 1.6 Kosten des Betriebsrats

Die **erforderlichen Kosten** des Betriebsrats trägt der Arbeitgeber. Der Betriebsrat selbst ist nicht rechtsfähig und kann daher keine Verträge schließen und verfügt auch über kein Vermögen. Der Betriebsrat hat einen Anspruch auf Räume, sachliche Mittel und Büropersonal für Sitzungen, Sprechstunden und die laufende Geschäftsführung. Der Arbeitgeber hat ferner Informationstechnik und Kommunikationstechnik zur Verfügung zu stellen (§ 40 Abs. 1 BetrVG).

**Beispiel:** Für die Betriebsratssitzungen muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat einen Raum zur Verfügung stellen, der von außen nicht einsehbar und auch akustisch abgeschirmt ist, um die Nichtöffentlichkeit der Sitzung zu gewährleisten.

Die **Erforderlichkeit** der vom Arbeitgeber zu stellenden **Sachmittel** bestimmt sich nach Inhalt und Umfang der vom Betriebsrat wahrzunehmenden Aufgaben anhand der konkreten betrieblichen Verhältnisse. Es sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Zu den erforderlichen sachlichen Mitteln zählen in der Regel (verschiebbare) Aktenschränke, Schreibmaterialien, Porto, Stempel und Kopiergeräte, ggf. auch eine Schreibkraft (zumindest zur Mitbenutzung). Ferner hat der Betriebsrat Anspruch auf die erforderliche Fachliteratur, z.B. die jeweils aktuelle Auflage eines Kommentars zum BetrVG und eine arbeitsrechtliche Fachzeitschrift sowie für jedes Betriebsratsmitglied eine arbeitsrechtliche Gesetzestextsammlung. Die Auswahl der erforderlichen Fachliteratur obliegt dem Betriebsrat. Auch die Ausstattung des Betriebs an sichtbarer Stelle mit 1 oder mehreren „Schwarzen

Brettern“ gehört zur Ausstattung des Betriebsrats. Dem Betriebsrat sind auch Mittel der modernen Kommunikationstechnik zu überlassen, wenn und soweit sie zur Erfüllung der Betriebsratsaufgaben erforderlich ist (Telefon, Fax, Computer, Internet- und Intranet-Anschluss, ggf. Handy).

Kommt es zu **Gerichtsverfahren**, darf der Betriebsrat einen **Rechtsanwalt** zu seiner Vertretung beauftragen, es sei denn, die Rechtsverfolgung ist offensichtlich aussichtslos.

**Beispiel:** Der Betriebsrat verweigert die Zustimmung zu einer Einstellung (§ 99 Abs. 2 BetrVG). Der Arbeitgeber beantragt die Ersetzung der Zustimmung vor dem Arbeitsgericht. Der Betriebsrat kann einen Rechtsanwalt zu seiner Beratung und zur Führung des Rechtsstreits auf Kosten des Arbeitgebers hinzuziehen.

Darüber hinaus darf der Betriebsrat **nach näherer Vereinbarung** mit dem Arbeitgeber **Sachverständige** hinzuziehen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist (§ 80 Abs. 3 BetrVG).

**Beispiel:** Der Arbeitgeber möchte eine neue Arbeitszeitregelung für den Betrieb mit dem Betriebsrat vereinbaren. Bei der Verhandlung und Beratung über die abzuschließende Betriebsvereinbarung (§ 77 BetrVG) möchte der Betriebsrat einen Rechtsanwalt zur Unterstützung hinzuziehen.

Sofern es nicht um die Führung von Rechtsstreitigkeiten vor Gericht geht, fällt die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts immer unter § 80 Abs. 3 BetrVG (vorherige Vereinbarung erforderlich) und nicht unter § 40 BetrVG (keine Vereinbarung erforderlich).

## 1.7 Betriebsratsmandat

Die Betriebsratsmitglieder erfüllen ein **unentgeltliches Ehrenamt** (§ 37 Abs. 1 BetrVG). Aus dem Betriebsratsmandat darf dem Arbeitnehmer weder ein Vor- noch ein Nachteil entstehen.

**Beispiel:** Der Betriebsratsvorsitzende V erhält von Arbeitgeber X einen zusätzlichen „Beratervertrag“, der mit 50.000 EUR pro Jahr vergütet ist, ohne dass V eine Leistung dafür erbringt. Dies ist verboten.

**Beispiel:** Arbeitgeber Y nimmt Betriebsratsmitglied B von der üblichen Lohnerhöhung aus. Y meint, B habe die Lohnerhöhung nicht verdient, da er sich aufgrund seiner Betriebsratsstätigkeit beruflich nicht so gut weiterentwickelt habe wie seine vergleichbaren Kollegen. Auch dies ist unzulässig. Der Arbeitgeber darf ein Betriebsratsmitglied während der Amtszeit im Betriebsrat einschließlich eines Zeitraums von mindestens 1 Jahr danach nicht schlechter bezahlen als vergleichbare Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung (§ 37 Abs. 4 BetrVG).

Betriebsratsmitglieder haben Anspruch auf **Freistellung** von der Arbeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben (z.B. Betriebsratssitzung, Sprechstunde, Büroarbeit) **erforderlich** ist (§ 37 Abs. 2 BetrVG). Der Arbeitgeber kann die Arbeitsbefreiung nicht verweigern. Das Betriebsratsmitglied benötigt auch keine Zustimmung des Arbeitgebers. Allerdings muss sich das Betriebsratsmitglied beim Verlassen des Arbeitsplatzes abmelden und bei Rückkehr wieder zurückmelden. Es gelten hierfür die im Betrieb üblichen Regeln (wie z.B. für einen Arztbesuch in der Arbeitszeit).

In Betrieben ab 200 wahlberechtigten Arbeitnehmern hat der Betriebsrat Anspruch auf vollständige **Freistellung** von Betriebsratsmitgliedern (§ 38 BetrVG).

## 2. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

### 2.1 Beteiligungsrechte im Überblick

Der Betriebsrat hat verschiedene Beteiligungsrechte von unterschiedlicher Intensität. Die Beteiligung reicht qualitativ von bloßen Unterrichtsrechten zu Anhörungsrechten bis hin zu Veto- und „echten“ Mitbestimmungsrechten.

Bei den „echten“ Mitbestimmungsrechten stehen sich Arbeitgeber und Betriebsrat als gleichberechtigte Verhandlungspartner gegenüber. Es besteht eine **Pflicht zur Einigung**. Lässt sich eine solche Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht erzielen, muss die Einigungsstelle entscheiden.

Die **Einigungsstelle** besteht aus einer gleichen Anzahl von Vertretern des Arbeitgebers und des Betriebsrats sowie aus einem neutralen Vorsitzenden (dies ist in der Regel ein Arbeitsrichter). Die Einigungsstelle hat die Aufgabe, den Streit der Betriebsparteien zu schlichten. Können sich Arbeitgeber und Betriebsrat nicht einigen, entscheidet die Einigungsstelle über die Angelegenheit durch Mehrheitsentscheidung (sog. Spruch der Einigungsstelle). Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die nicht zustande gekommene Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

Bei der „echten“ Mitbestimmung ist der Betriebsrat nicht darauf beschränkt, lediglich zu reagieren, wenn der Arbeitgeber eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit regeln möchte. Vielmehr kann der Betriebsrat **von sich aus** eine Angelegenheit, die er für regelungsbedürftig hält, anstoßen und eine Regelung verlangen (sog. Initiativrecht).

Inhaltlich beziehen sich die Beteiligungsrechte auf die Felder soziale Angelegenheiten (§§ 87 ff. BetrVG), personelle Angelegenheiten (§§ 92 ff. BetrVG) und wirtschaftliche Angelegenheiten (§§ 106 ff. BetrVG).

**Beispiel:** Der Betriebsrat ist über die Kündigung eines leitenden Angestellten zu **unterrichten** (§ 105 BetrVG); vor Ausspruch einer Kündigung muss der Arbeitgeber den Betriebsrat **anhören** (§ 102 BetrVG); im Falle einer Betriebsänderung muss der Arbeitgeber die geplante Betriebsänderung mit dem Betriebsrat **beraten** (§ 111 BetrVG); im Falle einer beabsichtigten Einstellung hat der Betriebsrat ein **Zustimmungsverweigerungsrecht** (§ 99 Abs. 2 BetrVG); bei der Aufstellung von Einstellungs- oder Entlassungsrichtlinien besteht ein „echtes“ **Mitbestimmungsrecht** (§ 95 BetrVG).

Der Betriebsrat hat daneben **Informationsrechte**, damit er seinen Aufgaben ordnungsgemäß nachkommen kann. Deshalb hat der Betriebsrat einen Anspruch auf rechtzeitige und umfassende Unterrichtung über alle seinen Aufgabenbereich betreffende Angelegenheiten (§ 80 Abs. 2 BetrVG).

**Beispiel:** Der Betriebsrat möchte vom Arbeitgeber wissen, wie viele freie Mitarbeiter der Arbeitgeber im Unternehmen beschäftigt.

Der Betriebsrat hat auch das Recht, dass ihm die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung gestellt werden. Allerdings muss der Arbeitgeber Unterlagen nicht erst anfertigen. Das Einsichtsrecht beschränkt sich auf die bereits vorhandenen Unterlagen.

Der Betriebsrat (allerdings beschränkt auf den Betriebsausschuss) hat auch das Recht, Einsicht in die Gehaltslisten der Arbeitnehmer zu nehmen (§ 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG). Dies umfasst auch die Gehälter von sog. AT-Angestellten. Lediglich die Gehälter der Leitenden sind ausgenommen.

Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats greifen nur ein, wenn der Arbeitgeber nicht einen Einzelfall, sondern eine die **Belegschaft** betreffende Angelegenheit regeln möchte

(sog. kollektiver Tatbestand). Ist dies der Fall, kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber im Verhältnis zum einzelnen Arbeitnehmer arbeitsvertraglich zur Durchsetzung seiner beabsichtigten Maßnahme berechtigt ist. Umgekehrt genügt es nicht, dass der Betriebsrat mit der Maßnahme einverstanden ist, wenn der Arbeitgeber im Verhältnis zum Arbeitnehmer nicht berechtigt ist, die Maßnahme einseitig anzuordnen.

**Beispiel:** Arbeitgeber Z möchte Überstunden in einer Produktionsabteilung anordnen. Selbst wenn Z aufgrund der Arbeitsverträge berechtigt wäre, Überstunden gegenüber den Arbeitnehmern anzuordnen, darf er dies erst tun, wenn der Betriebsrat damit einverstanden ist, da die vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). Umgekehrt genügt die Zustimmung des Betriebsrats nicht, wenn die Arbeitsverträge der betroffenen Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht die Befugnis geben, einseitig im Bedarfsfall Überstunden anzuordnen. Ein kollektiver Tatbestand liegt auch dann vor, wenn Z nur für einen einzelnen Arbeitnehmer Überstunden anordnen möchte, da sich zugleich die kollektive Frage stellt, wie das Arbeitsvolumen auf die Belegschaft zu verteilen ist. Ein Einzelfall liegt dagegen vor, wenn Arbeitnehmer A einen Tag unbezahlten Urlaub haben möchte, da er zur Beerdigung eines Freundes gehen möchte.

Nur Ausnahmeweise unterliegt ein Einzelfall in sozialen Angelegenheiten der Mitbestimmung. Dies ist der Fall bei der Festsetzung der zeitlichen Lage des **Urlaubs** für einzelne Arbeitnehmer, wenn zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG).

Mitbestimmungsrechte gelten auch in eiligen Angelegenheiten, lediglich in **Notfällen** entfallen die Mitbestimmungsrechte.

**Beispiel:** Arbeitgeber X möchte Überstunden für einen Arbeitnehmer anordnen, da er kurz vor Arbeitsende noch einen eiligen Kundenauftrag hereinbekommen hat, der sofort bearbeitet werden muss. Hier benötigt der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats. Anders ist es nur in „echten“ Notfällen, z.B. bei einer Überschwemmung des Materiallagers.

## 2.2 Verstoß gegen Beteiligungsrechte

Übergeht der Arbeitgeber die Beteiligungsrechte des Betriebsrats, begeht er teilweise eine Ordnungswidrigkeit (§ 121 BetrVG). Daneben hat der Betriebsrat die Möglichkeit, den Arbeitgeber auf **Unterlassung** zu verklagen. Ferner darf der Arbeitgeber die beabsichtigte Maßnahme (z.B. eine Einstellung) nicht durchführen, bis die Beteiligungsrechte des Betriebsrats ordnungsgemäß erfüllt sind.

Im Bereich der echten Mitbestimmung (§ 87 BetrVG) ist eine Maßnahme, die ohne Zustimmung des Betriebsrats getroffen wird, dem Arbeitnehmer gegenüber unwirksam (sog. Theorie von der Wirksamkeitsvoraussetzung). Der Arbeitnehmer muss daher eine entsprechende Weisung des Arbeitgebers nicht beachten.

**Beispiel:** Arbeitgeber X möchte in der Abteilung des Arbeitnehmers A Überstunden anordnen. Mit dem Betriebsrat spricht er nicht. Arbeitnehmer A weigert sich, die Überstunden zu leisten und geht nach Hause. X spricht daraufhin eine Abmahnung aus. Da die Überstundenanordnung nicht mit dem Betriebsrat abgesprochen war, ist die Anweisung gegenüber A unwirksam, so dass die Abmahnung rechtswidrig war. A hatte keine Pflicht, die Überstunden zu leisten.

## 3. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

### 3.1 Katalogtatbestände (§ 87 BetrVG)

Der Katalog des § 87 Abs. 1 BetrVG bildet den zentralen Mitbestimmungstatbestand in sozialen Angelegenheiten. Es handelt sich hierbei um die „echte“ **Mitbestimmung**, da die

Einigungsstelle entscheidet, falls eine Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht zustande kommt. Deren Spruch ersetzt dann die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat (§ 87 Abs. 2 BetrVG).

Das Mitbestimmungsrecht bei Fragen der **Ordnung des Betriebs** und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) erfasst alle Angelegenheiten, welche die Gestaltung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen (sog. Ordnungsverhalten). Demgegenüber sind Maßnahmen, mit denen die Arbeitspflicht im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar konkretisiert werden (sog. Arbeitsverhalten), nicht erfasst. **Beispiel:** Arbeitgeber X (Supermarktkette) möchte am Ende der Arbeitszeit bei allen Arbeitnehmern vor Verlassen des Supermarkts Taschenkontrollen durchführen, um Diebstahl vorzubeugen. Dies betrifft nicht das Arbeitsverhalten, sondern das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten. Anders, wenn X von seinen Arbeitnehmern verlangt, Tätigkeitsberichte zu verfassen.

Das Mitbestimmungsrecht bezüglich **Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit** einschließlich der **Pausen** sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) soll die Interessen der Arbeitnehmer an der Lage ihrer Arbeitszeit und damit zugleich der Freizeit für die Gestaltung ihres Privatlebens zur Geltung bringen. Erfasst ist nur die Lage, nicht dagegen die **Dauer** der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit. **Beispiel:** Im Betrieb von Arbeitgeber Y gilt die 40 Stunden-Woche. Er möchte, dass alle Arbeitnehmer Mo-Fr jeweils von 8.00 Uhr – 17.00 Uhr arbeiten. Die Arbeitszeit soll unterbrochen werden durch eine Pause am Vormittag von 15 min.; Mittagspause von 30 min. sowie einer Pause am Nachmittag von 15 min. All dies ist mitbestimmungspflichtig. Gleiches gilt für alle Fragen, die mit Schichtarbeit zu tun haben, d.h. die Einführung von Schichtarbeit und die zeitliche Ausgestaltung der Schichten.

Die **vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung** der betriebsüblichen **Arbeitszeit** (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) betrifft vorübergehende Veränderungen der Arbeitszeit, d.h. Kurzarbeit und Überstunden, jedoch ebenfalls nicht die Dauer der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit.

Bei der Festlegung der Zeit, Ort und Art der **Auszahlung der Arbeitsentgelte** (§ 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG) geht es um die äußeren Umstände der Auszahlung. Der Betriebsrat hat darüber mitzubestimmen, ob die Entgeltzahlung wöchentlich, monatlich oder halbmonatlich erfolgt und an welchem Tag bzw. zu welcher Stunde das Arbeitsentgelt zu erbringen ist. Ebenfalls mitbestimmungspflichtig sind Regelungen zu Arbeitszeitkonten, bei denen ein über die regelmäßige tarifliche Wochenarbeitszeit hinausgehendes Zeitguthaben in ein Arbeitszeitkonto eingebucht wird und erst am Ende des Verteilungszeitraums vergütet wird.

Der Betriebsrat entscheidet mit bei der Aufstellung allgemeiner **Urlaubsgrundsätze** und des Urlaubsplans sowie die Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer, wenn zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG).

Bei der **Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen**, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, hat der Betriebsrat ebenfalls mitzubestimmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG). Es ist nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber die technische Einrichtung zur Überwachung nutzen möchte. Es genügt, wenn die technische Einrichtung objektiv geeignet ist, das Verhalten oder die Leistung von AN zu überwachen. **Beispiel:** Arbeitgeber Z möchte aus Sicherheitsgründen alle Außentüren sowie etliche Innentüren mit einem elektronischen Schloss gegen Unbefugte sichern. Die Arbeitnehmer erhalten eine elektronische Codekarte. Hält man diese Karte vor den Kartenleser, entriegelt sich die Tür automatisch. Das System registriert automatisch, welcher Arbeitnehmer wann durch welche Tür gegangen ist. Die Anlage dient zwar nur der Sicherheit, anhand der gespeicherten Daten lassen sich aber (grobe) „Bewegungsprofile“ der Arbeitnehmer im Gebäude erstellen. Die Maßnahme ist daher mitbestimmungspflichtig, auch wenn der Arbeitgeber keine Bewegungsprofile erstellen möchte. Auch übliche Computerprogramme (Windows, Word, etc.) sind mitbestimmungspflichtig, da sich ermitteln lässt, wann ein Arbeitnehmer welche Eingaben gemacht hat. Gleiches gilt für Telefonanlagen, Mobiltelefone, Internetzugänge und E-Mail-Programme. Um nicht bei jeder neuen Software in Verhandlungen mit dem Betriebsrat zu treten, schließen Unternehmen häufig Betriebsvereinbarungen ab, welche die Standardfälle regeln.

Mitbestimmungspflichtig sind auch Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den **Gesundheitsschutz** im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG) sowie bzgl. Form, Ausgestaltung und Verwaltung von **Sozialeinrichtungen** (z.B. Betriebskindergarten, Kantine, Pensionskasse), deren Wirkungsbereich auf den Betrieb, das Unternehmen oder den Konzern beschränkt ist (§ 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG), wenn der Arbeitgeber sich zur Einführung einer Sozialeinrichtung entschließt. Dieses „ob“ der Einführung sowie die Höhe der finanziellen Ausstattung ist mitbestimmungsfrei. Gleiches gilt für die Zuweisung und Kündigung von **Wohnräumen**, die den Arbeitnehmern mit Rücksicht auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses vermietet werden, sowie die allgemeine Festlegung der Nutzungsbedingungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG)

Bei Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insb. der Aufstellung von **Entlohnungsgrundsätzen** und der Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) besteht ebenfalls ein Mitbestimmungsrecht. Es dient der innerbetrieblichen Gerechtigkeit bei der Entlohnung und der Transparenz bei der Gewährung von finanziellen Leistungen, die der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern nach einem einheitlichen Prinzip gewährt. Nicht der Mitbestimmung unterliegt die Entlohnung eines einzelnen Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der Besonderheiten seines Arbeitsverhältnisses. Sofern es sich um zusätzliche Leistungen für die Arbeitnehmer handelt (z.B. Sonderzahlungen, Zulagen, Gratifikationen), ist das „ob“ und die Höhe der Leistung insgesamt (sog. Dotierungsrahmen) sowie der begünstigte Personenkreis und die Zweckbestimmung mitbestimmungsfrei, dagegen ist die Verteilung der Leistung auf die Arbeitnehmer und die Anspruchsvoraussetzungen, das „wie“, mitbestimmungspflichtig. **Beispiel:** Arbeitgeber X möchte seinen Arbeitnehmern ein zusätzliches Weihnachtsgeld zahlen. Insgesamt stellt er dafür 2 Mio. EUR bereit. Diese beiden Entscheidungen unterliegen nicht der Mitbestimmung. Dagegen muss sich der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat einigen, welche Arbeitnehmergruppe welche Zahlung erhält (= Verteilung der Mittel).

Die Festsetzung der Akkord- und Prämiensätze und vergleichbarer **leistungsbezogener Entgelte**, einschließlich der Geldfaktoren ist mitbestimmungspflichtig (§ 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG). Der Mitbestimmung unterliegen sämtliche Faktoren, die für die Bestimmung der Höhe eines Akkordlohns, eines Prämienlohns oder eines vergleichbaren leistungsabhängigen Lohns von Bedeutung sind. **Beispiel:** Arbeitnehmer A arbeitet „am Band“ und stanzt Löcher in ein Blech. Er erhält je fehlerfrei produziertem Blech 0,10 EUR. Hier hat der Betriebsrat z.B. über die Fehlertoleranz mitzubestimmen.

Mitbestimmungspflichtig sind ferner Grundsätze über das **betriebliche Vorschlagswesen** (§ 87 Abs. 1 Nr. 12 BetrVG) und über die **Durchführung von Gruppenarbeit**; Gruppenarbeit liegt vor, wenn im Rahmen des betrieblichen Arbeitsablaufs eine Gruppe von Arbeitnehmern eine ihr übertragene Gesamtaufgabe im Wesentlichen eigenverantwortlich erledigt (§ 87 Abs. 1 Nr. 13 BetrVG). In beiden Fällen ist die Entscheidung des Arbeitgebers ob er ein betriebliches Vorschlagswesen bzw. Gruppenarbeit einführen möchte, mitbestimmungsfrei. Erst wenn die Entscheidung des Arbeitgebers positiv ist, greift das Mitbestimmungsrecht bzgl. der konkreten Ausgestaltung („wie“) ein.

### 3.2 Gesetzes- und Tarifvorrang

Der Betriebsrat hat kein Mitbestimmungsrecht, soweit eine **gesetzliche oder tarifliche Regelung** für den Betrieb besteht (§ 87 Abs. 1 BetrVG). Wenn es sich um zwingende Regelungen handelt, sind die Interessen der Arbeitnehmer bereits hinreichend geschützt. Zudem soll die Tarifautonomie nicht durch betriebliche Regelungen unterlaufen werden. Verbleibt allerdings trotz der Regelung noch ein **Gestaltungsspielraum** für den Arbeitgeber, bleibt das Mitbestimmungsrecht diesbezüglich erhalten.

**Beispiel:** Der Betriebsrat hat über Arbeitszeitregelungen und Pausen mitzubestimmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG). Das Arbeitszeitgesetz regelt, dass nach spätestens 6 Stunden ununterbrochener Arbeit eine Pause die Arbeit unterbrechen muss. Ferner, dass bei einer längeren Arbeitszeit als 6 Stunden eine Pause von mindestens 30 min. zu gewähren ist, die Pausen aber auch in mehrere Zeitabschnitte von mindestens 15 min. Dauer aufgeteilt werden können (§ 4 ArbZG). Innerhalb dieser Mindeststandards verbleibt ein Gestaltungsspielraum, so dass die Betriebspartner eigene Regelungen treffen können, z.B. dass bereits nach 4 Stunden ununterbrochener Arbeit eine Pause zu nehmen ist, oder dass eine Pause mindestens 20

min. dauern muss.

Eine tarifvertragliche Regelung schließt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats allerdings nur dann aus, wenn der Tarifvertrag im Betrieb unmittelbar und zwingend Geltung entfaltet (§ 4 Abs. 1 TVG). Dies setzt voraus, dass der Arbeitgeber **tarifgebunden** ist (auf die Tarifbindung der Arbeitnehmer kommt es nicht an) oder der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist; ein bloß nachwirkender Tarifvertrag (§ 4 Abs. 5 TVG) sperrt die Mitbestimmungsrechte nicht. Die Regelungssperre (§ 77 Abs. 3 BetrVG) – selbst Tarifüblichkeit ist ausreichend – findet im Bereich der sozialen Mitbestimmung keine Anwendung (sog. Vorrangtheorie), so dass auch Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen im Rahmen des § 87 BetrVG-Katalogs Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können.

## 4. Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten

Die wichtigste Gruppe der Mitbestimmungstatbestände in personellen Angelegenheiten betrifft die Kündigung (§ 102 BetrVG) sowie die Einstellung, Ein- bzw. Umgruppierung und Versetzung von Arbeitnehmern (§ 99 BetrVG).

Im Gegensatz zum Anhörungsrecht vor Kündigungen, bestehen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei Einstellung, Versetzung und Ein-/Umgruppierung erst in **Unternehmen mit mindestens 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern**.

Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einstellung, Ein- bzw. Umgruppierung und Versetzung besteht auch dann, wenn der betroffene Arbeitnehmer mit der Maßnahme einverstanden ist.

### 4.1 Kündigung

Vor Ausspruch jeder Kündigung muss der Arbeitgeber den Betriebsrat anhören. Ansonsten ist die Kündigung bereits aus diesem Grund (formell) unwirksam (§ 102 BetrVG). Dies ist nicht nur der Fall, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat gar nicht, sondern auch, wenn er den Betriebsrat **nicht ordnungsgemäß** angehört hat. Dazu bedarf es der Mitteilung der Grunddaten der Kündigung sowie des Kündigungsgrundes. Für eine ordnungsgemäße Anhörung muss der Arbeitgeber den Betriebsrat derart über die beabsichtigte Kündigung informieren, dass dieser sich ein „eigenes Bild“ machen kann.

Zu den **Grunddaten** gehört der Name des Arbeitnehmers, die Art der Kündigung (ordentlich/außerordentlich), der beabsichtigte Kündigungstermin, die einzuhaltende Kündigungsfrist; ferner das Lebensalter, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, die Unterhaltspflichten (sofern für Kündigungsgrund relevant). Hinsichtlich des **Beendigungszeitpunkts** genügt die ungefähre Mitteilung, da regelmäßig nicht sicher ist, wann die Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer zugehen wird (insb. bei einem Kündigungsausspruch gegen Monatsende).

Beim **Kündigungsgrund** darf der Arbeitgeber sich nicht auf Schlagworte oder Werturteile beschränken. Er muss vielmehr die Tatsachen, auf denen der Kündigungsentschluss beruht, verständlich und vollständig derart darstellen, dass es dem Betriebsrat möglich ist, ohne weitere Erkundungen dazu Stellung zu nehmen. Bei einer betriebsbedingten Kündigung muss die Information auch die für die Sozialauswahl erforderlichen Daten und die dabei angelegten Kriterien umfassen. Der Arbeitgeber kann bei der Information jedoch pauschal auf Umstände Bezug nehmen, die dem Betriebsrat im Einzelnen bereits bekannt sind.

Der Betriebsrat muss auch angehört werden, wenn der Arbeitgeber innerhalb der **Wartefrist** des Kündigungsschutzgesetzes (6 Monate) kündigt, obwohl der Arbeitnehmer dann noch keinen Kündigungsschutz besitzt.



Der Arbeitgeber muss mit dem Ausspruch der Kündigung warten, bis sich der Betriebsrat **abschließend** zu der Kündigung geäußert hat (d.h. sich nicht mehr mit der Sache befassen möchte) oder die **Anhørungsfrist** abgelaufen ist.

Bei einer **ordentlichen Kündigung** beträgt die Anhørungsfrist **1 Woche**, bei einer außerordentlichen Kündigung 3 Tage (§ 102 Abs. 2 BetrVG). Es ist unschädlich, wenn der Arbeitgeber die Kündigung bereits vor Ablauf der Anhørungsfrist „fertig eingetütet“ hat, solange die Kündigung noch nicht seinen Machtbereich verlassen hat.

**Mängel im Anhørungsverfahren** auf Seiten des Betriebsrats (z.B. keine ordnungsgemäße Einladung der Betriebsratsmitglieder zur Anhörung, so dass einige Mitglieder nicht anwesend waren) haben auf die Wirksamkeit der Anhörung keinen Einfluss. Andernfalls hätte es der Betriebsrat in der Hand, die Unwirksamkeit einer Kündigung bewusst herbeizuführen.

Selbst dann, wenn der Arbeitgeber weiß oder erkennen kann, dass der Betriebsrat die Angelegenheit nicht fehlerfrei behandelt hat, führt dies nicht zur Fehlerhaftigkeit der Anhörung. Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn tatsächlich keine Stellungnahme des Betriebsrats, sondern für den Arbeitgeber erkennbar nur eine persönliche Äußerung des Betriebsratsvorsitzenden vorliegt oder der Arbeitgeber den Fehler des Betriebsrats durch unsachgemäßes Verhalten selbst veranlasst hat. **Beispiel:** Arbeitgeber X trifft den Betriebsratsvorsitzenden V auf dem Gang und skizziert kurz die beabsichtigte Kündigung des Arbeitnehmers A. V nickt kurz und meint, gegen die Kündigung habe der Betriebsrat keine Einwände. Hier muss dem Arbeitgeber klar sein, dass keine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats (der Vorsitzende ersetzt nicht das Gremium) stattgefunden hat.

## 4.2 Einstellung

Vor jeder Einstellung muss der Arbeitgeber den Betriebsrat über den zu besetzenden Arbeitsplatz und den Bewerber, der eingestellt werden soll, umfassend unterrichten. Dazu gehört auch die Vorlage der **Bewerbungsunterlagen** (auch der anderen Bewerber, damit sich der Betriebsrat „ein Bild“ machen kann).

Einstellung bedeutet entweder der **Abschluss des Arbeitsvertrags** oder die tatsächliche **Eingliederung** in den Betrieb, je nach dem, was zuerst eintritt. In der Praxis werden Arbeitsverträge mit Bewerbern daher häufig unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Betriebsrats abgeschlossen. Andernfalls besteht für den Arbeitgeber das Risiko, dass er den Arbeitnehmer zwar bezahlen muss, ihn jedoch nicht beschäftigen darf, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung verweigert.

Eine Einstellung liegt ebenfalls vor, wenn es um die Beschäftigung von **Leiharbeitnehmern** geht. D.h. der Betriebsrat hat auch in diesem Bereich mitzubestimmen. Entscheidend ist, dass eine Person weisungsgebunden in den Betrieb des Arbeitgebers organisatorisch eingegliedert wird. Eine Einstellung liegt ebenfalls vor bei der **Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags** oder einer erheblichen Aufstockung der Arbeitszeit von einer Teilzeit- auf Vollzeitbeschäftigung.

Ist der Betriebsrat mit der Einstellung nicht einverstanden, kann er die Zustimmung zu der Einstellung innerhalb von 1 Woche nach **vollständiger Unterrichtung** unter Angabe der Gründe schriftlich verweigern. Es genügt jedoch nicht irgendein Grund für die Zustimmungsverweigerung. Der Betriebsrat ist auf die gesetzlichen Kataloggründe (§ 99 Abs. 2 BetrVG) beschränkt. Der Grund für die Zustimmungsverweigerung muss sich einem der Kataloggründe zuordnen lassen. Andernfalls ist die Zustimmungsverweigerung unbeachtlich.

**Beispiel:** Der Betriebsrat widerspricht einer Einstellung, da der Arbeitgeber zugleich einem anderen Arbeitnehmer betriebsbedingt kündigen möchte, dieser Arbeitnehmer aber auf dem neu zu besetzenden Arbeitsplatz eingesetzt werden könnte (§ 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG). Dies ist ein ordnungsgemäßer

Zustimmungsverweigerungsgrund.

Die bloße Wiederholung eines der Zustimmungsverweigerungsgründe (§ 99 Abs. 2 BetrVG) oder floskelhafte Angaben reichen als Begründung dagegen nicht aus. Vielmehr muss der Betriebsrat **Tatsachen darlegen**, die es möglich erscheinen lassen, dass ein Verweigerungsgrund vorliegt. Zu Gunsten des Betriebsrats gilt hierbei ein großzügiger Maßstab. Nur wenn sich die Begründung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt den gesetzlichen Widerspruchsgründen zuordnen lässt, ist die Zustimmungsverweigerung unbeachtlich. **Beispiel:** Der Betriebsrat verweigert die Zustimmung zu einer Einstellung, da sich der Arbeitgeber weigert, das Kantinenessen noch stärker als bisher zu bezuschussen. Diese Zustimmungsverweigerung ist unbeachtlich.

Die Zustimmungsverweigerung kann auch per **Telefax** oder **E-Mail** an den Arbeitgeber übermittelt werden. Textform (§ 126b BGB) ist ausreichend (obwohl der Wortlaut von § 99 BetrVG von „schriftlich“ spricht).

Äußert sich der Betriebsrat innerhalb der 1-Wochen-Frist nicht oder ist die Zustimmungsverweigerung unbeachtlich, gilt die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung als erteilt (§ 99 Abs. 3 BetrVG).

Wenn der Betriebsrat seine Zustimmung zu der beabsichtigten Einstellung des Arbeitnehmers verweigert, darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht beschäftigen. Der Arbeitgeber muss dann beim **Arbeitsgericht** beantragen, die Zustimmung zu ersetzen (§ 99 Abs. 4 BetrVG).

### 4.3 Ein- und Umgruppierung

Bei der **Ein- und Umgruppierung** von Arbeitnehmern geht es um die Frage, ob die richtige Einstufung des Arbeitnehmers in eine bestimmte Lohn- oder Gehaltsgruppe vorgenommen wurde. Es handelt sich hierbei um eine Rechtsfrage, die im Streitfall vom Gericht zu entscheiden ist.

**Beispiel:** Arbeitgeber X (Versicherungsbranche) stuft die neu eingestellte Küchenhilfe in Gehaltsgruppe I ein (= Tätigkeiten, die nur eine kurze Einweisung erfordern). Der Betriebsrat ist der Auffassung, dass Gehaltsgruppe II richtig ist (= Tätigkeiten, die Kenntnisse oder Fertigkeiten voraussetzen, wie sie im Allgemeinen durch eine planmäßige Einarbeitung erworben werden).

Der Betriebsrat kann die von ihm als richtig erachtete Gehaltsgruppe angeben, sich aber auch darauf beschränken, vom Arbeitgeber lediglich zu verlangen, überhaupt eine betriebsverfassungsrechtlich gebotene Eingruppierungsentscheidung zu treffen, falls der Arbeitgeber dies noch nicht getan hat. Es ist dann Sache des Arbeitgebers, die aus seiner Sicht richtige Eingruppierung vorzunehmen.

### 4.4 Versetzung

Auch bei einer Versetzung hat der Betriebsrat ein Unterrichts- und Zustimmungsverweigerungsrecht (wie bei der Einstellung, s.o.). Eine Versetzung ist die Zuweisung eines **anderen Arbeitsbereichs**, die voraussichtlich die Dauer von **1 Monat** überschreitet, oder die mit einer **erheblichen Änderung** der (äußeren) Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist (§ 95 Abs. 3 BetrVG)).

**Beispiel:** Arbeitgeber X (Papierindustrie) hat 2 Betriebe (Produktionswerk in Hamburg und Berlin). X möchte den Arbeitnehmer A für die Dauer von 6 Monaten von Hamburg nach Berlin versetzen, da aufgrund eines neuen Großauftrags im Berliner Werk zusätzliche Arbeitskräfte benötigt werden, während im Hamburger Werk aktuell „Flaute“ herrscht. Der Betriebsrat in Hamburg muss der Versetzung zustimmen. Gleiches gilt für den Betriebsrat in Berlin. Für diesen Betrieb handelt es sich um eine **Einstellung**, da aus seiner Sicht ein neuer Arbeitsplatz besetzt wird.

## 4.5 Vorläufige Maßnahme

Der Arbeitgeber darf, wenn es aus sachlichen Gründen **dringend erforderlich** ist, die beabsichtigte personelle Maßnahme (Einstellung oder Versetzung) vorläufig durchführen, obwohl sich der Betriebsrat noch nicht geäußert oder die Zustimmung verweigert hat (§ 100 Abs. 1 BetrVG). In diesem Fall muss der Arbeitgeber den Betriebsrat unverzüglich darüber unterrichten, dass er die Maßnahme vorläufig durchführt (§ 100 Abs. 2 S. 1 BetrVG). Der Betriebsrat hat nun wiederum die Möglichkeit, zu bestreiten, dass die personelle Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist. Dies muss der Betriebsrat ebenfalls unverzüglich dem Arbeitgeber mitteilen (§ 100 Abs. 2 S. 2 BetrVG). Bestreitet der Betriebsrat die sachliche Dringlichkeit der Maßnahme, darf der Arbeitgeber die vorläufige Maßnahme nur aufrechterhalten, wenn er innerhalb von 3 Kalendertagen beim Arbeitsgericht die Zustimmungsersetzung und die Feststellung beantragt, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war (§ 100 Abs. 2 S. 3 BetrVG).

Die vorläufige Durchführung ist aus **sachlichen Gründen** dringend erforderlich, wenn ein verantwortungsbewusster Arbeitgeber im Interesse des Betriebs unverzüglich handeln muss, da die Maßnahme **keinen Aufschub** verträgt. **Beispiel:** Arbeitgeber X muss dringend einen Controller einstellen, der aber mitgeteilt hat, dass er innerhalb kürzester Zeit eine Entscheidung benötigt, da er noch weitere Bewerbungen „laufen“ habe. Nachdem der Betriebsrat die Zustimmung verweigert hat, droht der Bewerber abzuspringen.

Der Arbeitgeber muss den betroffenen Arbeitnehmer über die Sach- und Rechtslage im Hinblick auf die Vorläufigkeit der Maßnahme aufklären (§ 100 Abs. 1 S. 2 BetrVG). Andernfalls drohen dem Arbeitgeber ggf. Schadensersatzansprüche, wenn es nicht zu einer dauernden Einstellung des Arbeitnehmers kommt.

Stellt das Arbeitsgericht fest, dass die Zustimmung vom Betriebsrat zu Recht verweigert worden war oder dass die vorläufige Durchführung der Maßnahme nicht aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war, endet die vorläufige Maßnahme 2 Wochen nach Eintritt der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung (§ 100 Abs. 3 BetrVG).

## 5. Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten

Die zentralen Mitbestimmungstatbestände in wirtschaftlichen Angelegenheiten greifen bei geplanten **Betriebsänderungen** des Arbeitgebers ein.

In **Unternehmen** mit in der Regel **mehr als 20** wahlberechtigten Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über geplante Betriebsänderungen, die **wesentliche Nachteile** für die **Belegschaft** oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und anschließend mit dem Betriebsrat zu beraten (sog. Versuch eines Interessenausgleichs) sowie einen Sozialplan zum Ausgleich oder zur Milderung der Nachteile für die Arbeitnehmer abzuschließen (§§ 111 ff. BetrVG).

### 5.1 Betriebsänderung

Als Betriebsänderung gelten die Einschränkung oder Stilllegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen, die Verlegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen, der Zusammenschluss mit anderen Betrieben oder die Spaltung von Betrieben, grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen und die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren.

Eine Betriebsänderung kann auch allein in der **Entlassung von Arbeitnehmern** liegen, da in der erheblichen Reduzierung der Belegschaft eine Einschränkung des Betriebs zu sehen ist. Entscheidend ist

die Anzahl der entlassenen Arbeitnehmer in Abhängigkeit von der Betriebsgröße. Als Entlassung gilt auch das vom Arbeitgeber aus Gründen der Betriebsänderung veranlasste Ausscheiden von Arbeitnehmern aufgrund von Aufhebungsverträgen oder Arbeitnehmereigenkündigungen.

Betriebsgröße	Von Entlassung bedrohte Arbeitnehmer
0 - 59	Mehr als 5 Arbeitnehmer
60 – 499	10 % der Belegschaft oder mehr als 25 Arbeitnehmer
500 - 599	Mehr als 30 Arbeitnehmer
ab 600	5% der Belegschaft

## 5.2 Interessenausgleich

Im Interessenausgleichsverfahren versuchen Arbeitgeber und Betriebsrat sich über die **Inhalte** der vom Arbeitgeber geplanten Betriebsänderung zu verständigen (§ 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Damit der Betriebsrat sein Beteiligungsrecht vernünftig wahrnehmen kann, muss der Arbeitgeber den Betriebsrat zunächst über die geplante Betriebsänderung rechtzeitig und umfassend **unterrichten** und dann mit ihm **beraten**. Hierbei geht es sowohl um die Frage, ob die geplante Änderung überhaupt durchgeführt werden soll, als auch die konkrete Ausgestaltung (Umfang, Zeitplan, etc.). Kommt eine Einigung zustande, ist diese schriftlich niederzulegen.

Ein Interessenausgleich enthält eine genaue Beschreibung der geplanten Betriebsänderung. Insbesondere werden die geplanten organisatorischen Änderungen und der Umfang der geplanter Entlassungen festgeschrieben. Der Arbeitgeber kann sich z.B. auch dazu verpflichten, die Entlassungen unter Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen (d.h. nur einvernehmlich aufgrund von Aufhebungsverträgen, Altersteilzeit und Frühpensionierungen) durchzuführen, oder keine Versetzungen gegenüber schutzwürdigen Arbeitnehmern (z.B. mit Kindern) zwangsweise durchzusetzen.

Ein Interessenausgleich ist vom Betriebsrat **nicht erzwingbar**. Der Arbeitgeber muss diesen nur versuchen. Im Ergebnis muss der Arbeitgeber daher nicht auf die Änderungsvorschläge des Betriebsrats eingehen, er muss eine Einigung jedoch **ernsthaft** versucht haben. Erst wenn die Einigung trotzdem scheitert, ist das Interessenausgleichsverfahren abgeschlossen.

Sowohl der Arbeitgeber als auch der Betriebsrat können daher den Vorstand der Bundesagentur für Arbeit um Vermittlung bitten (§ 112 Abs. 2 S.1 BetrVG). Dies ist jedoch eine freiwillige Option.

Demgegenüber muss der Arbeitgeber zwingend eine **Einigungsstelle** zum Zwecke der Interessenausgleichsverhandlungen anrufen haben (§ 112 Abs. 2 S. 2 BetrVG), da andernfalls der Arbeitgeber nicht alle möglichen Versuche unternommen hat, um eine Einigung herbeizuführen. Die Einigungsstelle verhandelt allerdings ohne Möglichkeit eines „Spruchs“, da der Interessenausgleich vom Betriebsrat nicht erzwungen werden kann. Die Einigungsstelle beschränkt sich daher darauf, nach einigen Verhandlungsrunden festzustellen, dass keine Einigung zustande gekommen ist.

Führt der Arbeitgeber die Betriebsänderung durch, ohne seiner Interessenausgleichspflicht mit dem Betriebsrat ordnungsgemäß nachzukommen, haben Arbeitnehmer, die aufgrund der Betriebsänderung entlassen wurden oder andere Nachteile erlitten haben, Anspruch auf Zahlung einer Abfindung bzw. Ausgleich ihrer anderweitigen wirtschaftlichen Nachteile (sog. Nachteilsausgleich, § 113 BetrVG).

Der Betriebsrat kann versuchen, vor Gericht eine **Unterlassungsverfügung** zu erwirken, bis der Interessenausgleich ordnungsgemäß durchgeführt worden ist. In der Instanzrechtsprechung besteht jedoch keine einheitliche Linie, ob dem Betriebsrat ein solcher Unterlassungsanspruch zusteht.

**Beispiel:** Arbeitgeber X (Hersteller von Mobiltelefonen) beschließt, sein Werk in Bochum zu schließen und die gesamte Produktion nach Rumänien zu verlagern. Ohne mit dem Betriebsrat zu verhandeln, verkündet der Arbeitgeber auf einer Betriebsversammlung, dass Anfang nächster Woche die Produktionsanlagen in Bochum abgebaut und nach Rumänien transportiert und alle Arbeitnehmer eine Kündigung erhalten werden. Der Betriebsrat möchte das verhindern und beantragt daher vor dem Arbeitsgericht Bochum im Wege der einstweiligen Verfügung, X die Umsetzung der Betriebsschließung bis zum Abschluss der Interessenausgleichsverhandlungen untersagen zu lassen.

### 5.3 Sozialplan

Der Sozialplan dient dem **Ausgleich** bzw. der **Milderung** der **wirtschaftlichen Nachteile**, welche die Arbeitnehmer durch die Betriebsänderung erleiden. Der Sozialplan hat die Wirkung einer Betriebsvereinbarung und räumt den Arbeitnehmern daher unmittelbar Ansprüche ein (§ 112 Abs. 1 S. 2 und 3 BetrVG)

Sozialpläne enthalten typischerweise Regelungen zu **Abfindungszahlungen** für den Verlust des Arbeitsplatzes und **Ausgleichsregelungen** für Versetzungen (z.B. Ausgleich erhöhter Fahrtkosten, Erstattung von Umzugskosten), Gehaltsreduzierungen, Wegfall von Sonderleistungen (z.B. Jubiläumsgeld) und den Verlust von Anwartschaften auf die betriebliche Altersversorgung. Umgekehrt werden Arbeitnehmer meist von Leistungen ausgeschlossen, die in einem zumutbaren Arbeitsverhältnis im Unternehmen bzw. Konzern weiterbeschäftigt werden können und die Weiterbeschäftigung ablehnen.

Im Gegensatz zum Interessenausgleich ist ein Sozialplan vom Betriebsrat **erzwingbar**. Kommt es zu keiner Einigung mit dem Arbeitgeber, entscheidet die Einigungsstelle (§ 112 Abs. 4 BetrVG).

Die Einigungsstelle hat bei ihrer Entscheidung sowohl die **sozialen Belange** der betroffenen Arbeitnehmer zu berücksichtigen als auch auf die **wirtschaftliche Vertretbarkeit** ihrer Entscheidung für das Unternehmen zu achten. Sie hat bei der Bemessung des Gesamtbetrages der Sozialplanleistungen darauf zu achten, dass der Fortbestand des Unternehmens oder die nach Durchführung der Betriebsänderung verbleibenden Arbeitsplätze nicht gefährdet werden.

Bei einer Betriebsänderung, die **lediglich aus einem Personalabbau** besteht, ist ein Sozialplan nur erzwingbar, wenn bestimmte Abbauziele überschritten werden (§ 112a BetrVG). Diese Zahlengrenzen liegen höher als die o.g. Zahlengrenzen für die Frage, ob überhaupt eine Betriebsänderung vorliegt.

Betriebsgröße	Von Entlassung bedrohte Arbeitnehmer
21 - 59	20% der Belegschaft und mind. 6 Arbeitnehmer
60 – 249	20 % der Belegschaft oder mind. 37 Arbeitnehmer
250 - 499	15% der Belegschaft oder mind. 60 Arbeitnehmer
ab 500	10% der Belegschaft und mind. 60 Arbeitnehmer

### 6. Betriebsvereinbarung

Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats werden in der Regel durch den Abschluss einer **Betriebsvereinbarung** gewahrt.

Eine Betriebsvereinbarung ist eine schriftliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, die **unmittelbar und zwingend** auf die Arbeitsverhältnisse des Betriebs einwirkt (§ 77 Abs. 4 BetrVG). Sie ist „Gesetz des Betriebs“.

Arbeitgeber und Betriebsrat können aber auch eine bloße **Regelungsabrede** schließen. Diese ist ein verbindlicher Vertrag zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, der keine unmittelbare Wirkung für die Arbeitnehmer hat. Für die Regelungsabrede gelten auch keine Formvorschriften.

Es steht den Betriebspartnern offen, ob sie eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit in Form einer Betriebsvereinbarung oder als Regelungsabrede regeln. Allerdings haben Betriebsrat und Arbeitgeber ein

Recht darauf, über mitbestimmte Angelegenheiten eine Betriebsvereinbarung abzuschließen.

Es gibt mitbestimmte, teilmitbestimmte und freiwillige Betriebsvereinbarungen. Mitbestimmt sind diejenigen Betriebsvereinbarungen, die im Streitfall von einer Einigungsstelle (§ 76 BetrVG) erzwungen werden können (sog. „echte“ Mitbestimmung). Daneben gibt es teilmitbestimmte Betriebsvereinbarungen, wenn ihr Inhalt teilweise einem Mitbestimmungsrecht unterliegt und deshalb diesbezüglich im Streitfall durch eine Einigungsstelle erzwingbar ist.

**Beispiel** (teilmitbestimmte Betriebsvereinbarung): Bei einer Betriebsvereinbarung über eine freiwillige Leistung ist das „ob“, der Dotierungsrahmen, der begünstigte Personenkreis und die „Zweckbestimmung“ mitbestimmungsfrei, nicht jedoch die Verteilung der Leistung auf die Belegschaft.

Der **Arbeitnehmer** kann auf Rechte aus einer Betriebsvereinbarung ohne Zustimmung des Betriebsrats **nicht verzichten** (§ 77 Abs. 4 BetrVG). Dies gilt selbst für einen (gerichtlichen) Vergleich.

Haben die Parteien keine Kündigungsfristen vereinbart, können Betriebsvereinbarungen mit einer Frist von 3 Monaten gekündigt werden (§ 77 Abs. 5 BetrVG). Im Falle der „echten“ Mitbestimmung wirkt die Betriebsvereinbarung jedoch so lange nach, bis sie durch eine neue Regelung ersetzt wird (§ 77 Abs. 6 BetrVG).

Betriebsvereinbarungen sind durch den Arbeitgeber an geeigneter Stelle auszulegen, damit die Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, sich über den Inhalt zu informieren (§ 77 Abs. 2 S. 3 BetrVG).

### 6.1 Tarifvertragliche Regelungssperre (§ 77 Abs. 3 BetrVG)

Durch eine Betriebsvereinbarung können grundsätzlich alle Arbeitsbedingungen (im weiten Sinne) geregelt werden. Dies gilt jedoch nicht, wenn **Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen** durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden. Eine Ausnahme gilt, wenn der Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt (§ 77 Abs. 3 BetrVG). Die Regelungssperre dient dem **Schutz der Tarifautonomie**. Die tarifvertraglichen Regelungen sollen nicht durch die Betriebspartner unterlaufen werden. Entgegenstehende Regelungen sind daher unwirksam.

Bei einem Verstoß gegen die Regelungssperre hat die Gewerkschaft gegen den Arbeitgeber einen **Unterlassungsanspruch** – allerdings nur, wenn die Tarifverträge für den Arbeitgeber unmittelbar und zwingend gelten, d.h. der Arbeitgeber **tarifgebunden** ist. **Beispiel**: Arbeitgeber X (Zeitungsverlag) vereinbarte mit seinem Betriebsrat eine untertarifliche Bezahlung gegen Zusicherung einer Beschäftigungsgarantie (sog. **Bündnis für Arbeit**). Die Gewerkschaft verlangte von X, es zu unterlassen, Arbeitnehmer untertariflich gegen die Zusicherung einer Beschäftigungsgarantie zu beschäftigen.

Arbeitsbedingungen sind **durch Tarifvertrag** geregelt, wenn ein Tarifvertrag aktuell abgeschlossen worden ist und der Betrieb und die dort beschäftigten Arbeitnehmer in den Geltungsbereich dieses Tarifvertrags fallen. Tarifgebundenheit des Arbeitgebers ist dagegen nicht erforderlich. Arbeitsbedingungen werden **üblicherweise durch Tarifvertrag** geregelt, wenn sie – ohne zur Zeit durch Tarifvertrag geregelt zu sein – bereits einmal durch Tarifvertrag geregelt waren und anzunehmen ist, dass sie auch künftig wieder tarifvertraglich geregelt werden.

Eine **Sperrwirkung** besteht, soweit der Tarifvertrag (tatsächlich oder üblicherweise) eine **positive Sachregelung** enthält. Eine Negativregelung (d.h. es besteht keine Regelung), selbst wenn dies bewusst

von den Tarifvertragsparteien geschehen ist, löst keine Sperrwirkung aus. Bei Teilregelungen (d.h. eine Regelung ist teilweise im Tarifvertrag geregelt) ist entscheidend, ob die Regelung insoweit abschließend sein sollte, d.h. im Übrigen sollte eine Regelung unterbleiben. Ist dies nicht der Fall, unterfällt nur die positive Tarifregelung der Sperrwirkung.

**Beispiel:** Im Tarifvertrag besteht eine Regelung über tarifliche Lohngruppen, aber keine Regelung über eine Gratifikation. Die Betriebspartner können daher eine Betriebsvereinbarung über die Zahlung einer Gratifikation abschließen.

Die Regelungssperre (§ 77 Abs. 3 BetrVG) gilt nicht, soweit eine Betriebsvereinbarung über Mitbestimmungstatbestände der sozialen Mitbestimmung (§ 87 BetrVG) geschlossen wird. Für diese Fälle gilt als spezielle Vorschrift die Vorschrift des § 87 Abs. 1 BetrVG (sog. Vorrangtheorie, s.o.).

## 6.2 Günstigkeitsprinzip

Von den Regelungen einer Betriebsvereinbarung kann im Arbeitsvertrag **nur zum Vorteil**, nicht jedoch zum Nachteil der Arbeitnehmer abgewichen werden (sog. Günstigkeitsprinzip), es sei denn, eine Abweichung ist bereits in der Betriebsvereinbarung vorgesehen (sog. Öffnungsklausel).

Die Arbeitsvertragsparteien haben jedoch die Möglichkeit, Arbeitsverträge betriebsvereinbarungsoffen zu gestalten. D.h., eine Betriebsvereinbarung kann zu Lasten der Arbeitnehmer in Arbeitsverträge eingreifen, wenn im Arbeitsvertrag der Vorbehalt der Abänderung durch Betriebsvereinbarung enthalten ist.

Beim Günstigkeitsvergleich sind die jeweils **sachlich zusammenhängenden Regelungsbereiche** miteinander zu vergleichen (sog. Sachgruppenvergleich). Es ist nicht zulässig, einen übergreifenden Vergleich vorzunehmen. Ein derartiger Vergleich von Regelungen, deren Gegenstände sich thematisch nicht berühren, ist methodisch unmöglich (sog. „Äpfel mit Birnen-Vergleich“) und mit dem Günstigkeitsprinzip nicht vereinbar.

**Beispiel:** Arbeitgeber X vereinbart mit dem Betriebsrat eine Lohnsenkung von 10% für die Arbeitnehmer gegen einen Ausschluss von Beendigungskündigungen für die nächsten 3 Jahre (sog. Beschäftigungssicherung). Die Lohnsenkung einerseits und die Beschäftigungssicherung andererseits können nicht miteinander verglichen werden, da es sich um völlig unterschiedlich geartete Regelungsgegenstände handelt, für deren Bewertung es keinen gemeinsamen Maßstab gibt. Eine Beschäftigungsgarantie ist daher nicht geeignet, Verschlechterungen beim Arbeitsentgelt zu rechtfertigen.

Der Günstigkeitsvergleich ist mittels eines **objektiven Beurteilungsmaßstabes** durchzuführen. Es kommt nicht darauf an, wie der einzelne Arbeitnehmer den Vergleich beurteilt.

Ausnahmsweise kann aufgrund einer Betriebsvereinbarung in vertragliche Rechte der Arbeitnehmer eingegriffen werden, wenn es sich um Sozialleistungen handelt, die der Arbeitgeber allen Arbeitnehmern gewährt. Diese Leistungen können durch eine Betriebsvereinbarung in den Grenzen von Recht und Billigkeit beschränkt werden, wenn die Neuregelung insgesamt **bei kollektiver Betrachtung** nicht ungünstiger ist, so dass die wirtschaftliche Gesamtlast für den Arbeitgeber gleich bleibt oder sich sogar erhöht, jedoch für einzelne Arbeitnehmer sich dadurch eine Verschlechterung ergibt (sog. kollektiver Günstigkeitsvergleich). Das kollektive Günstigkeitsprinzip findet jedoch nur Anwendung, wenn Leistungen betroffen sind, die untereinander in einem Bezugssystem stehen und damit ein geschlossenes Regelungssystem bilden.

**Beispiel:** Arbeitgeber Z zahlt allen Innendienstarbeitern ein Weihnachtsgeld von 1200 EUR, während die Außendienstmitarbeiter ein Weihnachtsgeld von 500 EUR erhalten. Z entschließt sich, allen Arbeitern einheitlich ein Weihnachtsgeld von 1000 EUR zu zahlen. Dies ist für die gesamte Belegschaft günstiger, für die Innendienstmitarbeiter aber nachteilig.

Günstigere Betriebsvereinbarungen verdrängen die arbeitsvertragliche Regelung lediglich für ihre Geltungsdauer (einschließlich des Nachwirkungszeitraums), machen diese aber nicht nichtig. Gilt die Betriebsvereinbarung nicht mehr, „lebt“ die arbeitsvertragliche Regelung wieder auf.

\*\*\*