Prof. Dr. *Burkhard Boemke* **SoSe 2025**
Prof. Dr. *Jochen Mohr*

Stand: 01.01.2024

Vorlesungsskript zur Grundvorlesung Arbeitsrecht*

1. Teil: Grundlagen

§ 1 Stellung und Bedeutung des Arbeitsrechts

Literatur:
Rolfs, Das Arbeitsrecht in der universitären Lehre und ersten Prüfung, RdA 2007, 129 ff.

I. Begriff und Gegenstand

1. Begriff

- Das Arbeitsrecht ist das Recht der **abhängig Beschäftigten** (der ArbeitnehmerInnen),[1] nach anderer Formulierung das Recht der Arbeit.[2] Der Begriff „Arbeit" umfasst aus rechtlicher Sicht (anders als in der Ökonomie) alle Dienstleistungen i.S.d. § 611 Abs. 1 BGB, die auf privatrechtlicher Basis in persönlicher Abhängigkeit zu erbringen sind.[3] Das Arbeitsrecht erstreckt sich kraft normativer Anordnung zum Teil auf **arbeitnehmerähnliche Personen**, die zwar nicht in rechtlicher, aber in wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig sind (vgl. § 12a TVG).
- Das Arbeitsrecht setzt sich aus Regelungen privatrechtlicher, öffentlich-rechtlicher sowie kollektivrechtlicher Natur zusammen. Es ist daher durch eine Vielzahl von **Rechtsquellen** gekennzeichnet (Unionsrecht, deutsches Verfassungsrecht, Gesetze, Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen, Arbeitsverträge, betriebliche Übungen, Weisungen des Arbeitgebers etc.).[4] Einen zentralen Problempunkt arbeitsrechtlicher Klausuren bildet somit das Auflösen von Regelungskonflikten etwa nach dem Rangprinzip oder dem Günstigkeitsprinzip.[5] Das deutsche Arbeitsrecht wird zunehmend vom europäischen Primär- und Sekundärrecht überlagert.[6] Insoweit stellen sich komplizierte Fragen der

---

* §§ 7 bis 13 wurden von Prof. Dr. *Burkhard Boemke*, die §§ 1 bis 6 sowie 14 und 15 von Prof. Dr. *Jochen Mohr* bearbeitet. Das Skript basiert auf dem wissenschaftlichen Austausch der Verfasser. Diese tragen für die von ihnen bearbeiteten Abschnitte aber die alleinige wissenschaftliche Verantwortung. Prof. *Mohr* dankt Frau Wiss. Mit. Dr. *Konstantina Bourazeri*, LL.M., für ihre wertvolle Unterstützung.

[1] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 1 Rn. 1. Die männliche Form sowie Gattungsbezeichnungen beziehen sich nachfolgend grds. auch auf die weibliche Form sowie ein drittes Geschlecht und jeweils umgekehrt, es sei denn, aus dem Sachzusammenhang ergibt sich Abweichendes.

[2] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 1.

[3] So eine klassische Formulierung von *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, § 1 S. 3 f.

[4] *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, Rn. 44 ff.

[5] *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, Rn. 48 ff.

[6] Überblickshaft zum Europäischen Arbeitsrecht *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 26 ff.

Geltung supranationalen Rechts in den Mitgliedstaaten, etwa zur Reichweite einer Drittwirkung von Richtlinien, die unionsgrundrechtlich überformt sind.[7]

2. Gegenstand

a) Individualarbeitsrecht

- Zentraler Gegenstand des Arbeitsrechts ist die Regelung der auf einem Arbeitsvertrag beruhenden Rechtsverhältnisse, namentlich der rechtlichen Beziehungen zwischen dem die Arbeit leistenden Arbeitnehmer und seinem Vertragspartner, dem Arbeitgeber. Arbeitsrecht ist somit zunächst **Arbeitsvertragsrecht**.[8] Das entsprechende Individualarbeitsrecht behandelt die Anbahnung, Begründung, den Inhalt und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen.
- Spezifische Aspekte des Arbeitsverhältnisses regelt das öffentlich-rechtliche **Arbeitsschutzrecht**, indem es Gefahren zulasten der Gesundheit der Arbeitnehmer abwehren (z.B. Nichtraucherschutz, § 5 ArbStättV) oder die Interessen besonders schutzbedürftiger Arbeitnehmergruppen bewahren will (z.B. Frauen in Schwangerschaft und Mutterschaft – MuSchG; schwerbehinderte Menschen – SGB IX).

b) Kollektives Arbeitsrecht

- Das **kollektive Arbeitsrecht** behandelt die Beziehungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden (oder einzelnen Arbeitgebern), zwischen Betriebsräten und Arbeitgebern, sowie das Zustandekommen entsprechender Kollektivvereinbarungen (Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen, Regelungsabreden).[9] Im Einzelnen umfasst das Kollektivarbeitsrecht das Recht der Koalitionen, das Tarifrecht, das Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, das Recht der Betriebsverfassung und der Personalvertretung für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes und das Recht der Mitbestimmung in Aufsichtsräten größerer Unternehmen.[10]
- Das **Koalitionsrecht** als Teilbereich des kollektiven Arbeitsrechts regelt die Rechte und Pflichten von Zusammenschlüssen der Arbeitnehmer zu Gewerkschaften bzw. der Arbeitgeber zu Arbeitgeberverbänden. Das **Tarifvertragsrecht** regelt die Rahmenbedingungen für den Abschluss von Tarifverträgen sowie ihren Inhalt. Das **Arbeitskampfrecht** behandelt die Mittel, die den Tarifvertragsparteien in einem Konflikt um den Inhalt von Tarifverträgen zustehen, sowie die Rechtsfolgen dieser Mittel. Gelangen die Tarifpartner, d.h. Gewerkschaft und Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband, nicht zu einer Einigung, wird die Lösung nicht durch den Spruch eines staatlichen Schlichters etwa im Rahmen einer Zwangsschlichtung (Betriebsverfassung: Einigungsstelle) oder eines Gerichtsverfahrens gesucht. Vielmehr können die Tarifpartner zur Selbsthilfe in Form eines zulässigen Arbeitskampfes greifen.[11]
- Das **Betriebsverfassungsrecht** regelt die Voraussetzungen, unter denen Interessenvertretungen in Betrieben begründet werden können. Es bestimmt zudem die Befugnisse dieser Vertretungen. Von besonderer Bedeutung ist im Betriebsverfassungsrecht die Betriebsvereinbarung als Vertrag zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat (siehe § 77 BetrVG), durch den betriebliche Angelegenheiten unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Belegschaft ebenso wie des Arbeitgebers geregelt werden können.

---

[7] Vgl. EUArbR/*Mohr*, Art. 21 GRC Rn. 119 f.
[8] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 3.
[9] *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, Rn. 55.
[10] *Preis*, Kollektivarbeitsrecht, § 1 S. 1 und 5; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 1.
[11] Näher zum Arbeitskampf *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 910 ff.

- Von der betrieblichen Mitbestimmung als Teil des kollektiven Arbeitsrechts ist die **Mitbestimmung im Unternehmen** zu unterscheiden. Erstere erfolgt grds. durch die Informations-, Anhörungs- und Mitbestimmungsrechte, die das BetrVG dem Betriebsrat als Repräsentant der Belegschaft[12] in Bezug auf soziale, personelle und wirtschaftliche Angelegenheiten im Betrieb einräumt. Demgegenüber umfasst die Unternehmensmitbestimmung Fragen der Planung, Organisation und Leitung eines Unternehmens. Sie wird verwirklicht, indem Arbeitnehmervertreter dem Unternehmensorgan angehören, das nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen den maßgeblichen Einfluss auf die Unternehmensleitung hat, in Deutschland also dem Aufsichtsrat, der für Bestellung, Kontrolle und Abberufung des Leitungsorgans zuständig ist.[13] Die Mitbestimmung in diesem Sinne ist auf Unternehmen beschränkt, die in bestimmten Rechtsformen organisiert sind (s. MitbestG, MontanMitbestG und DrittelbG; vgl. dagegen § 1 Abs. 1 BetrVG). Unter diesem organisatorischen Gesichtspunkt ist die Mitbestimmung im Aufsichtsrat systematisch dem **Gesellschaftsrecht** zugeordnet.[14] Materiell-rechtlich betrifft die Unternehmensmitbestimmung demgegenüber Befugnisse der Arbeitnehmer und ihrer Kollektivvertreter.
- Das kollektive Arbeitsrecht wird in diesem Skript nur insoweit behandelt, als es für das **Verständnis des relevanten Individualarbeitsrechts erforderlich** ist.

c) Arbeitsprozessrecht

Literatur:
Schwarze/Hartwig, Das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren, JuS 2005, 988 ff., 1089 ff.
Preis, Koordinationskonflikte zwischen Arbeits- und Sozialrecht, NZA 2000, 914 ff.
Opolony, Die Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahrens aus anwaltlicher Sicht, JuS 2000, 894 ff.
Kerwer, Die Arbeitsgerichtsbarkeit, JuS 1999, 250 ff.

- Das **arbeitsgerichtliche Verfahren** ist ebenfalls Gegenstand des Arbeitsrechts. Grundvoraussetzung für die Anwendung des Arbeitsrechts ist das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.[15] Dieses hat nicht nur materiell-rechtliche Bedeutung mit Blick auf das konkrete Rechtsproblem, sondern auch prozessuale Bedeutung etwa für die Bestimmung des zur Entscheidung eines Rechtsstreits zuständigen (Arbeits-)Gerichts.[16]
- Art. 95 Abs. 1 GG weist die **Arbeitsgerichtsbarkeit** neben der ordentlichen Gerichtsbarkeit, der Verwaltungs-, der Finanz- und der Sozialgerichtsbarkeit als selbständige Gerichtsbarkeit aus. Die Gerichtsbarkeit in Arbeitssachen wird näher im **Arbeitsgerichtsgesetz** normiert (ArbGG). So sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG für Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber die Arbeitsgerichte ausschließlich zuständig. Auch Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind, gelten als Arbeitnehmer i.S.d. Arbeitsgerichtsgesetzes (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG). Rechtsstreitigkeiten zwischen selbständig Dienstverpflichteten und Dienstberechtigten gehören demgegenüber vor die ordentlichen Gerichte (§ 13 Gerichtsverfassungsgesetz, GVG).
- § 1 ArbGG legt für die Arbeitsgerichtsbarkeit einen **dreistufigen Aufbau** fest.[17] Im ersten Rechtszug sind gem. § 8 Abs. 1 ArbGG die Arbeitsgerichte zuständig (Eingangsinstanz). Die Landesarbeitsgerichte sind die Gerichte des zweiten Rechtszugs und als

[12] So die wohl herrschende Repräsentationstheorie.
[13] *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz, § 1 Rn. 6.
[14] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 800; ErfK/*Koch*, § 1 BetrVG Rn. 3; *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz, § 1 Rn. 6.
[15] Mit Blick auf sog. Soloselbständige siehe neuerdings BAG v. 1.8.2017 – 9 AZB 45/17, NZA 2017, 1143; dazu *Mohr*, EuZA 2018, 436, 442 ff.
[16] Zum Nachstehenden *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 2 Rn. 3 ff.
[17] Näher Germelmann/Matthes/Prütting/*Schlewing*, Arbeitsgerichtsgesetz, § 1 Rn. 1 ff.

solche grds. Rechtsmittelgerichte. Sie entscheiden über Berufungen gegen Urteile der Arbeitsgerichte und über Beschwerden gegen Beschlüsse der Arbeitsgerichte im Beschlussverfahren (§ 8 Abs. 2 und 4 ArbGG). Das Bundesarbeitsgericht (BAG) ist in erster Linie Rechtsmittelgericht und entscheidet in dritter und letzter Instanz insb. über Revisionen gegen Urteile der Landesarbeitsgerichte und Rechtsbeschwerden gegen Beschlüsse der Landesarbeitsgerichte im Beschlussverfahren (§ 8 Abs. 3 und 5 ArbGG).

- Im Einzelnen bestimmen die §§ 2, 2a und 3 ArbGG diejenigen Arbeitssachen, für die der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet ist. Für die in **§ 2 Abs. 1 und 2 ArbGG** abschließend aufgeführten Arbeitssachen sind die Arbeitsgerichte **ausschließlich** zuständig.[18] Hierbei handelt es sich z.B. um Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus einem Arbeitsverhältnis, über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses, aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses und dessen Nachwirkungen, aus unerlaubten Handlungen, die mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehen, und über Arbeitspapiere (§ 2a Abs. 1 Nr. 3). Erfasst sind damit sind **alle Ansprüche, die sich im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis ergeben können** (z.B. Ansprüche auf Entgelt, Gratifikationen, Urlaub, Urlaubsvergütung und Urlaubsgeld, Kündigungsschutzklagen etc.).[19] Unter die ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte fallen auch Streitigkeiten zwischen Tarifvertragsparteien oder zwischen diesen und Dritten aus Tarifverträgen oder über das Bestehen oder Nichtbestehen von Tarifverträgen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG) sowie Streitigkeiten aus unerlaubten Handlungen, etwa bei Arbeitskämpfen (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 9 ArbGG).
- **§ 2 Abs. 3 ArbGG** begründet bei sog. **Zusammenhangsklagen** die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte auch für solche Streitigkeiten, für die an sich eine Zuständigkeit anderer Gerichte gegeben ist. Hiernach kann ein Anspruch der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit unterfallen, wenn dieser mit einer bei einem Arbeitsgericht anhängigen (oder gleichzeitig anhängig werdenden) bürgerlichen Rechtsstreitigkeit i.S.d. § 2 Abs. 1, 2 ArbGG in rechtlichem oder unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang steht und für seine Geltendmachung nicht die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist. Die geschilderten Zuständigkeitstatbestände sind im Zweifel weit auszulegen.[20] Nach **§ 2 Abs. 4 ArbGG** können Rechtsstreitigkeiten zwischen juristischen Personen und ihren gesetzlichen Vertretern aufgrund einer Vereinbarung vor die Arbeitsgerichte gebracht werden, obwohl Organe juristischer Personen jedenfalls grundsätzlich keine Arbeitnehmer sind.[21]
- **§ 2a ArbGG** bestimmt die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit ua. für Angelegenheiten aus dem **BetrVG** (z.B. über das Bestehen und den Umfang von Beteiligungsrechten des Betriebsrats oder über vom Arbeitgeber zu tragende Kosten der Betriebsratstätigkeit), ebenso wie für Angelegenheiten aus dem **SprAuG**. Letzteres regelt die Beteiligungsrechte der Sprecherausschüsse, die für die leitenden Angestellten i.S.d. BetrVG eine ähnliche Funktion wie die Betriebsräte für die anderen Arbeitnehmer haben. Zuständig sind die Arbeitsgerichte auch für Angelegenheiten aus den verschiedenen **Mitbestimmungsgesetzen**, soweit es um die Wahl und die Abberufung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat des Unternehmens geht. Schließlich entscheiden die Arbeitsgerichte über die **Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit e**iner Gewerkschaft oder eines Arbeitgeberverbandes. Tariffähigkeit ist die Fähigkeit, Tarifverträge abzuschließen.[22] Auf Arbeitgeberseite sind sowohl einzelne Arbeitgeber als auch Arbeitgeberverbände

[18] Germelmann/Matthes/Prütting/*Schlewing*, Arbeitsgerichtsgesetz, § 2 Rn. 1 und 5.
[19] Bundesarbeitsgericht, abrufbar unter: https://www.bundesarbeitsgericht.de/allgemeines/allgemeines.html.
[20] Germelmann/Matthes/Prütting/*Schlewing*, Arbeitsgerichtsgesetz, § 2 Rn. 6 f.
[21] Zu Ausnahmen *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326 ff.
[22] *Nipperdey*, Lexikon Arbeitsrecht, Stichwort: Tariffähigkeit.

tariffähig. Auf Arbeitnehmerseite sind nur Gewerkschaften tariffähig, die gewisse Bedingungen erfüllen. Tarifzuständigkeit bedeutet, dass eine Gewerkschaft oder ein Arbeitgeberverband kraft ihrer/seiner Satzung zum Abschluss von Tarifverträgen für einen bestimmten Bereich, z.B. eine Branche, zuständig ist.[23]

- Die in § 2 Abs. 1 bis 4 ArbG aufgeführten Rechtsstreitigkeiten sind gem. § 2 Abs. 5 ArbGG im **Urteilsverfahren** zu entscheiden. Demgegenüber findet in den in § 2a Abs. 1 ArbGG benannten kollektiven Streitigkeiten gem. § 2a Abs. 2 ArbGG das **Beschlussverfahren** statt. Dieses Verfahren ist in §§ 80 ff. ArbGG geregelt. Urteils- und Beschlussverfahren unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich der Art der Entscheidung (Urteil bzw. Beschluss). Ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Verfahren ist auch, dass es im Urteilsverfahren – wie im Zivilprozess – allein den Parteien obliegt, dem Gericht die für die Entscheidung erforderlichen Tatsachen zu unterbreiten und ggf. unter Beweis zu stellen.[24] Im Beschlussverfahren hat demgegenüber grundsätzlich das Gericht den Sachverhalt von sich aus zu ermitteln und aufzuklären. Relevante Unterschiede ergeben sich auch im Hinblick auf die von den Parteien zu tragenden Kosten.

d) Sozialrecht

Literatur:
Preis, Koordinationskonflikte zwischen Arbeits- und Sozialrecht, NZA 2000, 914 ff.

- Rechtssystematisch gehört das **Sozialrecht** zum öffentlichen Recht, ist allerdings eng mit dem Arbeitsrecht verwoben, auch wenn Letzteres zum Privatrecht zählt.[25] Das Arbeitsrecht ist ebenso wie das Sozialrecht durch die historisch begründete Einsicht geprägt, dass eine allein auf formaler Vertragsfreiheit basierende Rechtsordnung ungeeignet wäre, die berechtigten Interessen der abhängig Beschäftigten an chancengleicher Freiheitsausübung gegenüber ihren Arbeitgebern angemessen zur Geltung zu bringen.[26] Das speziell kodifizierte Sozialversicherungsrecht geht bereits auf die *Bismarck*'schen Sozialgesetze zurück. Seine Geschichte ist somit älter als diejenige des Arbeitsrechts, das sich erst in der Weimarer Republik (1918-1933) als eigenständige Rechtsdisziplin entwickelt hat. Das Sozialversicherungsrecht knüpft nicht selten an das Arbeitsrecht an. Ordnungspolitische Entscheidungen des Gesetzgebers im Sozialversicherungsrecht berücksichtigen oft die Entwicklung der realen Verhältnisse am Arbeitsmarkt. Ein Beispiel hierfür sind die Bedingungen über die Gewährung von Arbeitslosengeld, die mit dem Kündigungsschutz zusammenhängen (siehe § 158 SGB III).

[23] *Nipperdey*, Lexikon Arbeitsrecht, Stichwort: Tarifzuständigkeit.
[24] BAG, abrufbar unter: https://www.bundesarbeitsgericht.de/allgemeines/allgemeines.html.
[25] Zum Nachstehenden *Preis*, NZA 2000, 914.
[26] *Preis*, NZA 2000, 914, 915.

II. Stellung des Arbeitsrechts im System der Rechtsordnung

1. Einordnung und Besonderheiten

Literatur:	Rechtsprechung:
Martens, Die Einheit des Privatrechts und das Arbeitsrecht, JuS 1987, 337 ff.	RG vom 06.02.1923, RGZ 106, 272 ff. (Kieler Straßenbahner-Fall).

- Das Arbeitsrecht ist – anders als etwa das Sozialrecht in den Büchern des SGB –in keinem **Arbeitsgesetzbuch** normiert.[27] Die unterschiedlichen Regelungsgegenstände werden vielmehr in unterschiedlichen Rechtsquellen behandelt. Das deutsche Arbeitsrecht ist außerdem stark vom Recht der Europäischen Union überlagert.
- Das Arbeitsrecht hat einen starken **Grundrechtsbezug**, da die Arbeit eine wesentliche, ideelle wie materielle Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung und die Ausübung der individuellen Selbstbestimmung hat.[28]
- Im Hinblick auf die Normenstruktur besteht eine weitere Besonderheit des Arbeitsrechts darin, dass Quelle arbeitsrechtlicher Regelungen nicht nur das Gesetz, sondern auch **normativ wirkende Kollektivverträge** sein können (Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen).

2. Bedeutung für die Rechtsanwendung

- Die **Auslegung arbeitsrechtlicher Normen** hat mit Hilfe des durch die **Methodenlehre** entwickelten Instrumentariums zu erfolgen.[29] Zentrale Auslegungsmethoden sind deshalb die grammatische, die genetische, die systematische und die teleologische Auslegung.[30] Das Arbeitsrecht folgt somit nicht eigenen Prinzipien, etwa dem Arbeitsschutzprinzip. Auch eine Politisierung des Arbeitsrechts ohne Rückbindung an die juristische Methodenlehre ist abzulehnen, da dies dem Rechtsstaatsprinzip widerspräche. Der Arbeitsrichter muss sich um eine möglichst freie, d.h. einer von Vorurteilen losgelöste Auslegung des Gesetzes bemühen. Er muss die Intention des Gesetzgebers zum Maßstab nehmen und Neutralität anstreben.[31]
- Da einzelne Teilbereiche des Arbeitsrechts bis heute nicht kodifiziert sind, insbesondere das **Arbeitskampfrecht**, kommt der Rechtsprechung eine wesentliche Rolle bei der Anwendung und Auslegung des Arbeitsrechts zu.[32] Angesichts der Komplexität der Sachverhalte und der im Arbeitsrecht bestehenden Interessenkollisionen greift der Gesetzgeber zudem häufig auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zurück, deren inhaltliche Konkretisierung in der Praxis ebenfalls den Gerichten obliegt.[33]
- Von der Rechtsauslegung, die den Normgehalt ermitteln will, ist die **Rechtsfortbildung** zu unterscheiden.[34] Schranken setzen das Prinzip der Gewaltenteilung und die Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Gerichte können geltendes Gesetzesrecht nicht einfach nachbessern, um den jeweils aktuellen Verhältnissen vermeintlich besser Rechnung zu tragen.[35]

---

[27] Zu den bisher gescheiterten Kodifikationsversuchen *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 1 Rn. 12, 25 ff.
[28] *Boemke/Gründel*, ZfA 2001, 245 ff.
[29] Beachte die für die Auslegung von Verträgen geltenden (unterschiedlichen) Vorgaben.
[30] Näher *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 596 ff.
[31] *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, Rn. 76; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 5 S. 32 f.
[32] Zum Richterrecht v. *Hoyningen-Huene*, BB 1986, 2133 ff.; *Neumann*, FS Wiedemann, S. 367 ff. Zu der im Schrifttum geäußerten Kritik des Richterrechts als Rechtserkenntnisquelle *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 35 ff. m.w.N.
[33] Für Beispiele generalklauselartig formulierter Regelungen siehe *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 5 S. 35 f.
[34] *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 615 ff.
[35] *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 619. Für Beispiele zulässiger Rechtsfortbildung siehe *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 5 S. 38; kritisch zu der im Arbeitsrecht praktizierten extensiven Rechtsfortbildung *Adomeit*, FS Schaub, 1998, S. 1 ff.

III. Bedeutung im Sozial- und Wirtschaftsgefüge

1. Praktische Bedeutung

- Das Arbeitsrecht hat in Anbetracht der Anzahl der Erwerbstätigen in Deutschland als Rechtsmaterie eine **große praktische Relevanz**. Im Jahr 2016 waren laut Statistischem Bundesamt 37.040.000 Personen auf Basis eines Arbeitsvertrages tätig, darunter 17.764.000 Frauen und 19.276.000 Männer.[36] In demselben Jahr betrugen die bei den deutschen Arbeitsgerichten eingereichten Klagen im Urteilsverfahren 467.339 und 17.147 die Beschlusssachen.[37] Das Arbeitsentgelt stellt nicht nur die wesentliche Einkommensquelle für die abhängig Beschäftigten dar, sondern sichert zudem nicht selten den Unterhalt von Familienangehörigen dieser Personen.[38]
- In der **privatrechtlichen Ausbildung** hat das Arbeitsrecht neben den klassischen Gebieten des Allgemeinen Teils des BGB, des Schuldrechts und das Sachenrecht ebenfalls eine hohe Relevanz.

2. Sozial- und wirtschaftspolitische Bedeutung des Arbeitsrechts

Literatur:
Franz/ Rüthers, Arbeitsrecht und Ökonomie, RdA 1999, 32 ff.
Preis, Koordinationskonflikte zwischen Arbeits- und Sozialrecht, NZA 2000, 914 ff.
Beiträge zur Sozialversicherung unter: http://www.sozialpolitik-aktuell.de.

- Das Arbeitsrecht dient zum einen dem **Schutz des einzelnen Arbeitnehmers**, der sich beim Abschluss von Arbeitsverträgen typischerweise in einer Situation struktureller Unterlegenheit befindet.[39] Auf dieser Grundlage wird die von Art. 15, 16 EU-Grundrechtecharta – die im Rang des Unionsprimärrechts (Art. 6 Abs. 1 EUV) steht – und von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit des Arbeitgebers in ihrer Ausprägung als Vertragsfreiheit beim Aushandeln des Inhalts von Arbeitsverträgen beschränkt. Beschränkungen ergeben sich z.B. durch die Festlegung eines gesetzlichen Mindestlohns (MiLoG) oder durch die Bindung der Kündigung des Arbeitsvertrags an bestimmte Voraussetzungen (KSchG).
- In der Gewährleistung der Koalitionsfreiheit durch Art. 28 EU-Grundrechtecharta und Art. 9 Abs. 3 GG spiegelt sich u. a. die normative Wertentscheidung für eine **freiheitliche und demokratische Grundordnung** wider. Den Koalitionen – Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden – wird eine freiheitliche Befugnis eingeräumt, das Arbeitsleben eigenverantwortlich mittels Tarifverträgen und ggf. Arbeitskämpfen zu regeln. Vor diesem Hintergrund versteht die heute h.A. die Tarifautonomie der Koalitionen als „kollektiv ausgeübte Privatautonomie“.[40]
- Darüber hinaus produziert das Arbeitsrecht für die Unternehmen Kosten, die gerade im internationalen Wettbewerb einen wichtigen **Wettbewerbsfaktor** darstellen (Globalisierung).

[36] Statistisches Bundesamt, https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/link/tabelleErgebnis/12211-0010.
[37] Siehe etwa BMAS, Statistik der Arbeitsgerichtsbarkeit 2016, abrufbar unter: http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Statistik-zur-Arbeitsgerichtsbarkeit/statistik-zur-arbeitsgerichtsbarkeit.html.
[38] Deshalb sind bei § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG auch die Unterhaltspflichten des Gekündigten relevant.
[39] BVerfGE 84, 212, 229; 92, 365, 395.
[40] *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005; *Bourazeri*, Tarifautonomie und Wirtschaftskrise, 2019.

§ 2 Geschichtliche Entwicklung

Literatur:
Link/Kirtscher, Das deutsche Arbeitsvertragsrecht – Eine unendliche Geschichte, AuA 2004, Nr. 7, S. 18 ff.

I. Vorindustrielle Epoche

- Das moderne Arbeitsrecht entstand erst im 19. Jahrhundert im Zuge der Industrialisierung. In der **vorindustriellen Epoche** war das Prinzip der Vertragsfreiheit ebenso wie der Gedanke des Arbeitnehmerschutzes unbekannt. Die Lebens- und Arbeitsbedingungen wurden vielmehr durch Zugehörigkeit zu einem bestimmten Stand bestimmt (Bauern-, Bürger-, Adelsstand) sowie durch Zünfte bestimmt.[41]

II. Industrialisierung

- Im Rahmen der **industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts** stellte sich heraus, dass die Arbeitnehmer den Arbeitgebern im Hinblick auf ihre Verhandlungsstärke in der Regel strukturell unterlegen sind.[42] Ein **eklatantes Machtungleichgewicht** zeigte sich etwa in den niedrigen Löhnen, den langen Arbeitszeiten, dem mangelnden Unfallschutz, der fehlenden Sozialvorsorge für die Familienangehörigen bei Krankheit und Tod eines Arbeiters. Als Reaktion auf diese Missstände wurden Mitte des 19. Jahrhunderts erste arbeitsrechtliche Schutzgesetze erlassen. Diese Gesetze adressierten die „**soziale Frage**“,[43] beschränkten sich jedoch auf punktuelle Verbesserungen der Arbeitsbedingungen.
- Der individuelle Dienstvertrag, wie er durch das **Bürgerliche Gesetzbuch des Jahres 1900** ausgestaltet worden war,[44] konnte den notwendigen Interessenausgleich zwischen den Arbeitsvertragsparteien aufgrund der strukturell fehlenden Verhandlungsparität nicht gewährleisten. Ein annäherndes Machtgleichgewicht zwischen den Vertragspartnern ist jedoch eine unerlässliche Bedingung, um „faire“ Verträge abschließen zu können, die ihrerseits die individuelle Austauschgerechtigkeit und die freie Persönlichkeitsentfaltung am Arbeitsmarkt zur Geltung bringen.[45]
- Das BGB von 1900 war geprägt vom „Leitbild des vernünftigen, selbstverantwortlichen und urteilsfähigen Rechtsgenossen“,[46] es fußte, ausgehend von den Idealen der französischen Revolution auf der liberalen Grundhaltung des 19. Jahrhunderts.[47] Gegen die **Konzeption einer formalen Vertragsfreiheit** äußerte sich vereinzelte, wenn auch stimmgewaltige Kritik,[48] wie sie etwa in den Worten *Otto von Gierkes* zum Ausdruck kam: „Eine furchtbare Waffe in der Hand des Starken, ein stumpfes Werkzeug in der Hand des Schwachen, wird sie [die Vertragsfreiheit] zum Mittel der Unterdrückung des

[41] *Mohr*, AcP 204 (2004), 660 ff.; näher *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 4 S. 23 f.
[42] BVerfGE 84, 212, 229; 89, 214, 232; *Dieterich*, RdA 1995, 129, 130; *Däubler*, Arbeitskampfrecht, Rn. 78.
[43] *Adomeit*, NJW 1996, 1710, 1711.
[44] *Picker*, ZfA 1986, 199, 251 f.; *Konzen*, NZA 1995, 913.
[45] Zum Prinzip der Vertragsfreiheit *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015, S. 109 ff.; aus rechtsphilosophischer Sicht *Adomeit/Mohr*, Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Teil 2, Rn. 117, 127 ff.
[46] *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 482.
[47] Zum Folgenden *Mohr*, AcP 204, 660 f. m.w.N.
[48] *Zöllner*, AcP 1996, S. 1, 15 ff. m.w.N.

Einen durch den Anderen, der schonungslosen Ausbeutung geistiger und wirtschaftlicher Übermacht."[49] Die Kritik führte aber nur zu § 618 BGB mit der unabdingbaren Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, durch *Gierke* begrüßt als „Tropfen sozialen Öls".[50]

- Das Versagen des bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrags, die Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber in einen angemessenen Ausgleich zu bringen,[51] rief die kollektive Tätigkeit der Arbeitnehmer durch Gewerkschaften ins Leben, um eine gegengewichtige Marktmacht zu bilden (ökonomisch: countervailing power).[52] Angesichts der strukturellen Unterlegenheit des einzelnen Arbeitnehmers wird die **freie Betätigung der Koalitionen als funktionelle Voraussetzung für faire Individualarbeitsverträge** gesehen.[53] Zu diesem Zweck hat der Verfassungsgeber von 1949 den Koalitionen durch Art. 9 Abs. 3 GG die Freiheit verbürgt, die materiellen Arbeitsbedingungen kollektivautonom, d.h. an Stelle staatlicher Instanzen zu regeln.[54] Ausprägungen der Koalitionsfreiheit sind die Tarifautonomie und der Arbeitskampf.[55] Diese Befugnisse werden nicht nur in der deutschen Verfassung gewährleistet. Vielmehr garantiert Art. 28 der EU-Grundrechtecharta ein Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen.[56]
- Die von der Koalitionsfreiheit intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens wird hauptsächlich durch die **Tarifverträge** bewirkt.[57] Die Ursprünge der **Tarifautonomie** findet man bereits in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts.[58] Die rechtliche Verbindlichkeit der tariflichen Regelungen als Mindestregelungen wurde erst in späterer Zeit anerkannt und im Tarifvertragsgesetz von 1949 (TVG) verankert.
- Neben der Tarifautonomie ist der **Arbeitskampf** ein zulässiges Mittel zur kollektiven Interessenwahrnehmung, obwohl er ein privates Gewaltrecht gegen das Vermögen darstellt.[59] Noch bis Ende des 19. Jahrhunderts stand die Rechtsordnung Arbeitskämpfen kritisch gegenüber. § 153 GewO 1869 sah die Möglichkeit der Verhängung einer Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten gegen die Beteiligten und Initiatoren von Arbeitskämpfen vor, soweit es dabei zu unzulässigen Handlungen wie der Anwendung körperlicher Gewalt kam.[60] Das Reichsgericht legte diese Vorschrift besonders weit aus. Als Reaktion auf Forderungen der Gewerkschaften wurde § 153 GewO 1869 gegen Ende des ersten Weltkrieges aufgehoben. Als Geburtsstätte des Arbeitskampfrechts wird gemeinhin die **Weimarer Reichsverfassung** gesehen, auch wenn letztere den Arbeitskampf nicht normativ sicherte.[61] Die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen richtete sich vielmehr weiterhin nach allgemeinen zivil- und öffentlich-rechtlichen Maßstäben. Kampfmaßnahmen konnten damals nur nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses unter Wahrung der ordentlichen Kündigungsfrist rechtmäßig vorgenommen werden. Auch Art. 9 Abs. 3 GG von 1949, der die Koalitionsfreiheit garantiert, verzichtet auf eine ausdrückliche Gewährleistung des Arbeitskampfes. Nach heutigem Verständnis umfasst Art. 9

---

[49] *Von Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Vortrag, gehalten am 5. April 1889 vor der Juristischen Gesellschaft zu Wien (Nachdruck 1948), S. 23.
[50] *Von Gierke* (s. Fn. oben). Hierzu auch *Mertens*, JuS 1971, S. 508, 511.
[51] *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 3 mit Fn. 7.
[52] *Rüthers*, WuW 1980, 382 ff.; *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091 m.w.N.
[53] BVerfGE 84, 212, 229; 92, 365, 395.
[54] *Krüger*, Gutachten für den 46. DJT, S. 1, 42 f.
[55] BVerfGE 84, 212, 224 f.
[56] Zu Grundlagen und Schranken des Schutzes der Tarifautonomie auf Unionsebene *Bourazeri*, Tarifautonomie und Wirtschaftskrise, 2019, Teil 3 B.; Zum europäischen Recht auf Kollektivmaßnahmen *Sagan*, Das Gemeinschaftsgrundrecht auf kollektive Maßnahmen, 2008.
[57] *Badura*, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 15, S. 15, 19.
[58] *Kempen*, NZA Beil. 2000, 7 ff.; zur Gewerkschaftsbewegung MüHBAR/*Richardi*, § 2 Rn. 15 ff.
[59] Näher zum Arbeitskampf *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 910 ff.; *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 445 ff.
[60] *Preis*, Kollektivarbeitsrecht, § 105 S. 260.
[61] *Preis*, Kollektivarbeitsrecht, § 105 S. 261.

Abs. 3 GG aber auch den Arbeitskampf.[62] Wie das BAG formuliert, wären Kollektivverhandlungen ohne das Recht zum Arbeitskampf nicht mehr als ein „kollektives Betteln".[63]

- Der Gedanke, dass die Arbeitnehmer eine faire Teilhabe an der Gestaltung ihrer Arbeitsbedingungen haben sollen, setzte sich auch im Bereich des **Betriebs** durch. Während die Gewerkschaften die Arbeitnehmerbelange im überbetrieblichen Bereich wahrnehmen, vertritt der **Betriebsrat** in Deutschland die Interessen der Arbeitnehmer innerhalb des Betriebs (sog. Zweispurigkeit der kollektiven Interessenvertretung). Erste materielle Mitwirkungsrechte in sozialen und personellen Angelegenheiten gewährte den Arbeitnehmern das Betriebsrätegesetz von 1920, welches den Rätegedanken der Weimarer Republik 1919-1933 auch auf betrieblicher Ebene realisierte. Mit dem Betriebsverfassungsgesetz von 1952 (BetrVG) wurde ein Kompromiss zwischen der politischen Forderung getroffen, die Mitbestimmung bei allen wirtschaftlich maßgebenden Entscheidungen einzuführen, und der Sichtweise, dass die Unternehmerfreiheit zentrale Bedeutung in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung habe.[64] Im Jahr 1972 wurde das Betriebsverfassungsrecht neu kodifiziert. Abgesehen von der geänderten Paragraphenzählung, brachte das BetrVG 1972 wichtige Neuerungen mit sich: insb. wurde die Unternehmensmitbestimmung ausgeklammert und die Mitbestimmung in sozialen und personellen Angelegenheiten erweitert.[65]

III. Regelung des Arbeitsvertrags im BGB

Literatur:
Adomeit, Der Dienstvertrag des BGB und die Entwicklung zum Arbeitsrecht, NJW 1996, 1711 ff.
Waas, Überlegungen zur Fortentwicklung des deutschen Arbeitsrechts, RdA 2007, 76 ff.

- Das BGB von 1900 sah von einer Regelung des Arbeitsvertrags als eigenständigem Vertragstyp ab. Der heute noch geltende **§ 611 BGB** normierte vielmehr sowohl den **Dienstvertrag** als auch den Arbeitsvertrag, obwohl es sich hierbei um zwei sachlich verschiedenen Vertragstypen handelt. Durch einen Dienstvertrag verpflichtet sich ein Selbständiger, etwa ein Freiberufler (Arzt, Anwalt, Steuerberater), zur Erbringung bestimmter Leistungen. Der zur Dienstleistung verpflichtete kann dabei Ort, Zeit und Art der Erbringung seiner Dienste weitgehend frei bestimmen. Auf Basis eines **Arbeitsvertrags** erbringt ein Arbeitnehmer demgegenüber Leistungen, die der Arbeitgeber in Hinsicht auf Ort, Zeit und Art nach seinem Direktionsrecht bestimmt. Der doppelte Regelungstatbestand des § 611 BGB führt weiterhin zu Abgrenzungsschwierigkeiten im Hinblick auf die in §§ 612 ff. BGB enthaltenen Regelungen.[66] Es gibt Paragraphen, die für **beide Vertragstypen** gelten. Dies sind z.B. die §§ 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 625, 626, 628 BGB. Andere, meist später eingeführte Normen gelten nur für den **Arbeitsvertrag**, beispielsweise die §§ 611a, 612a, 613a, 619a BGB sowie die §§ 629, 630 BGB. Schließlich gelten die §§ 621, 627 BGB allein für den **freien Dienstvertrag**.
- Eine **Legaldefinition des Arbeitsvertrags** enthält der mit Wirkung vom 1.4.2017 eingeführte **§ 611a BGB**.[67] Dieser regelt in seinen Absätzen 1 und 2 die vertragstypischen

[62] BVerfG v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NZA 1991, 809 zur Zulässigkeit der Aussperrung als Kampfmittel der Arbeitgeber. Hieraus wird die Zulässigkeit des Streiks als Kampfmittel der Arbeitnehmer gefolgert, BAG v. 11.8.1992 – 1 AZR 103/92, AP Nr. 124 zu Art. 9 GG.
[63] BAG v. 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, NJW 1980, 1642.
[64] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 648.
[65] Dazu *Adomeit*, BB 1972, 53 ff.; *Reuter*, JuS 1972, 163 ff.
[66] *Adomeit*, NJW 1996, 1710, 1712.
[67] Gesetz v. 28.2.2017, BGBl. I, S. 258; zur Entstehungsgeschichte *Wank*, AuR 2017, 140.

Pflichten der Arbeitsvertragsparteien. Der Arbeitnehmer ist hiernach zur Leistung von weisungsgebundener Arbeit und der Arbeitgeber zur Leistung der versprochenen Vergütung verpflichtet. Das für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages zentrale **Weisungsrecht** kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen (siehe dazu noch § 3 II. 1.).

- Der **Inhalt von Arbeitsverträgen** ist in der Rechtswirklichkeit regelmäßig nur teilweise Gegenstand individueller Verhandlungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Viele Vertragsbedingungen sind vielmehr durch den Arbeitgeber vorformuliert. In Arbeitsverträgen enthaltene „**Allgemeine Geschäftsbedingungen**" können sich zum Beispiel auf die (Haupt- oder Neben-) **Leistungspflichten** des Arbeitnehmers beziehen (z.B. Überstundenabrede; Versetzungsklausel; Ausschlussfristen für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsvertrag). AGB können sich aber auch die **Beendigung des Arbeitsvertrags** adressieren (z.B. Klageverzicht; Ausgleichsklauseln, wonach der Arbeitnehmer erklärt, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestünden keine Ansprüche mehr). Derartige Vertragsbedingungen unterliegen einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 – 310 BGB, sofern sie für eine Vielzahl von (Arbeits-) Verträgen vorformuliert und durch den Verwender (hier: Arbeitgeber) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags gestellt worden sind (§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB).[68] Die AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht ist sehr praxis- und vor allem **prüfungsrelevant**.
- Die **Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf „Formulararbeitsverträge"** entspricht grds. dem Willen des Gesetzgebers. Nach dem ursprünglichen Gesetzesentwurf sollte die im früheren AGB-Gesetz für das Arbeitsrecht geltende Bereichsausnahme auf §§ 305 – 310 BGB übertragen werden. Diese Vorschriften sollten mithin keine Anwendung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts finden (BT-Drs. 14/7052, S. 24). Auf die Bitte des Bundesrats, zu überprüfen, ob diese Ausnahme für das Arbeitsrecht noch sachgerecht sei (BT-Drs. 14/6857, S. 17), schlug die Bundesregierung vor, **§ 310 Abs. 4 BGB** wie nunmehr geschehen zu fassen, damit das Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle im Arbeitsrecht nicht hinter demjenigen im Zivilrecht zurückbleibt. Eine Inhaltskontrolle nach den § 305 ff. BGB soll gem. § 310 Abs. 4 S. 1 BGB nur bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- oder Gesellschaftsrechts sowie bei Tarifverträgen, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen unterbleiben. Bei der Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen sollen lediglich **die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten** gem. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB angemessen berücksichtigt werden, eine Kontrolle dagegen nicht von vornherein ausgeschlossen sein.
- Das BAG sieht Arbeitnehmer als **Verbraucher gem. § 13 BGB** an[69] [siehe noch unten § 3. I. 1. b)]. Dies hat im Rahmen der AGB-Kontrolle ua. zur Folge, dass jeder vom Arbeitgeber auch nur im Einzelfall vorformulierte Vertrag einer Inhaltskontrolle unterliegt (vgl. im Einzelnen die Regelungen in **§ 310 Abs. 3 BGB**).[70]

[68] BAG v. 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727, 729.
[69] BAG v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1112; dazu krit. *Mohr*, AcP 204 (2004), 660 ff.
[70] Dazu *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 8 S. 84 ff.

§ 3 Parteien des Arbeitsverhältnisses und sonstige Beteiligte

I. Der Arbeitnehmer

1. Begriff

Literatur:	Rechtsprechung:
Hromadka, Zur Auslegung des § 611 a BGB, NZA 2018, 1583 ff. *Mohr*, Die Auswirkungen des arbeitsrechtlichen Verbots von Altersdiskriminierungen auf Gesellschaftsorgane, ZHR 178 (2014), 326 ff. *Preis*, § 611 a BGB – Potenziale des Arbeitnehmerbegriffes, NZA 2018, 817 ff. *Richardi*, § 611 a BGB als Restriktion des Arbeitsvertrags, NZA 2018, 974 ff.	BAG vom 15.3.2011 – 10 AZB 49/10, NZA 2011, 653 f.

a) Erbringung unselbständiger Leistungen

- Die **Definition des Arbeitnehmers** und somit die Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers ist besonders relevant, da an die Arbeitnehmereigenschaft das gesamte Arbeitsrecht sowie – grundsätzlich – auch das Sozialversicherungsrecht anknüpft.[71]
- Eine natürliche Person ist als Arbeitnehmer einzustufen, wenn sie aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages zur unselbständigen Erbringung von Diensten verpflichtet ist.[72] Demgemäß unterscheidet sich ein Arbeitsverhältnis von einem freien Dienstverhältnis nach h.A. vor allem durch den Grad der **Fremdbestimmtheit** bei der Erbringung der Dienstleistung.[73] Die Unselbständigkeit wird von der Rechtsprechung mit der **persönlichen Abhängigkeit** gleichgesetzt.[74] Hierfür ist entscheidend, in welchem Umfang ein Dienstnehmer den **Weisungen** seines Vertragspartners über Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Dienste unterliegt.[75] Je konkreter die Weisungen sind, desto mehr spricht für ein Arbeitsverhältnis.[76] Neben der persönlichen Abhängigkeit kann auch die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation relevant sein.[77] Hiervon wird regelmäßig ausgegangen, wenn eine Person einem umfassenden Weisungsrecht unterliegt.[78] Zusätzlich zu diesen „primären“ werden weitere „sekundäre“ Kriterien diskutiert.[79]
- Eine **Legaldefinition des Arbeitsvertrags** und mithin **auch des Arbeitnehmers** enthält **§ 611a BGB n.F.**[80] Hiernach wird der Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet (Satz 1). Durch die drei Merkmale weisungsgebunden, fremdbestimmt und

[71] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 97.
[72] Zum Nachstehenden *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326, 333 ff.
[73] BAG v. 12.12.2001 – 5 AZR 253/00, NZA 2002, 787, 788.
[74] BAG v. 20.8.2003 – 5 AZR 610/02, NZA 2004, 39 ff.
[75] § 106 Satz 1 GewO; Umkehrschluss aus § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB. Siehe zu § 106 GewO BAG v. 23.9.2004 – 6 AZR 567/03, NZA 2005, 359; zu § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB vgl. BAG v. 30.10.1991 – 7 ABR 19/91, NZA 1992, 407, 408.
[76] MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 611 BGB Rn. 176.
[77] Dies sei der Fall, wenn eine Vertragspartei mit dem Zur-Verfügung-Stellen von sachlichen und persönlichen Betriebsmitteln die Voraussetzungen dafür schaffe, dass eine andere ihre Dienstleistung erbringen könne. Vgl. BAG v. 7.3.2002 – 2 AZR 173/01, NZA 2002, 963, 964.
[78] BAG v. 30.10.1991 – 7 ABR 19/91, NZA 1992, 407, 408; *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26, 40.
[79] Dazu *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 100.
[80] BGBl. 2008 I, S. 258.

persönlich abhängig wird der Oberbegriff der unselbständigen Arbeit definiert. Zentrales Abgrenzungskriterium ist die Weisungsgebundenheit, da sich in ihr die Fremdbestimmtheit und die persönliche Abhängigkeit des Dienstverpflichteten niederschlagen. **Weisungsgebunden** ist gem. § 611a Satz 3, 1. Hs. BGB, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt, wie § 611a Satz 3, 2. Hs. BGB klarstellt, auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist schließlich eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen (§ 611a Satz 4 BGB). § 611a BGB legt hiermit die wesentlichen, vordem schon von der Rechtsprechung herausarbeiteten Kriterien zur Abgrenzung der abhängigen Arbeit von anderen Vertragsleistungen (Dienst-/, Werkvertrag) nieder.[81]

- Der **unionsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers** kann vom deutschen Rechtsverständnis abweichen. Der EuGH interpretiert den primärrechtlichen Arbeitnehmerbegriff **autonom**, d.h. unabhängig vom mitgliedstaatlichen Recht, wohingegen er im Sekundärrecht mangels entsprechender Kompetenz der Union zur Rechtsangleichung nicht selten auf das nationale Recht zurückverweist.[82] Zuweilen nahm der EuGH auch im Sekundärrecht eine autonome Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs vor, sofern etwa Richtlinien den Schutz der Arbeitnehmer verstärken wollen.[83] So hat der Gerichtshof eine **Fremdgeschäftsführerin einer GmbH** trotz ihrer formalen Eigenschaft als Organmitglied einer juristischen Person materiell-rechtlich als Arbeitnehmerin i.S.d. Mutterschutzrechts eingestuft.[84] Siehe demgegenüber aus der Sicht des deutschen Rechts die Ausnahmen für Organmitglieder einer juristischen Person in §§ 14 Abs. 1 Nr. 1 und 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG).
- Der BGH hatte bislang offengelassen, unter welchen Voraussetzungen GmbH-Fremdgeschäftsführer, die keine Anteilseigner der Gesellschaft sind, als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts einzustufen sind.[85] Diese Personen sollen nach neuer Rspr. des BGH jedenfalls dann als Arbeitnehmer iSd. § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AGG anzusehen, wenn bei einer Kündigung der sachliche Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet ist[86] – was wohl immer der Fall sein wird.[87] Der BGH geht in diesem Fall von einem europäischen Arbeitnehmerbegriff aus, da das AGG der Umsetzung europäischer Richtlinien zum Schutz gegen Diskriminierungen dient. Das BAG hingegen betonte in einem auch vom BGH zitierten[88] Beschluss vom 21.1.2019 die „arbeitgeberähnliche Funktion“ von GmbH-Geschäftsführern, die gem. § 5 Abs. 1 ArbGG den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffne.[89] Im Ergebnis ist die rechtliche Verortung von GmbH-Fremdgeschäftsführern als Selbstständige oder als Arbeitnehmer damit grundlegend verschieden, je nachdem, ob ein mit dem europäischen Recht harmonisierter Bereich in Rede steht oder nicht.[90]

---

[81] BT-Drs. 18/9232, S. 18.
[82] *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326, 338.
[83] Siehe EuGH v. 1.10.2015 – C-432/14, EuZW 2015, 877 – SARL, zu Art. 21 EU-GRC und der RL 2000/78/EG (Gleichbehandlungsrichtlinie); EuGH v. 9.7.2015 – C-229/14, NJW 2015, 2481 – Balkaya, zu RL 98/59/EG (Massenentlassungsrichtlinie); EuGH v. 17.11.2016 – C-216/15, NZA 2017, 41 – Ruhrlandklinik, zu RL 2008/104/EG (Leiharbeitsrichtlinie); krit. zur letztgenannten Entscheidung *Ulrici*, EuZW 2017, 68.
[84] EuGH v. 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143 Rn. 39 – Danosa.
[85] BGHZ 193, 110, NZA 2012, 797, AP AGG § 22 Nr. 6 Rn. 17.
[86] BGH v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, NZA 2019, 706.
[87] *Mohr/Bourazeri* NZA 2019, 870, 872 f.
[88] BGH v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, NZA 2019, 706 Rn. 27.
[89] BAG v. 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, NZA 2019, 490, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 75 Rn. 14.
[90] *Mohr/Bourazeri* NZA 2019, 870, 876.

b) Arbeitnehmer als Verbraucher

Literatur:	Rechtsprechung:
Mohr, Der Begriff des Verbrauchers und seine Auswirkungen auf das neu geschaffene Kaufrecht und das Arbeitsrecht, AcP 204 (2004), S. 660 ff.	BVerfG v. 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, 85 ff. BAG v. 31.08.2005 – 5 AZR 545/04, NZA 2006, 324 ff.

Der Arbeitnehmer ist nach herrschender Ansicht zugleich **Verbraucher i.S.d. § 13 BGB**. Verbraucher ist nach dieser Norm jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Der Wortlaut des § 13 BGB erfasst nach Ansicht des BAG auch den Arbeitnehmer bei Abschluss des Arbeitsvertrags, da der Arbeitsvertrag der unselbständigen beruflichen Tätigkeit des Arbeitnehmers zuzuordnen sei.[91] Mit der Definition des Verbrauchers habe sich der Gesetzgeber vom allgemeinen Sprachgebrauch gelöst und eine eigenständige umfassende Begriffsbestimmung gewählt. Der Verbraucherbegriff biete eine breite Grundlage für die Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften. Ihm komme kein abstrakt zu bestimmender Sinn zu. Erfasst sei deshalb auch der Arbeitnehmer bei Abschluss des Arbeitsvertrags. Danach wird die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen nach den Maßgaben des **§ 310 Absatz 3 BGB** erweitert.[92]

2. Unterscheidungen

a) Arbeiter und Angestellte

- Die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten ist im 19. Jahrhundert entstanden, hat heutzutage jedoch kaum noch praktische Bedeutung. Vielmehr ist die Unterscheidung von leitenden und nichtleitenden Angestellten relevant. Leitende Angestellte unterliegen oft besonderen Regeln.

b) Leitende Angestellte

Literatur:
Hromadka, Kündigungsschutz für leitende Angestellte, FS 50 Jahre BAG, 395 ff.

- Leitende Angestellte sind rechtlich Arbeitnehmer, üben de facto allerdings teilweise **Arbeitgeberfunktionen** aus. Sie werden etwa von der Anwendung des BetrVG (§ 5 Abs. 3 S. 1) und des ArbZG ausgenommen (§ 18 Abs. 1 Nr. 1). Nach § 14 Abs. 2 KSchG genießen leitende Angestellten keinen Bestandsschutz, sondern nur einen Abfindungsschutz.
- § 5 Abs. 3 und 4 BetrVG enthält einen Katalog von **Kriterien zur Definition des leitenden Angestellten**, an die auch andere Gesetze anknüpfen (z.B. § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG).

[91] Zum Nachstehenden BAG v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111; bestätigt durch BVerfG v. 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2006, NZA 2007, 85; siehe zu dieser Rspr. *Bayreuther*, NZA 2005, 1337 ff.; krit. *Mohr*, AcP 204 (2004), 660 ff.; zum Verhältnis der AGB-Kontrolle zu den unterschiedlichen Kontrollinstrumenten des Arbeitsrechts siehe *Hanau/Hromadka*, NZA 2005, 73, 76 ff.
[92] Siehe *Ulrici*, in: Boemke, Fallsammlung Arbeitsrecht, Klausur Nr. 10.

- Zudem wird zwischen tariflichen und außertariflichen leitenden Angestellten unterschieden. Letztere werden auch als **AT-Angestellte** bezeichnet und sind vom persönlichen Geltungsbereich von Tarifverträgen nicht erfasst, da ihre Tätigkeit oberhalb der höchsten Tarifentgeltgruppe eingeordnet wird.

3. Abgrenzungen

a) Selbstständige und arbeitnehmerähnliche Personen

aa) Selbstständige

Literatur:
Boemke, Neue Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis, ZfA 1998, 285 ff.
ders., Scheinselbstständigkeit im Arbeitsrecht, DStR 2000, 1694 ff.

- Die Unterscheidung, ob im Einzelfall ein **Arbeitsvertrag** oder ein **(freier) Dienstvertrag** vorliegt, hängt davon ab, ob fremdbestimmte oder selbständige Arbeit zu leisten ist (siehe oben § 3 II. 1.).
- Dienstverträge, die keine Arbeitsverträge sind (vgl. § 621 S. 1), werden als **„freie" Dienstverträge** bezeichnet. Dienstverträge können Dienste jeder Art zum Gegenstand haben.[93] Wichtige Anwendungsfälle findet man bei den „freien Berufen" (Ärzte, Anwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer etc.). Im Vordergrund steht hier der unmittelbare, persönliche Einsatz geistiger Arbeitskraft in eigenverantwortlicher Stellung.[94]
- **Selbständige Handelsvertreter**, die vertraglich nicht für mehrere Unternehmen tätig sein dürfen oder denen dies nach Art und Umfang der von ihnen verlangten Tätigkeit nicht möglich ist („**Einfirmenvertreter**"), sind dann arbeitnehmerähnliche Personen, wenn sie während der letzten sechs Monate durchschnittlich nicht mehr als monatlich 1.000 Euro bezogen haben (§ 5 Abs. 3 ArbGG). § 12a TVG, der die Anwendung des Tarifvertragsgesetzes auf arbeitnehmerähnliche Personen erstreckt, gilt nach seinem Absatz 4 nicht für Handelsvertreter i.S.d. § 84 HGB.

bb) Arbeitnehmerähnliche Personen (§ 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG)

Literatur:
Buchner, Die arbeitnehmerähnliche Person, das unbekannte Wesen, ZUM Sonderheft 2000, 624 ff.

- Als Arbeitnehmer werden zum Teil auch sog. **arbeitnehmerähnliche Personen** behandelt (§ 12a Abs. 1 TVG; § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG; § 2 Satz 2 BurlG). Arbeitnehmerähnliche Personen unterscheiden sich von Arbeitnehmern durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit. Sie sind **Selbstständige** und in wesentlich geringerem Maße **persönlich abhängig** als Arbeitnehmer, in der Regel, weil sie nicht oder gegenüber Arbeitnehmern schwächer weisungsgebunden sind, oft auch wegen fehlender oder geringerer Eingliederung in eine betriebliche Organisation.[95] An die Stelle der persönlichen Abhängigkeit tritt hier das Merkmal der **wirtschaftlichen Abhängigkeit**. Eine arbeitnehmerähnliche Person kann für mehrere Auftraggeber tätig sein, wenn die Beschäftigung für einen von ihnen überwiegt und die daraus fließende Vergütung die entscheidende Existenzgrundlage darstellt. Der wirtschaftlich Abhängige muss im Hinblick auf seine gesamte soziale

[93] MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 611 BGB Rn. 77 f.
[94] MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 611 BGB Rn. 77 f.
[95] BAG v. 26.9.2009 – 5 AZB 19/01, NJW 2003, 161.

Stellung einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sein.[96] Eine wirtschaftliche Abhängigkeit ist danach gegeben, wenn der Betreffende auf die Verwertung seiner Arbeitskraft (d.h. die Tätigkeit im Wesentlichen in Person erbringt) und auf die Einkünfte aus der Dienstleistung als Existenzgrundlage angewiesen ist.[97]

- Zu den arbeitnehmerähnlichen Personen können auch **Künstler und Schriftsteller** zugeordnet werden, soweit sie nicht Arbeitnehmer sind (siehe oben § 3 II. 1.).[98] Für diesen Personenkreis ist der Abschluss von Tarifverträgen unter erleichterten Bedingungen möglich (§ 12a Abs. 3 TVG).

cc) Heimarbeiter

- Regelungen für Heimarbeiter, Hausgewerbetreibende und Personen, die Heimarbeitern gleichgestellt worden sind, enthält das **Heimarbeitsgesetz** (HAG) vom 14.3.1951.[99] Dieses regelt einzelne Aspekte des Arbeits-, Gefahren-, Kündigungs- und Entgeltschutzes. Heimarbeiter sind gem. **§ 6 Abs. 1 S. 2 BetrVG** auch in die Betriebsverfassung einbezogen, mit der Folge, dass vor Ausspruch einer Kündigung der Betriebsrat anzuhören ist. Auch das **Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG)** regelt in seinen §§ 10, 11 besondere Vergütungsformen für Heimarbeiter zum Ausgleich der durch Krankheit und gesetzliche Feiertage eintretenden Einkommensnachteile.[100]

b) Auszubildende (§ 3 BBiG)

Literatur:
Maties, Generation Praktikum, RdA 2007, 135 ff.

- **Auszubildende** werden auf Grundlage eines privatrechtlichen Vertrages tätig, bei dem nicht das Entgelt – wie bei Arbeitnehmern –, sondern der „Erkenntnisgewinn“ im Vordergrund steht.[101] Ein Berufsausbildungsverhältnis i.S.d. § 3 Abs. 1 BBiG ist grds. **kein Arbeitsverhältnis**.[102] § 10 Abs. 2 BBiG bestimmt, dass die für den Arbeitsvertrag geltenden Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätze nur insoweit auf einen Berufsausbildungsvertrag anzuwenden sind, als sich aus seinem Wesen und Zweck und aus dem BBiG nichts anderes ergibt. Auf Auszubildende anwendbar ist demgegenüber das gesamte **Arbeitsschutzrecht**, da die Gesundheit und körperliche Unversehrtheit dieser Personen eines gleichwertigen Schutzes wie bei Arbeitnehmern bedarf.

c) Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse

- **Beamte** (§ 3 BeamtStG), **Richter** (§ 10 DRiG) und **Soldaten** (§ 4 SoldatenG), die auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses tätig werden, sind **keine Arbeitnehmer** (vgl. § 5 Abs. 2 ArbGG). Angestellte im öffentlichen Dienst sind dann Arbeitnehmer, wenn sie auf Grund eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses tätig werden.[103]

---

[96] Zum Vorstehenden BAG v. 19.12.2000 – 5 AZB 16/00, NZA 2001, 285.
[97] BAG v. 26.9.2009 – 5 AZB 19/01, NJW 2003, 161.
[98] MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 611 BGB Rn. 22.
[99] BGBl. 1951 I, S. 191.
[100] Zum Vorstehenden MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 611 BGB Rn. 219.
[101] *Reichold*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2016, S. 28.
[102] BAG v. 21.9.2011 − 7 AZR 375/10, NZA 2012, 255, 256; a.A. ErfK/*Preis*, § 611 BGB Rn. 177.
[103] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 2 Rn. 22 ff.

d) Mitarbeit Familienangehöriger

Literatur:	Rechtsprechung:
Menken, Arbeitsrechtliche Probleme des Ehegattenarbeitsverhältnisses, DB 1993, 161 ff.	BAG vom 04.05.1977 – VI R 246/74, NJW 1978, 343 BGH vom 08.03.1979 – III ZR 130/77, NJW 1979, 1600 BFH vom 25.01.1989 – X R 168/87, NJW 1989, 2152 BSG vom 23.06.1994 – 12 RK 50/93, NZS 1995, 31 ff.

- Die **Mitarbeit von Ehegatten und Kindern** kann nach §§ 1360, 1619 BGB auf familienrechtlicher Grundlage erfolgen (Beitrag des Ehegatten durch Arbeit zum Unterhalt der Familie; familienrechtliche Dienstleistungspflicht des Kindes, sofern es dem elterlichen Hausstand angehört).[104] In diesem Fall liegt **grds. kein Arbeitsverhältnis** vor.
- Zwischen den Beteiligten kann aber vereinbart werden, dass die familienrechtlich geschuldeten Arbeitsleistungen auf Grundlage eines **Arbeitsvertrags** zu erbringen sind. Für die Abgrenzung, ob ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung vorliegt oder ob nur Mithilfe auf Grund der Familienzugehörigkeit geleistet wird, ist zunächst der Wille der Parteien maßgeblich. Lässt sich der Parteiwille nicht mit Sicherheit feststellen, ist auf die Gegebenheiten des Einzelfalls abzustellen. Wichtiges **Indiz** für ein Arbeitsverhältnis ist, ob **ständige und üblicherweise vergütete Mitarbeit** geleistet wird.[105] Das ist etwa der Fall, wenn das Kind neben freier Kost, Wohnung, Kleidung oder geringfügigen Barbeträgen (Taschengeld) Geldzahlungen erhält, die sich dem ortsüblichen oder tariflichen Entgelt vergleichbarer fremder Arbeitskräfte nähern.[106] Ein weiteres beachtliches Indiz ist, dass die dem Kind gezahlten Bezüge als Betriebsausgaben verbucht und Lohnsteuer sowie Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden.[107]

e) Organ- und Vereinsmitglieder

- **Organmitglieder juristischer Personen**, insbesondere Vorstandsmitglieder einer AG und Geschäftsführer einer GmbH, sind grds. nicht als Arbeitnehmer anzusehen, da sie für die juristische Person handeln und auch deren **Arbeitgeberfunktion** ausüben. Sie werden deshalb explizit von Teilbereichen des Arbeitsrechts wie dem Kündigungsschutz oder der Betriebsverfassung ausgenommen (§ 14 Abs. 1 KSchG; § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG). § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG legt fest, dass Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind, nicht als Arbeitnehmer gelten. Bürgerliche Streitigkeiten zwischen Organmitglied und juristischer Person gehören somit grds. nicht vor die Arbeitsgerichte, sondern vor die ordentlichen Zivilgerichte.
- Eine gesellschaftsrechtliche Organstellung schließt die **Arbeitnehmereigenschaft** aber nicht generell aus. Für die rechtliche Einordnung des Dienstverhältnisses von Organ-

[104] Bei der familienrechtlichen Dienstleistungspflicht steht für minderjährige Kinder das Erziehungsrecht der Eltern im Vordergrund, während für volljährige die Gewährung von Unterhalt durch die Eltern maßgeblich ist. Dazu MüKoBGB/*v. Sachsen Gessaphe*, § 1619 BGB Rn. 2.
[105] BAG v. 4.5.1977 – 5 AZR 151/76, NJW 1978, 343.
[106] MüKoBGB/*v. Sachsen Gessaphe*, § 1619 BGB Rn. 35.
[107] MüKoBGB/*v. Sachsen Gessaphe*, § 1619 BGB Rn. 35.

mitgliedern kommt es vielmehr darauf an, ob das Vertragsverhältnis durch die gesellschaftsrechtlich herausgehobene Stellung geprägt wird.[108] Nach dem sog. **Trennungsprinzip** ist zunächst zwischen organschaftlicher Bestellung und schuldrechtlicher Anstellung zu differenzieren.[109] Die Bestellung zum Gesellschaftsorgan ist ein einseitiger körperschaftlicher Rechtsakt, mit dem gesetzliche oder satzungsmäßige Befugnisse übertragen werden. Das schuldvertragliche Dienstverhältnis (Anstellungsvertrag) verpflichtet das Organmitglied demgegenüber zur Tätigkeit als Gesellschaftsorgan und räumt ihm bestimmte Ansprüche wie einen solchen auf Vergütung ein. Aufgrund ihrer Bedeutung für die Leitung und Vertretung der Gesellschaft ist die Organstellung gegenüber den schuldrechtlichen Vereinbarungen vorrangig. Sie ist somit auch ausschlaggebend für die Einstufung des Anstellungsvertrags eines AG-Vorstandsmitglieds oder eines GmbH-Geschäftsführers als Arbeitsvertrag oder als sog. freier Dienstvertrag.

- **AG-Vorstandsmitglieder** sind nach überzeugender Ansicht keine Arbeitnehmer.[110] Der Vorstand führt die Geschäfte der AG nach § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung. Bei unternehmerischen Entscheidungen kommt ihm ein weiter Ermessensspielraum zu (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG). Die Vorstandsmitglieder unterliegen grds. keiner Pflicht, die Beschlüsse der Hauptversammlung (Vertretungsorgan der Aktionäre) zur Geschäftsführung zu befolgen (vgl. § 119 Abs. 2 AktG). Das Day-to-Day-Geschäft obliegt allein dem Vorstand. Zwar stehen dem Aufsichtsrat als Überwachungsorgan wirksame Kontrollinstrumente wie die Zustimmungsvorbehalte zu (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG). Die Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat begründet jedoch keine Weisungsgebundenheit der Vorstandsmitglieder bei der Ausführung ihrer Tätigkeit, wie sie für ein Arbeitsverhältnis typisch ist.
- **GmbH-Geschäftsführer** sind im Ausgangspunkt ebenfalls nicht als Arbeitnehmer einzustufen.[111] Ihr Anstellungsvertrag ist vielmehr ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter freier Dienstvertrag. Während Arbeitnehmer einem umfassenden arbeitsrechtlichen Weisungsrecht des Arbeitgebers unterstehen, gilt für die GmbH-Geschäftsführer lediglich ein organschaftliches Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Aufgrund der Trennung zwischen gesellschaftlichem Bestellungsverhältnis und schuldrechtlichem Anstellungsverhältnis erlaubt es das organschaftliche Weisungsrecht aber nicht, Inhalt, Ort und Zeit der Geschäftsführung festzulegen. Es kann deshalb allein keine qualifizierte persönliche Abhängigkeit begründen, wie sie ein Arbeitsverhältnis kennzeichnet. Unionsrechtlich kann allerdings – in Abhängigkeit vom konkreten Regelungsgegenstand – bei **GmbH-Fremdgeschäftsführern** ausnahmsweise ein Arbeitsverhältnis anzunehmen sein (zur *Danosa*-Rechtsprechung des EuGH sogleich).
- Der Anstellungsvertrag von Organmitgliedern ist vor diesem Hintergrund idR. als **freier Dienstvertrag** einzustufen. Die Parteien können allerdings eine **„entsprechende" Geltung arbeitsrechtlicher Normen** vereinbaren, sofern hierdurch nicht in die organisationsrechtliche Binnenstruktur der Gesellschaft eingegriffen und deren Funktionsfähigkeit beeinträchtigt wird.[112] Darüber hinaus wendet die deutsche Rechtsprechung einzelne **arbeitsrechtliche Vorschriften analog auf Gesellschaftsorgane** an, um einer **punktuellen Schutzbedürftigkeit** Rechnung zu tragen.[113] Insbesondere Fremdgeschäftsführer oder Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, die also keinen bzw. keinen bestimmenden Einfluss auf die Gesellschafterversammlung haben,

[108] *Boemke*, ZfA 29 (1998), 209, 210.
[109] *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326, 334 f.
[110] *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326, 337 f. m.w.N.
[111] *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326, 335 ff.
[112] BGH v. 10.5.2010 – II ZR 70/09, NZA 2010, 889 Rn. 10.
[113] Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, GmbHG, § 35 Rn. 177 m.w.N.

können ausnahmsweise als Arbeitnehmer einzustufen sein. Die für das Arbeitsverhältnis charakteristische persönliche Abhängigkeit kann gegeben sein, wenn die Gesellschafterversammlung ein umfassendes, sich auf die konkreten Umstände der Leistungserbringung beziehendes Weisungsrecht ausübt.

- Der EuGH stufte in seiner **„Danosa“**-Entscheidung eine Fremdgeschäftsführerin als Arbeitnehmerin i.S.d. Mutterschutzrechts ein (RL 92/85/EWG).[114] Nach Ansicht des EuGH erfüllt „ein Mitglied der Unternehmensleitung, das gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringt, die es bestellt hat und in die es eingegliedert ist, das seine Tätigkeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt und das jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden kann, dem ersten Anschein nach“ die Voraussetzungen eines Arbeitnehmers.[115] Ob eine Weisungsgebundenheit im vorgeschilderten Sinne wirklich ausreicht, um die Arbeitnehmereigenschaft von Mitgliedern gesellschaftlicher Leitungsorgane zu bejahen, ist noch nicht geklärt.[116]
- An die **„Danosa“-Entscheidung** anknüpfend entschied der EuGH in der Rechtssache **„Balkaya“**, dass „die Eigenschaft einer Person als Mitglied des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft nicht ausschließen könne, dass sie sich in einem Unterordnungsverhältnis zur Gesellschaft befinde.“[117] Zu prüfen seien deshalb „die Bestellungsbedingungen, zudem die Art der dem Organmitglied übertragenen Aufgaben und der Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt würden, weiterhin der Umfang der Kompetenzen des Organmitglieds und die Kontrollbefugnisse anderer Organe, schlussendlich die Umstände, unter denen es abberufen werden könne.“[118] In Anwendung dieser Grundsätze sah der EuGH GmbH-Fremdgeschäftsführer pauschal als Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG an, da sie gem.§ 37 Abs. 1 GmbHG im Innenverhältnis zur Gesellschaft Weisungen unterlägen und gem. § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit von ihrem Amt abberufen werden könnten.[119]
- Nach neuer Rspr. des **BGH** sind GmbH-Fremdgeschäftsführer, die keine Anteilseigner der Gesellschaft sind, jedenfalls dann als Arbeitnehmer iSd. AGG anzusehen, wenn – wie regelmäßig der Fall – bei einer Kündigung der sachliche Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet ist.[120] Das AGG dient der Umsetzung europäischer Richtlinien zum Schutz gegen Diskriminierungen. Der BGH geht daher in diesem Fall von dem europäischen Arbeitnehmerbegriff aus, der durch den EuGH in den Entscheidungen „Danosa“ und „Balkaya“ präzisiert wurde.
- Das BAG hingegen betonte in einem auch vom BGH zitierten Beschluss für den nicht mit dem Unionsrecht harmonisierten Rechtsbereich weiterhin die „arbeitgeberähnliche Funktion“ von GmbH-Geschäftsführern.[121] GmbH-Fremdgeschäftsführer sind damit als Selbstständige oder als Arbeitnehmer einzuordnen, je nachdem, ob ein mit dem europäischen Recht harmonisierter Bereich in Rede steht oder nicht.[122]

---

[114] EuGH v. 11.11.2010 − C-232/09, NJW 2011, 2343 – Danosa. Dabei handelte es sich um eine Fremdgeschäftsführerin einer lettischen Gesellschaftsform, die der deutschen GmbH ähnelt. Die Arbeitnehmerschaft für eine GmbH-Geschäftsführerin bejahte der EuGH auch in seinem Urteil v. 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 – Balkaya.
[115] EuGH v. 11.11.2010 − C-232/09, NJW 2011, 2343 Rn. 51 – Danosa.
[116] Zur Problematik *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326, 340 ff.
[117] EuGH v. 9.7.2015 – C-229/14 – Balkaya, NZA 2015, 861 Rn. 38.
[118] EuGH v. 9.7.2015 – C-229/14 – Balkaya, NZA 2015, 861 Rn. 38.
[119] EuGH v. 9.7.2015 – C-229/14 – Balkaya, NZA 2015, 861 Rn. 40.
[120] BGH v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, NZA 2019, 706
[121] BAG v. 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, NZA 2019, 490
[122] *Mohr/Bourazeri* NZA 2019, 870, 876.

- Die Organstellung schließt die Arbeitnehmereigenschaft nur im Verhältnis zu der juristischen Person aus, die das Organmitglied repräsentiert. Demgegenüber kann die Arbeitnehmereigenschaft bei einem **Anstellungsverhältnis** des Organmitglieds mit **einem Dritten**, etwa der Muttergesellschaft eines **Konzerns**, gegeben sein.[123]
- Tätigkeiten auf **vereinsrechtlicher Grundlage** (vgl. § 58 Abs. 2 BGB) stellen keine arbeitsvertraglichen Leistungen dar, sofern keine abweichende Vereinbarung vorliegt.[124] Das BAG verneint in ständiger Rechtsprechung die Arbeitnehmereigenschaft etwa für die **DRK-Schwestern**:[125] Mitglieder der Schwesternschaft vom Roten Kreuz stünden zu dieser Vereinigung nicht in einem Arbeitsverhältnis oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnis i.S.d. § 5 ArbGG, sondern ihre Rechtsstellung richte sich vornehmlich nach den Bestimmungen der Satzung der Schwesternschaft. Ihre Tätigkeit diene auch nicht in erster Linie ihrem Erwerb, sondern sei vorwiegend durch Beweggründe **karitativer Art** bestimmt. Allerdings äußerte das BAG in jüngerer Zeit Zweifel daran, ob man an dieser Rechtsprechung im Hinblick auf die Vorschriften über die Arbeitnehmerüberlassung (Leiharbeit-RL 2008/104/EG und AÜG) festhalten könne. Folgerichtig ersuchte das BAG den EuGH mit Beschluss v. 17.3.2015 um die Auslegung der Begriffe „Arbeitnehmer“ und „wirtschaftliche Tätigkeit“.[126] Hintergrund des Vorlagebeschlusses war die schon lange praktizierte karitative Tätigkeit der DRK-Schwestern, die **als Pflegekräfte auch an Dritte gestellt** werden. Das BAG fragte zudem, ob die karitative Tätigkeit der DRK-Schwestern eine wirtschaftliche Tätigkeit i.S.d. Art. 1 Abs. 2 der RL 2008/104/EG darstellt. Der EuGH stellte hierzu fest, dass ein Verein wie die Schwesternschaft, der an Einrichtungen der Krankheits- und Gesundheitspflege gegen ein Gestellungsentgelt, dass die Personal- und die Verwaltungskosten umfasst, Pflegepersonal überlässt, eine **wirtschaftliche Tätigkeit i.S.d. Leiharbeit-RL** ausübt.[127] Auch falle in den Anwendungsbereich der RL 2008/104/EG die durch einen Verein, der keinen Erwerbszweck verfolgt, gegen ein Gestellungsentgelt erfolgende Überlassung eines Vereinsmitglieds an ein entleihendes Unternehmen, damit das Mitglied bei diesem hauptberuflich und unter dessen Leitung gegen eine Vergütung Arbeitsleistungen erbringt.[128] Dies gilt nach dem EuGH auch dann, wenn das Mitglied nach nationalem Recht kein Arbeitnehmer ist, weil es mit dem Verein keinen Arbeitsvertrag geschlossen hat. Im Anschluss an diese Rechtsprechung entschied das BAG, dass Mitglieder einer DRK-Schwesternschaft **Arbeitnehmer i.S.d. AÜG** sind. Hiernach genießt das im Rahmen der Gestellung bei einem Dritten weisungsabhängig gegen Entgelt tätige Vereinsmitglied einen Schutz, der dem eines Arbeitnehmers zumindest in Teilen entspricht oder gleichwertig ist.[129] Ein identisches oder vollständig gleichwertiges Schutzniveau ist nach dem BAG aber nicht in allen Bereichen geboten.

[123] Vgl. BAG v. 20.10.1995 – 5 AZB 5/95, NZA 1996, 200, 201.
[124] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 2 Rn. 33.
[125] BAG v. 3.6.1975 – 1 ABR 98/74, AP BetrVG 1972 § 5 Rotes Kreuz Nr. 1 = NJW 1976, 386 (Ls.).
[126] BAG v. 17.3.2015 – 1 ABR 62/12 (A), BeckRS 2015, 68729.
[127] EuGH v. 17.11.2016 – C-216/15, NZA 2017, 41 Rn. 47 – Ruhrlandklinik mit krit. Anm. *Ulrici*, EuZW 2017, 70.
[128] EuGH v. 17.11.2016 – C-216/15, NZA 2017, 41 Rn. 48 – Ruhrlandklinik.
[129] BAG v. 21.2.2017 – 1 ABR 62/12, NZA 2017, 662.

II. Der Arbeitgeber

1. Begriff

Literatur:
Wißmann, Die Suche nach dem Arbeitgeber in der Betriebsverfassung, NZA 2001, 409 ff.
Ramm, Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen, ZfA 1973, 263 ff.

- Nach allgemeiner Ansicht ist ein Arbeitgeber jeder, der **mindestens einen Arbeitnehmer oder eine arbeitnehmerähnliche Person i.S.d. § ArbGG beschäftigt**.[130] Im Individualarbeitsrecht ist der Arbeitgeber diejenige Person, die die nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Leistung vom Arbeitnehmer fordern kann (Vertragsarbeitgeber). Im Betriebsverfassungsrecht ist der Arbeitgeber der Inhaber des Betriebs. Die Begriffe „Arbeitnehmer" und „Unternehmer" sind im Betriebsverfassungsrecht grds. deckungsgleich. Für die Bestimmung des Unternehmerbegriffs stellt die Rechtsprechung auf gesellschaftsrechtliche Vorschriften ab, die für das Unternehmen zwingende Rechts- und Organisationsformen vorsehen.[131]
- Arbeitgeber kann grundsätzlich eine **natürliche Person** sein (§§ 1 ff. BGB). Unternehmen sind aber zumeist als **juristische Personen** verfasst. Die juristische Person ist dann der Arbeitgeber im Rechtssinne.[132] Vergleichbares gilt für Personenhandelsgesellschaften.

2. Organisation des Arbeitgebers

Literatur:
Grobys, Betrieb, Unternehmen und Konzern im Arbeitsrecht, NJW-Spezial 2006, 129 ff.
Gamillscheg, Betrieb und Unternehmen – Zwei Grundbegriffe des Arbeitsrechts, AuR 1989, 33 ff.
Haase, Betrieb, Unternehmen und Konzern im Arbeitsrecht, NZA 1988, Beil. 3, S. 11 ff.
Schäfer, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, NZA 1988, Beil. 1, 31 ff.

a) Betrieb

- Die Organisationseinheit „Betrieb" ist im Arbeitsrecht von zentraler Bedeutung. An den Betrieb knüpfen eine Reihe von Vorschriften wie diejenigen der **Betriebsverfassung** und des allgemeinen **Kündigungsschutzes**. Betriebsräte können als Interessenvertreter der Belegschaft in Betrieben gewählt werden, die eine gewisse Größe aufweisen (§ 1 Abs. 1 BetrVG, vgl. aber auch § 4 Abs. 1 BetrVG). Von der Größe des Betriebs hängt auch die Anwendbarkeit des KSchG ab (§ 23 Abs. 1 S. 2 und 3). Darüber hinaus regelt **§ 613a BGB**, dass beim rechtsgeschäftlichen Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils der neue Inhaber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt (Abs. 1 S. 1). Eine Kündigung bestehender Arbeitsverhältnisse durch den bisherigen oder den neuen Arbeitgeber gerade wegen des Betriebsübergangs ist nach § 613a Abs. 4 BGB unwirksam (siehe dazu noch § 15 II. 5. e).

[130] BAG v. 15.3.2011 – 10 AZB 49/10, NZA 2011, 653.
[131] BAG v. 5.12.1975 – 1 ABR 8/74, NJW 1976, 870.
[132] Zur Rechtsfähigkeit und zur Arbeitnehmereigenschaft einer GbR siehe BAG v. 1.12.2004 – 5 AZR 597/03, NZA 2005, 318. Näher zur Problematik *Diller*, NZA 2003, 401.

- Der Begriff des Betriebs ist nicht gesetzlich determiniert. Nach dem BAG ist ein **Betrieb i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG** „eine organisatorische Einheit, innerhalb derer der Arbeitgeber zusammen mit den von ihm beschäftigten Arbeitnehmern bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt".[133] Ein Betrieb kann auch von mehreren Arbeitgebern als gemeinsamer Betrieb geführt werden (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG). Entscheidend für das Vorliegen eines Betriebs ist die Einheit der Organisation, die sich in einem einheitlichen, rechtlich abgesicherten Leitungsapparat widerspiegelt.[134] Weitere Elemente des Betriebsbegriffs sind das Vorhandensein von Betriebsmitteln und der arbeitstechnische Zweck.
- Derselbe Betriebsbegriff gilt im Ausgangspunkt auch im **Kündigungsschutzrecht**. Abweichungen ergeben sich im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG zu der verfassungskonformen Auslegung der sog. **Kleinbetriebsklausel** des § 23 Abs. 1 S. 2, 3 KSchG.[135] Hiernach darf die Geltung eines gewissen Mindestkündigungsschutzes allein anhand der in § 23 Abs. 1 S. 2, 3 KSchG festgelegten Schwellenwerte bestimmt werden (fünf bzw. zehn Arbeitnehmer). Eine Privilegierung des „kleinen" Arbeitgebers bzw. eine Benachteiligung von in Kleinbetrieben beschäftigten Arbeitnehmern sei nur dann gerechtfertigt, wenn auch im Einzelfall die Umstände vorlägen, die der Gesetzgeber ins Auge gefasst habe:[136] Es müsse eine für Kleinbetriebe charakteristische enge Zusammenarbeit zwischen Betriebsinhaber und Mitarbeitern bestehen. Daneben müsse der Betrieb eine geringe finanzielle Ausstattung aufweisen, angesichts derer die Anwendung der komplexen KSchG-Vorschriften und mögliche Kündigungsschutzprozesse mit einem unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand einhergingen.[137]
- Der durch den EuGH in Zusammenhang mit der Anwendung der sog. **Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG** entwickelte Betriebsbegriff stimmt weitgehend mit dem deutschen Betriebsbegriff überein. Nach dem EuGH ist ein „Betrieb" für den Zweck der Anwendung der Richtlinie „eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität, die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt".[138]
- Bei einem **Betriebsübergang** richtet sich die Auslegung des in § 613a BGB enthaltenen Betriebsbegriffs primär nach dem Unionsrecht, und zwar nach der **Richtlinie 2001/23/EG** „zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen". Die Richtlinie legt in Art. 1 einen weiten Anwendungsbereich fest, der an die **wirtschaftliche Einheit** als Oberbegriff anknüpft. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. b RL 2001/23/EG gilt als Betriebsübergang i.S.d. Richtlinie „der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit". Bei der Beurteilung, ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat das nationale Gericht nach dem EuGH insbesondere folgende Umstände zu berücksichtigen: die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, den etwaigen Übergang der materiellen Betriebsmittel (z.B. Gebäude und bewegliche Güter), den Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme der Hauptbeleg-

[133] BAG v. 13.2.2013 – 7 ABR 36/11, NZA-RR 2013, 521 Rn. 27 m.w.N.
[134] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 656 f.; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 45.
[135] BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17.
[136] BT-Drs. 13/4612, S. 9.
[137] Näher ErfK/*Kiel*, § 23 KSchG Rn. 3; siehe auch *Preis*, Klausurenkurs, Individualarbeitsrecht, Fall 12, S. 212 ff., 217 ff.
[138] EuGH v. 15.2.2007 – C-270/05, NZA 2007, 319 Rn. 27 – Athinaïki Chartopoiía AE; EuGH v. 13.5.2015 – C-182/13, NZA 2015, 731 Rn. 27 ff. – Lyttle/Bluebird.

schaft durch den neuen Inhaber, den Übergang der Kundschaft sowie den Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten sowie die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten.[139]

b) Unternehmen

- Unter einem Unternehmen versteht man die **wirtschaftliche Organisationseinheit**, mit welcher der Unternehmer seine wirtschaftlichen oder ideellen Zwecke verfolgt. Einem Unternehmen können ein oder mehrere Betriebe zugeordnet sein.[140]
- Das Unternehmen ist im Vergleich zum Betrieb die nächsthöhere Organisationseinheit, spielt aber im Arbeitsrecht eine relativ geringere Rolle.[141] An das Unternehmen knüpfen insbesondere folgende Vorschriften an: § 47 Abs. 1 BetrVG sieht die Errichtung eines **Gesamtbetriebsrats** vor, wenn ein Unternehmen mehrere Betriebe hat, in denen Betriebsräte bestehen. Nach § 106 Abs. 1 BetrVG ist in Unternehmen mit idR. mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern ein **Wirtschaftsausschuss** zu bilden. Aufgabe des Wirtschaftsausschusses ist es, wirtschaftliche Angelegenheiten mit dem Unternehmer zu beraten und den Betriebsrat zu unterrichten. Darüber hinaus macht § 1 Abs. 1 KSchG die Anwendung des allg. **Kündigungsschutzes** davon abhängig, ob das Arbeitsverhältnis ggf. in demselben Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat. Eine unter mehreren Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Kündigung ist nach § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1b KSchG, ob es eine **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** in demselben oder **in einem anderen Betrieb des Unternehmens** gibt.

c) Konzern

- Der **Konzern** ist ein Zusammenschluss eines herrschenden und eines oder mehrerer abhängiger Unternehmen zu einer wirtschaftlichen Einheit unter der Leitung des herrschenden Unternehmens (§ 18 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 AktG). Im Arbeitsrecht kommt dem Konzernbegriff eine begrenzte Relevanz zu. Einige arbeitsrechtliche Vorschriften verweisen auf den sog. Unterordnungskonzern (§ 18 Abs. 1 AktG),[142] während sich andere auch auf den Gleichordnungskonzern beziehen (§ 18 Abs. 2 AktG).[143] So sieht etwa § 54 Abs. 1 BetrVG vor, dass für einen Konzern i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG durch Beschlüsse der einzelnen (auf Unternehmensebene gebildeten) Gesamtbetriebsräte ein **Konzernbetriebsrat** errichtet werden kann. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG bezieht sich allgemein auf § 18 AktG, somit auch auf den Gleichordnungskonzern, und nimmt eine vorübergehende **konzerninterne Überlassung von Arbeitnehmern** aus dem Anwendungsbereich des AÜG heraus.[144] Dieser Privilegierung liegt der Gedanke zu Grunde, dass von einem konzernweiten Einsatz von Arbeitnehmern nur der interne Arbeitsmarkt

---

[139] EuGH v. 20.11.2003 – C-340/01, NZA 2003, 1385 Rn. 33 – Abler/Sodexho.
[140] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 126; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 45.
[141] Der Unternehmensbegriff hat demgegenüber zentrale Bedeutung im Wettbewerbsrecht („Kartellrecht"). Das in Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB normierte Kartellverbot gilt nur für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Dazu *Mohr/König*, JURA 2012, 165 ff.
[142] Ein vertraglicher Unterordnungskonzern kann auf einem Beherrschungsvertrag beruhen, wonach die Leitung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien einem anderen Unternehmen unterstellt wird (§ 291 AktG), oder auf der Eingliederung eines Unternehmens in eine andere (§319 AktG). Ein faktischer Unterordnungskonzern liegt hingegen vor, wenn die Abhängigkeit durch den Einsatz von Beherrschungsmitteln wie Stimm- und Entsenderechten begründet wird (Thüsing/*Waas*, AÜG, § 1 Rn. 192).
[143] Beim sog. Gleichordnungskonzern kann sich die einheitliche Leitung auch ohne vertragliche Vereinbarung (*Boemke/Lembke*, AÜG, § 1 Rn. 229) ergeben.
[144] Dazu Boemke/Lembke/*Boemke*, AÜG, § 1 Rn. 192, 213 ff.

des Konzerns betroffen und somit der soziale Schutz der Leiharbeitnehmer nicht gefährdet sei.[145]

III. Der Betriebsrat

Literatur:
v. Hoyningen-Huene, Das Betriebsverhältnis, NZA 1989, 121 ff.
ders., Das unbekannte Management-Handbuch – Das Betriebsverfassungsgesetz, FS Kissel (1994), S. 387 ff.

- Der Betriebsrat ist das durch demokratische Wahlen gebildete **Repräsentationsorgan der Arbeitnehmer auf Betriebsebene** (vgl. insb. §§ 1, 4 Abs. 1, 9, 14 Abs. 1, 2 BetrVG), das die Interessen der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber als Betriebsinhaber wahrnimmt (vgl. insb. §§ 2, 74 ff. BetrVG).
- Der Bildung, Rechtsstellung und Funktion des Betriebsrats widmet sich die Vertiefungsvorlesung „Mitbestimmungsrecht".

IV. Die Koalitionen

Literatur:
Dütz, Zur Entwicklung des Gewerkschaftsbegriffs, DB 1996, 2385 ff.

1. Begriff

- **Koalitionen** haben im Arbeitsrecht eine ganz zentrale Bedeutung. Koalitionen sind Vereinigungen, in denen sich jeweils Arbeitnehmer oder Arbeitgeber zusammenschließen, um ihre gebündelten Interessen bei der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu verfolgen. Die Koalitionen der Arbeitnehmer sind die **Gewerkschaften**, die mit dem einzelnen Arbeitgeber oder mit Vereinigungen von Arbeitgeber, also den Arbeitgeberverbänden, Tarifverträge schließen können (§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 TVG). Um eine Vereinigung als Koalition zu qualifizieren, muss diese auf einem **freiwilligen privatrechtlichen Zusammenschluss** von Personen beruhen und gewisse Mindestanforderungen an die **Organisation** und den **Verbandszweck** erfüllen.[146] Diese Anforderungen hat die deutsche Rechtsprechung im Hinblick auf die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG herausgearbeitet.
- Nach einer Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Koalitionstätigkeit ist nachfolgend auf begriffsnotwendige Merkmale einer Koalition einzugehen, soweit diese für das Verständnis der geltenden Arbeitsrechtsordnung relevant erscheinen.

2. Rechtsgrundlagen

- **Art. 9 Abs. 3 GG** verbürgt die Freiheit, Koalitionen zu bilden, die die materiellen Arbeitsbedingungen kollektivautonom, vor allem durch frei ausgehandelte und ggf. kampfweise erzwingbare Tarifverträge an Stelle staatlicher Instanzen regeln können.[147] Art. 9 Abs. 3 GG erfasst nicht nur die Koalitionsfreiheit des Einzelnen (**individuelle Koalitionsfreiheit**), sondern gewährleistet auch die Koalitionsfreiheit der Koalitionen

[145] Thüsing/*Waas*, AÜG, Rn. 185.
[146] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 451 ff.
[147] *Krüger*, Gutachten für den 46. DJT, S. 1, 42 f.

als Grundrechtsträger (**kollektive Koalitionsfreiheit**).[148] Verfassungsrechtlich geschützt werden nicht nur die Bildung und der Bestand der Koalitionen, sondern auch die kollektive Betätigung zum Zweck der Förderung der arbeitsrechtlichen Interessen der Koalitionsmitglieder. Zentrale Ausdrucksform der Koalitionstätigkeit ist die **Tarifautonomie** (siehe bereits § 2 II.). Dogmatisch wird die Tarifautonomie heute überwiegend als „kollektiv ausgeübte Privatautonomie" betrachtet, was etwa für die Grundrechtsbindung der Tarifparteien relevant ist (nur mittelbare Drittwirkung).[149]

3. Merkmale einer Koalition

- Koalitionen kennzeichnen sich gegenüber den sonstigen Vereinen und Gesellschaften durch den besonderen, in Art. 9 Abs. 3 GG festgelegten **Zweck**, namentlich die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Dieser besondere Zweck rechtfertigt auch die spezifische Verankerung der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG neben der allgemeinen durch Art. 9 Abs. 1 GG gewährleisteten Vereinigungsfreiheit. Jede Koalition muss somit zunächst eine **Vereinigung i.S.v. Art. 9 Abs. 1 GG** sein. Aus dem koalitionsspezifischen Zweck gem. Art. 9 Abs. 3 GG leitet die Rechtsprechung die weiteren Anforderungen an die Unabhängigkeit der Koalition gegenüber dem sozialen Gegenspieler einerseits (aus Sicht der Arbeitnehmer ist das der Arbeitgeber) und die Unabhängigkeit gegenüber Staat, Kirche und Parteien andererseits her.[150]
- Was unter einer Vereinigung iSv. Art. 9 Abs. 1 GG zu verstehen ist, legt § 2 Abs. 1 VereinsG fest, der nach allgemeiner Ansicht den Begriff der Vereinigung in verfassungsrechtlich zulässiger Weise konkretisiert.[151] Hiernach ist **Verein** „ohne Rücksicht auf die Rechtsform jede Vereinigung, zu der sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck freiwillig zusammengeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat".
- Eine Vereinigung setzt somit einen **freiwilligen Zusammenschluss** voraus. Auf Arbeitnehmerseite können Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Personen, Beamte, hausgewerbebetreibende Mitglieder einer Gewerkschaft sein. Sind auch andere Personen wie Rentner, Studenten, Arbeitslose etc. Mitglieder einer Koalition, ist dies unschädlich.[152] Für die Bildung einer Koalition ist keine Mindestgröße festgeschrieben. Da die Koalition zugleich eine Vereinigung i.S.d. § 2 Abs. 1 VereinsG ist, sind sieben Gründer erforderlich, damit eine Eintragung ins Vereinsregister gem. § 56 BGB erfolgen kann.
- Im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG, der die Koalitionsfreiheit als Abwehrrecht gegenüber dem Staat gewährleistet, muss es sich um einen Zusammenschluss auf privatrechtlicher Grundlage handeln. **Öffentlich-rechtliche Verbände** wie Ärztekammern, Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern sind keine Koalitionen i.S.d. Verfassung. Der Gesetzgeber hat den auf Arbeitgeberseite agierenden Handwerksinnungen jedoch ausnahmsweise die Tariffähigkeit verliehen (§§ 54 Abs. 3 Nr. 1, 82 Nr. 3, 85 Abs. 2 HandwO).[153]
- Die Koalition muss **gegnerfrei** sein: eine Arbeitnehmerkoalition darf deshalb keine Arbeitgeber zu ihren Mitgliedern zählen. Dementsprechend darf ein Arbeitgeberverband keine Gewerkschaften oder Arbeitnehmer als Mitglieder aufnehmen. „Harmoniever-

[148] Ständige Rspr. seit BVerfGE 4, 96, 101 ff.
[149] *Isensee*, in: Die Zukunft der sozialen Partnerschaft, S. 159, 163 f.; *Junker*, ZfA 1996, 383, 392; *Henssler*, ZfA 1998, 1, 21; *Picker*, NZA 2002, 761, 763 ff., 768.
[150] *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, § 2 Rn. 53.
[151] BeckOK ArbR/*Waas*, 46. Ed. 1.12.2017, § 2 TVG Rn. 2.
[152] *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 394.
[153] BVerfG v. 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, NJW 1966, 2305.

bände“ aus Arbeitgebern und Arbeitnehmern derselben Branche sind keine Koalitionen.[154] Eine wirksame Interessenvertretung setzt zudem die **Gegnerunabhängigkeit** voraus. Dies bedeutet, dass die Koalition nicht im formalen, sondern im materiellen Sinn (insb. finanziell) unabhängig vom sozialen Gegenspieler sein muss.

- Darüber hinaus muss die Koalition **auf längere Dauer** angelegt sein. Dies bedeutet, dass die Mitglieder über die einmalige (Gründungs-)Versammlung hinaus weiter verbunden sein müssen.[155] Eine **Ad-hoc-Koalition** iSe. einmaligen Zusammenschlusses, etwa mit dem Zweck einen spontanen Arbeitskampf durchzuführen, ist keine Koalition i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG und somit auch keine tarif- und arbeitskampffähige Partei.[156]
- Die Koalition muss nach einer Ansicht vom Austritt oder Eintritt ihrer Mitglieder unabhängig sein und über eine organschaftliche Struktur, d.h. über Organe zur Vertretung des Willens der Mitglieder verfügen.[157] Nach überzeugender Sichtweise muss die Koalition **keine bestimmte Organisationsform** aufweisen, zwingend sind somit weder eine Satzung noch Organe noch regelmäßige Mitgliederversammlungen.[158] Beim sog. **eingetragenen Verein** i.S.d. §§ 21 ff. BGB ist eine organisierte Gesamtwillensbildung unstreitig gegeben.[159] Die meisten Arbeitgeberverbände sind als eingetragene Vereine organisiert. Demgegenüber sind die Gewerkschaften aus historischen Gründen häufig als **nichtrechtsfähige Vereine** organisiert (vgl. § 54 BGB).[160] Auch bei dieser Organisationsform ist die Möglichkeit zur Gesamtwillensbildung gewährleistet. Trotz fehlender Rechtsfähigkeit wird den Gewerkschaften aufgrund Gewohnheitsrechts die aktive sowie passive Parteifähigkeit nach § 50 Abs. 2 ZPO zuerkannt.[161]
- Die Koalition muss eine „**demokratische**“ Binnenstruktur aufweisen.[162] Ihre Mitglieder müssen an der kollektiven Willensbildung gleichberechtigt und effektiv teilnehmen können.[163] Die Legitimation einer Koalition zur Vertretung der Mitgliederinteressen setzt somit eine geeignete Teilhabe mittels Wahlen sowie der Ausübung von Kontroll- und Informationsrechten voraus.

4. Tariffähigkeit einer Koalition

- Nach § 2 Abs. 1 TVG sind Tarifvertragsparteien die Gewerkschaften, einzelne Arbeitgeber sowie Vereinigungen von Arbeitgebern. Für die Anerkennung der Tariffähigkeit insbesondere auf Arbeitnehmerseite verlangt die Rechtsprechung eine **soziale Mächtigkeit** oder „**Durchsetzungsfähigkeit**“.[164] Der Abschluss fairer Tarifverträge, die eine sach- und interessengerechte Selbstregulierung des Arbeitslebens gewährleisten, setzt annähernd gleichstarke Tarifpartner voraus. Eine tariffähige Gewerkschaft muss somit auch realistische Chancen haben, zu einem vernünftigen Tarifabschluss mit dem Arbeitgeber oder einem Arbeitgeberverband zu gelangen. Die Durchsetzungsfähigkeit kann sich aus der Mitgliederzahl und der finanziellen Kraft ergeben. Sie ist regelmäßig gege-

[154] *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 66 und Rn. 74 ff.; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 454 ff. jeweils mit Beispielen.
[155] *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 56.
[156] *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 396; *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 1993, Rn. 48; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 453; vgl. zu einem „wilden“ Streik BAG v. 14.2.1978, NJW 1979, 236.
[157] BAG 15.3.1977 – 1 ABR 16/75, AP GG Art. 9 Nr. 24, parallele Fundstelle in ZS; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 453.
[158] Maunz/Dürig/*Scholz*, GG, 81. EL Sept. 2017, Art. 9 Rn. 67; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 57.
[159] BeckOK ArbR/*Waas*, 46. Ed. 1.12.2017, § 2 TVG Rn. 7.
[160] BeckOK ArbR/*Waas*, 46. Ed. 1.12.2017, § 2 TVG Rn. 8.
[161] *Reichold*, Arbeitsrecht, S. 280.
[162] Näher *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 400 ff.
[163] *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 57.
[164] BAG v. 6.6.2000, NZA 2001, 160; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 463; *Reichold*, Arbeitsrecht, S. 281 f.

ben, wenn eine Arbeitnehmervereinigung bereits in nennenswertem Umfang Tarifverträge (originäre oder auch nur Anschlusstarifverträge) geschlossen hat.[165] Die Anforderungen an die Durchsetzungskraft dürfen insbesondere am Anfang der Tätigkeit junger und kleiner Gewerkschaften nicht zu hochgestellt werden.

- Die Koalition muss zudem **tarifwillig** sein. Sie muss also bereit sein, grds. über alle Arbeitsbedingungen Tarifverhandlungen aufzunehmen und Tarifverträge zu schließen. Die Mitglieder der vertragsschließenden Tarifpartner bzw. der Arbeitgeber, wenn er einen Tarifvertrag mit einer Gewerkschaft schließt, sind dann nach § 3 Abs. 1 TVG an die Bestimmungen des Tarifvertrags gebunden (**Tarifgebundenheit**). Es ist allerdings nach h.M. zulässig und in der Praxis weithin üblich, dass es in einem Arbeitgeberverband neben Vollmitgliedschaften auch **sog. OT-Mitgliedschaften** gibt, also Mitgliedschaften ohne Tarifbindung.[166]
- Die **Arbeitskampfbereitschaft** ist keine notwendige Bedingung für die Tariffähigkeit einer Koalition.[167]
- Die Einzelheiten des Koalitions- und Arbeitskampfrechts werden im Schwerpunktstudium vermittelt.

[165] BAG v. 28.3.2006, NZA 2006, 1112.
[166] BAG v. 20.5.2009, NZA 2010, 102.
[167] BVerfG v. 6.5.1964, parallele Fundstelle in ZS, AP TVG § 2 Nr. 15; ErfK/*Franzen*, TVG § 2 Rn. 10.

§ 4 Die Regelungsmechanismen des Arbeitsrechts

I. Überblick

- Das Arbeitsrecht ist durch unterschiedliche **Rechtsquellen** gekennzeichnet. Nach allgemeinen Grundsätzen geht die stärkere (ranghöhere) Regelung der schwächeren (niedrigeren) Regelung vor (sog. **Rangprinzip)**.
- Die **Rangfolge** der Regelungsmechanismen gestaltet sich nach dem Rangprinzip wie folgt:
  - Unionsrecht (EUV/AEUV; s. unter II.)
  - Deutsches Verfassungsrecht (s. unter III.)
  - Gesetzesrecht (s. unter V.)
  - Regelungen in Tarifverträgen (s. unter VI.)
  - Regelungen in Betriebsvereinbarungen (dazu unter VII.)
  - Arbeitsvertrag (VIII., IX.)

  Weitere Gestaltungsfaktoren auf arbeitsrechtlicher Ebene sind:
  - Arbeitsvertragliche Einheitsregelungen (VIII. 1.)
  - Gesamtzusagen (VIII. 2.)
  - eine betriebliche Übung (VIII. 3.)
  - das Direktionsrecht (Weisungsrecht) des Arbeitgebers (X.)

  Aus praktischem Blickwinkel bildet der **Arbeitsvertrag** die Basis des Arbeitsverhältnisses. Er wird vom höherrangigen Recht überformt und durch das **Weisungsrecht** des Arbeitgebers ergänzt.
- Jede Regelung hat neben ihrer **Regelungswirkung** auch eine **Kontrollfunktion** für die jeweils nachrangigen Regelungen.[168] Unwirksam – oder wenigstens angreifbar – sind somit z.B. ein verfassungswidriges Gesetz (Art. 100 GG), ein gesetzwidriger Tarifvertrag (§ 134 BGB), ein Arbeitsvertrag, der gegen zwingende Regelungen eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung verstößt (vgl. § 4 Abs. 1, 3 TVG und § 77 Abs. 4 BetrVG) oder eine vertragswidrige Arbeitgeberweisung.
- Für die Auflösung von Kollisionen zwischen **Normen verschiedener Regelungsebenen** gilt grds. das **Rangprinzip**.
- **Innerhalb der gleichen Rangstufen** gelten folgende allgemeine Prinzipien: 1) das **Ablösungsprinzip** („lex posterior derogat legi priori“) und 2) das **Spezialitätsprinzip** (die speziellere Regelung geht auf gleicher Rangstufe der allgemeinen vor).[169]
- Das **Günstigkeitsprinzip** ermöglicht nur unter bestimmten normativen Voraussetzungen eine Verbesserung der höherrangigen Regelung durch vertragliche Vereinbarung.[170] Im Verhältnis Tarifvertrag – Arbeitsvertrag findet das Günstigkeitsprinzip kraft normativer Anordnung Anwendung (§ 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG).[171] Im Verhältnis Betriebsvereinbarung – Arbeitsvertrag gilt das Günstigkeitsprinzip im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Betriebsverfassung (dazu sogleich). Nach dem Günstigkeitsprinzip geht die inhaltlich für den Arbeitnehmer günstigere Regelung vor. Die Anwendung des Günstigkeitsprinzips setzt jedoch voraus, dass die höherrangige Regelung (z.B. Gesetz, Tarifvertrag) allenfalls **einseitig zwingend**, d.h. als **Mindestbedingung** ausgestaltet ist. Will der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mehr Urlaub oder ein höheres Arbeitsentgelt

[168] *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, Rn. 48.
[169] *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, Rn. 52.
[170] Im Einzelnen *Löwisch/Rieble*, TVG, § 4 Rn. 531 ff.
[171] *Boemke/Luke/Ulrici*, Fallsammlung zum Schwerpunktbereich Arbeitsrecht, S. 9; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 86.

zusagen, als das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) bzw. der einschlägige Tarifvertrag vorsieht, so ist die einzelvertragliche Zusage maßgebend. Der Kündigungsschutz kann nach dem KSchG nicht eingeschränkt werden, etwa durch Verlängerung der sechsmonatigen Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG), es kann aber ein zusätzlicher Kündigungsschutz vereinbart werden, z.B. durch Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts für den Arbeitgeber ab einer bestimmten Mindestdauer der Betriebszugehörigkeit.[172]

- Demgegenüber kann von **zweiseitig zwingenden Regelungen** nicht zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Ein Arbeitnehmer kann bspw. nicht einvernehmlich mit dem Arbeitgeber auf seinen gesetzlichen Urlaub verzichten. Denn der Zweck des gesetzlichen Mindesturlaubs liegt u. a. im Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers.
- Das Verhältnis von Tarifvertrag und Arbeitsvertrag wird in **§ 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG** behandelt. Hiernach sind abweichende Abmachungen nur dann zulässig, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind **oder** eine **Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers** enthalten. Tarifverträge sind also dispositiv gegenüber besseren Arbeitsvertragsregelungen.[173] In § 4 Abs. 3 TVG spiegelt sich die Kernaufgabe der Tarifautonomie wider, als Mechanismus zum Ausgleich einer individualvertraglichen Disparität zu dienen.
- Die **Betriebsvereinbarung** wirkt gem. **§ 77 Abs. 4 BetrVG** – vergleichbar einem Tarifvertrag – unmittelbar und zwingend auf die Arbeitsverhältnisse der Belegschaft ein. Zwar enthält das BetrVG keine Regelung – wie etwa § 4 Abs. 3 TVG – zum Verhältnis von Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung. Aus dem Sinn und Zweck der Betriebsverfassung, die Rechtsstellung des Arbeitnehmers zu stärken, folgt jedoch, dass von einer Betriebsvereinbarung nach dem **Günstigkeitsprinzip** zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann.[174]
- Die Bewertung der Günstigkeit setzt einen „**Günstigkeitsvergleich**“ voraus. Dieser kann nur hinsichtlich der **materiellen Arbeitsbedingungen** erfolgen (insb. Entgelt, Arbeitszeit, Urlaub). Betriebliche Ordnungsmaßnahmen sind demgegenüber keiner Günstigkeitsbewertung zugänglich.[175] Schwierigkeiten bereitet die Bewertung der Günstigkeit, wenn der Arbeitnehmer teils besser und teils schlechter gestellt wird. Der Günstigkeitsvergleich beschränkt sich nach herrschender Ansicht auf Sachgruppen („**Sachgruppenvergleich**“), deren Regelungen im Tarifvertrag und der abweichenden Abmachung denselben Gegenstand betreffen.[176] Ein Günstigkeitsvergleich sei hiernach nur dann möglich, wenn die Regelungen in einem inneren sachlichen Zusammenhang stünden, was allerdings eine Wertungsfrage ist. Ob es sich um vergleichbare Regelungsgegenstände handelt, beurteile sich anhand eines objektiven Maßstabs nach der Verkehrsanschauung. Nach anderer Ansicht ist jedenfalls auch die Sicht der betroffenen Arbeitnehmer maßgeblich, ob eine Regelung für sie günstiger ist oder nicht. Nur dies entspreche dem Verständnis der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübter Privatautonomie.
- Nach h. A. können z.B. die Urlaubsdauer und die Höhe des Urlaubsgelds einem Günstigkeitsvergleich unterworfen werden, da sich beide auf den Regelungsgegenstand „Urlaub“ beziehen. Demgegenüber können nach Ansicht des BAG Tarifbestimmungen über die Höhe des Arbeitsentgelts und über die Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit nicht mit einer betrieblichen Arbeitsplatzgarantie verglichen werden.[177] Vor diesem Hintergrund

---

[172] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, S. 96.
[173] Siehe zur praktischen Anwendung Boemke/Luke/Ulrici/*Luke*, Fallsammlung zum Schwerpunktbereich Arbeitsrecht, Klausur Nr. 5.
[174] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, Rn. 58.
[175] *Reichold*, Arbeitsrecht, Rn. 9.
[176] Boemke/Luke/Ulrici/*Boemke*, Fallsammlung zum Schwerpunktbereich Arbeitsrecht, Klausur Nr. 2, S. 74 m.w.N.
[177] BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 – „Burda“.

ist nach dem BAG ein Entgeltverzicht gegen Arbeitsplatzgarantie nicht aufzuwiegen (kein Vergleich „Äpfel mit Birnen“).[178]

- Neben zweiseitig und einseitig zwingenden Regelungen gibt es auch Regelungen mit dispositivem Charakter, die **sowohl zugunsten als auch zuungunsten** des Arbeitnehmers abbedungen werden können. Bei Gesetzen kann es sein, dass sie zwar durch Tarifvertrag (nach „oben“ wie nach „unten“) abbedungen werden können, nicht aber durch Arbeitsvertrag. Man spricht in diesem Fall von „**tarifdispositivem Gesetzesrecht**“.
- Ob eine Regelung zweiseitig oder einseitig zwingend oder tarifdispositiv ist, ist eine **Auslegungsfrage**. Regelungen des Arbeitnehmerschutzes sind idR. zweiseitig zwingend (= unabdingbar). Weitere **Beispiele** zweiseitig zwingender Regelungen sind § 619 BGB und § 4 Abs. 1 TVG. Der gesetzliche Mindestlohn (§ 1 MiLoG) ist demgegenüber einseitig zwingend, d.h. ein höheres Entgelt kann durch Tarif- oder Arbeitsvertrag vereinbart werden. Tarifdispositive Regelungen enthalten z.B. das Arbeitszeitgesetz (§§ 6 Abs. 5, 7, 12, 25 ArbZG), das Bundesurlaubsgesetz (§ 13 Abs. 1 BUrlG), das Teilzeit- und Befristungsgesetz (§§ 8 Abs. 4 S. 3, 12 Abs. 3, 13 Abs. 4 TzBfG) sowie §§ 613a Abs. 1 S. 2 – 4, 622 Abs. 4 BGB.

II. Recht der EU

1. EU-Primärrecht

- Den ersten Rang in der Normhierarchie des Arbeitsrechts nimmt – wie oben gesehen – das **Unionsrecht** ein. Das mitgliedstaatliche Recht tritt grds. gegenüber dem Primärrecht (GRC, EUV/AEUV) und dem Sekundärrecht der Union (Verordnungen, Richtlinien) zurück (vgl. Art. 23 Abs. 1 GG i.V.m. der Solange-Rechtsprechung des BVerfG).
- Normative Grundlagen des Unionsprimärrechts sind der Vertrag über die Europäische Union (**EUV**) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (**AEUV**). Im Rang des Primärrechts steht nach Art. 6 Abs. 1 EUV auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (**GRC**). Titel IV „Solidarität“ der GRC beinhaltet die sog. sozialen Grundrechte, aus denen das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen (Art. 28 GRC), das Recht auf Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 30 GRC) und das Recht auf bezahlten Jahresurlaub (Art. 31 Abs. 2 GRC) hervorstechen.[179] Bedeutsam ist im Arbeitsrecht auch das – abwehrrechtliche – Grundrecht auf Schutz vor ungerechtfertigten Diskriminierungen (Art. 21 GRC).[180]
- Der **AEU-Vertrag** gewährleistet die **Grundfreiheiten**, namentlich die Freiheit des Warenverkehrs (Art. 28 ff.), die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 45 ff. AEUV), die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit und die Freiheit des Kapitalverkehrs (Art. 63 ff.). Interessenkollisionen zwischen Unionsgrundrechten der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber und Grundfreiheiten des AEUV müssen auf dem Wege praktischer Konkordanz durch einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen gelöst werden.
- Im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts kommen der Union begrenzte Zuständigkeiten zu. Auf der Grundlage von **Art. 153 AEUV** kann die Union Richtlinien zur Regelung arbeitsrechtlicher Materien erlassen.[181] Von der Regelungsbefugnis der Union ausgenommen sind nach Art. 153 Abs. 5 AEUV das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das

[178] Kritisch zu dieser Sichtweise *Adomeit*, NJW 1984, 26 f.; zustimmend *Löwisch/Rieble*, TVG § 4 Rn. 648.
[179] Zu diesen Grundrechten EUArbR/*Schubert*, Art. 28, 30, 31.
[180] Zum Grundrecht auf Nichtdiskriminierung EUArbR/*Mohr*, GRC Art. 21 Rn. 1 ff.
[181] Überblick bei *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 37 f.

Streik- und das Aussperrungsrecht. Die genannten Materien unterfallen hiernach ausschließlich der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten. Sie unterliegen jedoch in der Rechtswirklichkeit häufig einem mittelbaren Einfluss des Unionsrechts, etwa aufgrund der harmonisierenden (Neben-)Wirkungen von Regelungen und Maßnahmen in anderen Politikbereichen (z.B. Wettbewerbs-, Finanz- und Wirtschaftspolitik).[182]

- Besonders wichtig für das nationale Arbeitsrecht ist **Art. 157 Abs. 1 und 2 AEUV**. Die Vorschrift statuiert den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit und entfaltet als entsprechendes Diskriminierungsverbot eine **unmittelbare Drittwirkung** in den nationalen Rechtsordnung.[183] Die Vorschrift gilt mit anderen Worten direkt auch in Privatrechtsverhältnissen ohne nationalen Umsetzungsakt.

2. Sekundärrecht

- Das **Sekundärrecht** der Union besteht aus Verordnungen und Richtlinien (vgl. Art. 288 Abs. 1 bis 3 AEUV). Arbeitsrechtliche Regelungen sind überwiegend in Richtlinien enthalten.
- Europäische **Verordnungen** haben allgemeinverbindliche Rechtswirkung und gelten **unmittelbar** in jedem Mitgliedstaat (Art. 288 Abs. 2 AEUV). Für das Arbeitsrecht bedeutsam sind u. a. die Verordnungen (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und die Verordnung (EG) 987/2009 zur Durchführung der erstgenannten Verordnung. Diese Verordnungen erfüllen den in Art. 48 AEUV enthaltenen Auftrag, die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der **Freizügigkeit der Arbeitnehmer** (Art. 45 AEUV) notwendigen Maßnahmen zu beschließen.[184] Zu diesem Zweck ist nach Art. 48 Abs. 1 lit. a und b AEUV ein System einzuführen, welches zu- und abwandernden Arbeitnehmern und Selbstständigen sowie deren anspruchsberechtigten Angehörigen die Zusammenrechnung aller nach den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften berücksichtigten Zeiten für den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs sowie für die Berechnung der Leistungen sichert und die Zahlung der Leistungen an Personen ermöglicht, die in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten wohnen.
- Europäische Richtlinien binden nicht direkt den Einzelnen, sondern primär die Mitgliedstaaten (sog. **Verbot der horizontalen Wirkung von Richtlinien**).[185] Sie sind grundsätzlich nur hinsichtlich ihres Zwecks verbindlich, die Mittel zur Erreichung des Zwecks sind demgegenüber den Mitgliedstaaten überlassen. Hat ein Mitgliedstaat eine Richtlinie nicht fristgemäß umgesetzt, entfaltet die Richtlinie nach dem EuGH unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise eine sog. vertikale Drittwirkung im Verhältnis zwischen Bürger und Staat, sofern ihre Bestimmungen inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen.[186] Die vertikale Drittwirkung kann somit Angestellten des öffentlichen Diensts bzw. Beamten zugutekommen, deren Arbeitgeber der Staat ist. Für Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen und somit für Arbeitsverhältnisse im privatwirtschaftlichen Bereich gilt der Grundsatz, dass eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann.[187]

---

[182] *Bourazeri*, Tarifautonomie und Wirtschaftskrise, ■.
[183] Dazu EUArbR/*Franzen*, AEUV Art. 157 Rn. 1 ff.
[184] BeckOK Sozialrecht, Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching/*Leopold*, Rn. 1.
[185] Zu Besonderheiten im Hinblick auf die „Mangold"- und „Kücükdeveci"-Rechtsprechung des EuGH zu den Richtlinien gegen Diskriminierungen siehe EUArbR/*Mohr*, Art. 21 GRC Rn. 1, 119 f.
[186] EuGH v. 26.2.1986 – Rs. 152/84, NJW 1986, 2178 Rn. 46 bis 48 – Marshall I.
[187] Siehe z.B. EuGH v. 19.4.2016 – C-441/14, NZA 2016, 537 Rn. 30 – Dansk Industri.

- Im Einzelnen ist das Verhältnis zwischen Richtlinien und Privatrecht sehr komplex, da der EuGH die **europäischen Grundrechte** zuweilen als Wirkverstärker zugunsten der Richtlinien heranzieht, was mit der hergebrachten deutschen Dogmatik zur lediglich mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte schwer in Einklang zu bringen ist.[188]

III. Verfassungsrecht

Literatur:	Rechtsprechung:
Boemke, Kontahierungszwang wegen Grundrechtsverletzung im Arbeitsverhältnis?, NJW 1993, 2083 ff. *Boemke/Gründel*, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, ZfA 2001, 245 ff.	BVerfG v. 19.5.1992 – 1 BvR 126/8, NJW 1992, 2409 ff. BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BvL 15–87, NJW 1998, 1475 ff. BVerfG v. 18.10.2016 – 1 BvR 354/11, NJW 2017, 381 ff. BAG v. 23.6.1994 – 2 AZR 617/93, NZA 1994, 1080 ff. BAG v. 19.9.2006 – 1 ABR 2/06, NZA 2007, 277 ff. BAG v. 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, NZA 2012, 1025 ff.

1. Gesetzgebungskompetenz

- **Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG** regelt die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für „das Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung, des Arbeitsschutzes und der Arbeitsvermittlung sowie die Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung“. Diese Kompetenz umfasst neben dem Recht der **Individualarbeitsverträge** auch das **Tarifvertragsrecht**. Sie unterliegt nicht dem Vorbehalt der Erforderlichkeit gem. Art. 72 Abs. 2 GG.[189]

2. Drittwirkung von Grundrechten im Arbeitsverhältnis

- Für das Arbeitsrecht praktisch bedeutsam ist insbesondere die Frage nach der **Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht**.[190] Nach **Art. 1 Abs. 3 GG** binden die in Art. 1 bis 19 GG gewährleisteten Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Arbeitsrechtliche Gesetze, Rechtsverordnungen, Gewohnheits- und Richterrecht sind demgemäß an den Grundrechten als vorrangigen Rechtsquellen zu messen (unmittelbare Grundrechtsbindung).
- Die an die öffentliche Gewalt anzulegenden Maßstäbe lassen sich allerdings nicht unmittelbar auf die **Privatverhältnisse** übertragen. Denn die Grundrechte sind in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind **Abwehrrechte der Bürger gegen den Staat**.[191] Aus den Grundrechten resultierten zwar auch **Schutzpflichten** unterschiedlicher Intensität. Adressat dieser Schutzpflichte ist jedoch primär der Gesetzgeber, der die jeweils erforder-

[188] Dazu EUArbR/*Mohr*, Art. 21 GRC Rn. 119 ff.
[189] BVerfG v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 ua., NZA 2017, 915 Rn. 126.
[190] *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, 2004, S. 59 ff.
[191] So BVerfG v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, NJW 1958, 257 – sog. Lüth-Entscheidung.

lichen Rahmenbedingungen zur Ausübung und Verwirklichung der Grundrechte aufzustellen hat.[192] Ein Machtungleichgewicht, wie dies im Staat-Bürger-Verhältnis typisch ist, und welches für eine unmittelbare Bindung des Arbeitgebers an die Grundrechte des Arbeitnehmers spräche, besteht im Arbeitsverhältnis nicht.[193] Der Arbeitgeber übt vielmehr seine Privatautonomie als das Recht auf eigenverantwortliche Gestaltung der Lebensverhältnisse aus (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG),[194] wenn etwa er einem Bewerber Fragen über seine Person stellt oder einem Arbeitnehmer Weisungen hinsichtlich der zu erbringenden Leistung erteilt.

- Demgemäß geht heute die überwiegende Ansicht von einer lediglich **mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte** aus.[195] Dies bedeutet, dass die Grundrechte in privaten Rechtsbeziehungen nicht unmittelbar als Prüfmaßstäbe heranzuziehen sind. Sie fungieren aber **als Wertmaßstäbe etwa bei der Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln** gem. den §§ 138, 242 und 315 BGB. Wie das BVerfG ausführt, bricht sich der Einfluss grundrechtlicher Wertmaßstäbe vor allem bei denjenigen Vorschriften des Privatrechts Bahn, die zwingendes Recht enthalten und so einen Teil des ordre public – im weiten Sinne – bilden, d.h. der Prinzipien, die aus Gründen des allgemeinen Wohls auch für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen BürgerInnen verbindlich sein sollen und deshalb der Herrschaft des Privatwillens entzogen sind.[196] Soweit die Grundrechte im Privat- und damit im Arbeitsrecht nur mittelbar über Generalklauseln in das Zivilrecht einwirken, spricht man von einer **sog. Ausstrahlungswirkung.**[197] Die Generalklauseln werden zuweilen auch als „Einbruchstellen" der Grundrechte in das Bürgerliche Recht bezeichnet.[198]
- In jüngerer Zeit wird die Drittwirkung der Grundrechte in Anlehnung an Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, nach dem die staatliche Gewalt verpflichtet ist, die Menschenwürde zu schützen, auch durch **die Lehre von den Schutzpflichten** begründet.[199] Die Grundrechte stellen hiernach Schutzgebote an den Gesetzgeber dar, der aufgefordert ist, der Werteordnung des Grundgesetzes Geltung zu verschaffen und sie vor Gefährdungen zu schützen.[200] Im Gegensatz zur Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung ist somit der Privatrechtsgesetzgeber, nicht jedoch der „mächtige private Dritte" unmittelbar an Verfassung und Grundrechte gebunden.[201] Folgerichtig sind nicht nur die zivilrechtlichen Generalklauseln, sondern auch die sonstigen einem bestimmten Zweck dienenden Normen des Privatrechts im Lichte der Grundrechte auszulegen.[202]
- Ähnlich wie die Freiheitsrechte fungieren die **Gleichheitsgrundrechte** des Art. 3 GG einerseits als unmittelbare Gebote bzw. Verbote gegenüber dem Gesetzgeber, andererseits mittelbar als Wertmaßstäbe, anhand derer die auf die Arbeitsverhältnisse anzuwendenden Normen des Privatrechts auszulegen sind.[203]
- **Unmittelbare Drittwirkung** im Privatrecht entfaltet das Grundrecht der **Koalitionsfreiheit** (Art. 9 Abs. 3 GG). Dies lässt sich aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ableiten. Hiernach

---

[192] Siehe dazu etwa EfK/*Schmidt*, GG Einl. Rn. 38 ff.; Sodan/*Sodan*, GG Vorb. Art. 1 Rn. 20 f., 26 ff. und 30.
[193] A.A. *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 28 ff.
[194] *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, S. 109; *Boemke/Gründel*, ZfA 2011, 241 ff.
[195] BAG 27.2.1985 – GS 1/84, NZA 1985, 702, 703; von einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ging demgegenüber früher das BAG aus, Urt. v. 3.12.1954 – 1 AZR 150/54, NJW 1955, 606, 607 f., mit Blick auf die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) und den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 3 GG).
[196] BVerfG v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, NJW 1958, 257 – sog. Lüth-Entscheidung.
[197] *Boemke*, NZA 1993, 532, 533.
[198] BVerfG v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, NJW 1958, 257 – sog. Lüth-Entscheidung.
[199] Grundlegend *Canaris*, AcP 1984, S. 201 ff.; siehe bereits *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 60.
[200] *Canaris*, JuS 1989, S. 161, 163.
[201] *Canaris*, AcP 184 (1984), S. 201, 210 ff.; *Singer*, ZfA 1995, S. 611, 621.
[202] *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 60.
[203] Vgl. etwa *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 48 ff.

sind private Abreden, die die Koalitionsfreiheit einschränken oder zu behindern suchen, nichtig. Darauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.

- Kontrovers diskutiert wird, ob die **Tarifvertragsparteien** – ähnlich wie der Gesetzgeber – unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind. Einerseits sind Tarifverträge privatrechtliche Verträge, die das Ergebnis der Ausübung der Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) als kollektivierter Privatautonomie darstellen.[204] Andererseits entfalten Tarifverträge im Hinblick auf ihren normativen Teil kraft gesetzlicher Anordnung unmittelbare zwingende Wirkung (§ 4 Abs. 1 TVG), die im materiellen Sinne der Wirkung von Gesetzen gleichkommt. Ob man die Tarifverträge unmittelbar oder mittelbar an die Grundrechte misst, hängt somit davon ab, welchen Aspekt des Tarifvertrags – den privatrechtlichen Charakter oder die materielle Rechtsnormenqualität – man in den Vordergrund stellt. Der überwiegende Teil des Schrifttums ging früher von einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte gegenüber den Tarifpartnern aus.[205] Auch nach dem BAG waren Tarifverträge zunächst als „materielle Gesetze" zu betrachten[206]. Die Tarifvertragsparteien dürften den Grundrechten der Normunterworfenen deshalb keine engeren Grenzen ziehen, als dies dem Gesetzgeber erlaubt wäre.[207] Seit Ende der 1990er Jahre sind einzelne Senate des BAG von dieser Sichtweise abgerückt.[208] Heute spricht sich das BAG überwiegend für eine lediglich **mittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien** aus:[209] Aufgrund der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie komme den Tarifpartnern ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Sie seien nicht verpflichtet, die jeweils zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung zu wählen, sondern es genüge, wenn einer Regelung ein sachlich vertretbarer Grund zugrunde liege.[210] Das BVerfG hat sich bislang nicht ausdrücklich zur Problematik geäußert.
- Zur Bedeutung der einzelnen Grundrechte im Arbeitsrecht siehe *Boemke/Gründel*, ZfA 2001, 245 ff.; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 15 Rn. 560 ff.; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 54 ff.

IV. Gesetz

- Auf der Ebene unterhalb des Rechts der EU und der Verfassung steht das **Gesetz**. Arbeitsrechtliche Gesetze können für alle Arbeitnehmer oder nur für besonders schutzbedürftige Arbeitnehmer gelten (z.B. MuSchG, JArbSchG, das SGB IX hinsichtlich der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen). **Rechtsverordnungen**, die auch Gesetze im materiellen Sinne darstellen, regeln überwiegend Fragen des Arbeitsschutzes (z.B. Arbeitsstättenverordnung) oder etwa die Verfahren für die Wahl der Betriebsratsmitglieder (Wahlordnung).[211]
- Im Hinblick auf die Rechtswirkung ist zwischen (zweiseitig oder nur einseitig) **zwingenden und dispositiven Gesetzen** zu unterscheiden (dazu bereits § 4. I.).

---

[204] Siehe jüngst BVerfG v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 Rn. 147.
[205] *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, S. 92 m.w.N.
[206] Grundlegend BAG v. 15.1.1955, NJW 1955, 684, 686 f.; BAG v. 21.3.1991, NZA 1991, 803, 805 a.E.
[207] BAG v. 21.3.1991, NZA 1991, 803, 805 a.E.
[208] *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, S. 93; *Burkiczak*, RdA 2007, 17 f.
[209] BAG v. 16.10.2014, AP TVÜ § 8 Nr. 4 Rn. 26; BAG v. 3.7.2014, NZA 2015, 172 Rn. 25; BAG v. 8.12.2010, NZA 2011, 586 Rn. 26 ff.
[210] So BAG v. 11.12.2013 – 10 AZR 736/12, NZA 2014, 669 Rn. 14.
[211] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 64.

V. Gewohnheitsrecht (Art. 2 EGBGB)

Literatur:
Krebs/Becker, Entstehung und Abänderbarkeit von Gewohnheitsrecht, JuS 2013, 97 ff.

1. Begriff

- Als **Gewohnheitsrecht** werden in der Rechtsquellenlehre solche Regeln bezeichnet, die zwar nicht positivrechtlich festgelegt sind, jedoch über einen längeren Zeitraum aufgrund einer allgemeinen Rechtsauffassung in der Praxis weitgehend befolgt werden.[212] Gewohnheitsrecht entsteht somit nicht allein durch eine ständige Rechtsprechung, sondern setzt vielmehr eine **allgemeine Überzeugung von der Richtigkeit des Rechtssatzes** voraus. Im allg. Zivilrecht haben sich Institute wie die „culpa in contrahendo" (heute: § 311 Abs. 2 BGB) oder der Wegfall der Geschäftsgrundlage (heute: § 313 BGB) zunächst als Gewohnheitsrecht herausgebildet.

2. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Literatur:	Rechtsprechung:
K. Schreiber, Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, Jura 2010, 499 ff. *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, 2004, S. 46 f.	BAG v. 13.11.1985 – 4 AZR 234/84, NZA 1986, 321 ff. BAG v. 17.11.1998 – 1 AZR 147/98, NZA 1999, 606 ff. BAG v. 26.9.2007 – 10 AZR 569/06, NZA 2007, 1424 ff.

- **Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz** verbietet dem Arbeitgeber eine sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage.[213] Relevant wird der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz insbesondere bei **freiwilligen Sonderleistungen** des Arbeitgebers (Sonderzuwendungen).[214] Gewährt der Arbeitgeber auf Grund einer abstrakten Regelung eine freiwillige Leistung nach einem erkennbar **generalisierenden Prinzip** und legt er gemäß dem mit der Leistung verfolgten Zweck die **Anspruchsvoraussetzungen** für die Leistung fest, darf er einzelne Arbeitnehmer von der Leistung nur ausnehmen, wenn dies **sachlichen Kriterien** entspricht.[215] Eine sachfremde Benachteiligung einzelner Arbeitnehmer liegt nicht vor, wenn sich nach dem **Zweck der Leistung** Gründe ergeben, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigen, diesen Arbeitnehmern die den anderen Arbeitnehmern gewährte Leistung vorzuenthalten. Die Zweckbestimmung einer Sonderzahlung ergibt sich vorrangig aus den tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen, von deren Vorliegen und Erfüllung die Leistung abhängig gemacht wird.[216]
- Dogmatisch handelt es sich beim arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz um **Gewohnheitsrecht**, das auf der Ebene des einfachen Rechts steht. Rechtsgrundlage für die Anwendung des Grundsatzes ist also nicht Art. 3 Abs.1 GG, da dies zu einer unmittelbaren Geltung der Grundrechte im Privatrecht führen würde, die von der ganz h.A.

[212] Zum Nachstehenden *Preis*, Kollektivarbeitsrecht, § 16 S. 220; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 66.
[213] Näher *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 46 f.
[214] BAG v. 26.9.2007 – 10 AZR 569/06, NZA 2007, 1424 Rn. 15 – Sonderzahlung von Weihnachtsgeld.
[215] BAG v. 28.3.2007 – 10 AZR 261/06, NZA 2007, 687 Rn. 14.
[216] BAG v. 28.3.2007 – 10 AZR 261/06, NZA 2007, 687 Rn. 14.

abgelehnt wird.[217] Der allgemeine arbeitsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung gilt im Betrieb ebenso wie im Unternehmen.

- Siehe dazu *Boemke*, Fallsammlung zum Arbeitsrecht, Übungsfall Nr. 6, S. 189 ff.; *Gruber*, Standardfälle Arbeitsrecht, Fall 20.

VI. Tarifvertrag (§ 1 TVG)

- Der Tarifvertrag ist ein schriftlicher Vertrag zwischen einem Arbeitgeberverband oder einem einzelnen Arbeitgeber und einer Gewerkschaft (§ 2 Abs. 1 TVG). Im normativen Teil eines Tarifvertrags können Regelungen über den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen enthalten sein (§ 1 Abs. 1 TVG). Im deutschen Recht kommt Tarifverträgen für die Regelung der Arbeitsbedingungen angesichts ihrer **unmittelbaren und zwingenden Wirkung** für die Tarifgebundenen (§ 4 Abs. 1 TVG) eine zentrale Bedeutung zu[218]. Auch auf Ebene des EU-Primärrechts werden Kollektivvereinbarungen als Ausprägung der Koalitionsfreiheit durch Art. 28 der EU-Grundrechtecharta geschützt.
- Mit der Geltung, der Wirkung sowie den Schranken der Tarifverträge befasst sich das kollektive Arbeitsrecht (siehe dazu die Vorlesungen im Schwerpunktstudium).

VII. Betriebsvereinbarungen

- Die **Betriebsvereinbarung** ist ein schriftlicher Vertrag (§ 77 Abs. 1, 2 BetrVG), der zwischen dem Betriebsrat (siehe oben § 3 IV.) und dem Arbeitgeber geschlossen wird. Betriebsvereinbarungen können sich auf Gegenstände beziehen, in denen ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats nach dem BetrVG besteht. Die Rechtsprechung geht von einer grundsätzlichen **Regelungsbefugnis** des Betriebsrats und Arbeitgebers für sämtliche den Betrieb und seine Arbeitnehmer betreffenden **Fragen in sozialen und personellen Angelegenheiten** aus (§§ 87 ff. und §§ 92 ff. BetrVG).[219] Gem. § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG gelten Betriebsvereinbarungen – wie auch die Tarifnormen nach § 4 Abs. 1 TVG – **unmittelbar und zwingend**.
- Betriebsvereinbarungen und ihr Verhältnis zu Tarifverträgen (vgl. §§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 Hs. 1 BetrVG) werden im kollektiven Arbeitsrecht behandelt.

VIII. Allgemeine Arbeitsbedingungen (AGB)

1. Arbeitsvertragliche Einheitsregelung

Literatur:	Rechtsprechung:
Preis, AGB-Recht und Arbeitsrecht – Eine Zwischenbilanz, NZA Beil. 3/2006, 115 ff. *Thüsing*, Inhaltskontrolle von Formulararbeitsverträgen nach neuem Recht, BB 2002, 2666 ff. *ders.*, Gestaltungsspielräume bei der Verwendung vorformulierter Arbeitsvertragsbedingungen, BB 2005, 938 ff.	BAG v. 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727 ff. BAG v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ff. BAG v. 9.5.2006 – 9 AZR 424/05, NZA 2007, 145 ff. BAG v. 23.1.2007 – 9 AZR 482/06, NZA 2007, 748 ff.

[217] *Fastrich*, RdA 2000, 65, 70; *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 47.
[218] Für eine rechtsvergleichende Darstellung der Kollektivvertragssysteme in Europa siehe *Rebhahn*, EuZA 2010, 62 ff.
[219] BAG v. 7.11.1989 – GS 3/85, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 46 unter C. I. 2. der Gründe; näher dazu *Franzen*, NZA-Beil. 2006, 107, 108 ff.

Worzalla, Die Wirksamkeit einzelner Arbeitsvertragsklauseln nach der Schuldrechtsreform, NZA Beil. 3/2006, 122 ff.	

- Arbeitsbedingungen, die für eine Vielzahl von Arbeitsverträgen vorformuliert sind und vom Arbeitgeber beim Abschluss des Vertrags gestellt werden, gelten als **Allgemeine Geschäftsbedingungen** i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB (siehe bereits § 2 III.), die einer gerichtlichen Kontrolle gem. den §§ 307 ff. BGB unterliegen.[220]
- **§ 305 Abs. 1 BGB** knüpft an folgende Tatbestandsmerkmale an:
  - Es muss sich um **Vertragsbedingungen** handeln, die den Inhalt des Arbeitsvertrags, die Haupt- oder auch die Nebenleistungen gestalten sollen, oder sich auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses beziehen.
  - Die AGB müssen **vorformuliert** sein. Dies ist sicher der Fall, wenn die Vertragsbedingungen schriftlich verfasst und zeitlich vor dem Vertragsabschluss fertig formuliert vorliegen, um in künftige Verträge einbezogen zu werden[221]. Die AGB müssen nicht unbedingt vom Arbeitgeber selbst formuliert sein. Formularmäßige Vertragsbedingungen können auch von Arbeitgeberverbänden für ihre Mitglieder bereitgestellt werden.
  - Die AGB müssen von der einen Vertragspartei, vorliegend also insbesondere vom Arbeitgeber, **gestellt sein**. Dieses Tatbestandsmerkmal entfällt gem. **§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB** nur dann, wenn die konkrete Vertragsklausel tatsächlich mit dem Arbeitnehmer ausgehandelt wurde. „**Ausgehandelt**" i.S. dieser Vorschrift ist eine Vertragsbedingung erst dann, wenn der Verwender die betreffende Klausel inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner echte Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt, mit der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen.[222]
- AGB müssen zudem in den Arbeitsvertrag **einbezogen** worden sein. § 305 Abs. 2 und 3 BGB regeln generell, wann AGB Bestandteil eines Vertrags werden. Die letztgenannten Vorschriften sind allerdings nach **§ 310 Abs. 4 S. 2 BGB** auf Arbeitsverträge nicht anzuwenden. Für die Einbeziehung genügt deshalb eine Willensübereinstimmung der Arbeitsvertragsparteien.
- Eine Klausel kommt nicht zur Anwendung, wenn sie **mit individuellen Vertragsabreden kollidiert**, da Letztere gem. **§ 305b Abs. 1 BGB** Vorrang gegenüber AGB haben.
- Ebenso wenig wird eine Klausel zum Vertragsinhalt, wenn sie gegen das **Verbot überraschender Klauseln** gem. **§ 305c Abs. 1 BGB** verstößt.
- Auf die Inhalts- und Transparenzkontrolle von AGB ist noch in Zusammenhang mit den Ansprüchen des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag zurückzukommen.[223]

2. Gesamtzusage

- Als Gesamtzusage wird eine an alle Arbeitnehmer des Betriebes oder an einen nach abstrakten Merkmalen abgrenzbaren Teil von ihnen gerichtete **ausdrückliche Willenserklärung des Arbeitgebers** bezeichnet**,** auf derer Grundlage sich der Arbeitgeber zu einer Leistung verpflichtet.[224] Gesamtzusagen beziehen sich allein auf die Arbeitnehmer

[220] Zum Nachstehenden *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 69 ff.; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 256 ff.; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 25 S. 325 ff.
[221] Für Einzelheiten MüKoBGB/*Basedow*, § 305 BGB Rn. 13–16.
[222] BAG v. 27.7.2005 – 7 AZR 486/04, NZA 2006, 40, 44.
[223] Siehe dazu die Klausuren Nr. 6 und 10, in: *Boemke*, Fallsammlung zum Arbeitsrecht, insb. S. 182 ff. und S. 301 ff. mit Prüfungsschema S. 346 f.; *Junker*, Fälle zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2018, Fall 4, S. 68 ff.
[224] BAG v. 20.8.2014 – 10 AZR 453/13, NZA 2014, 1333.

begünstigende Regelungen, etwa auf eine Weihnachtsgratifikation oder auf eine betriebliche Rente.[225]

- Dogmatisch kommt eine Gesamtzusage durch **viele gleichlautende Individualverträge** zustande.[226] Nach dem BAG wird eine Gesamtzusage schon dann wirksam, wenn sie gegenüber den Arbeitnehmern in einer Form verlautbart wird, die den einzelnen Arbeitnehmer typischerweise in die Lage versetzt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen.[227] Arbeitnehmer können eine Gesamtzusage gem. **§ 151 BGB** annehmen, ohne dass es einer ausdrücklichen Erklärung der Annahme gegenüber dem Arbeitgeber bedarf.[228] Ob eine Gesamtzusage vorliegt und welchen Inhalt sie hat, richtet sich nach den für Willenserklärungen geltenden Auslegungsgrundsätzen gem. den §§ 133, 157 BGB.[229] Gesamtzusagen dürfen auf dem Weg **widerrufen** werden, auf dem sie erteilt werden können, also durch eine Gesamtzusage des Arbeitgebers.[230]

3. Betriebliche Übung

Literatur:	Rechtsprechung:
Barton, Betriebliche Übung und private Nutzung des Internetarbeitsplatzes, NZA 2006, 460 ff. *Hromadka*, Zur betrieblichen Übung, NZA 1984, 241 ff. *Ulrici*, Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle, BB 2005, 1902 ff. *Walker*, Die betriebliche Übung, JuS 2007, 1 ff.	BAG v. 16.1.2002 – 5 AZR 715/00, NZA 2002, 632 ff. BAG v. 24.11.2004 – 10 AZR 202/04, NZA 2005, 349 ff. BAG v. 20.6.2007 – 10 AZR 410/06, NZA 2007, 1293 ff. BAG v. 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 ff.

- Unter einer **betrieblichen Übung** versteht man die **regelmäßige Wiederholung** bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer gewährt werden. Aus diesem als **Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers**, das von den Arbeitnehmern regelmäßig nicht ausdrücklich angenommen werden muss **(§ 151 BGB**), erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen für die Zukunft. Entscheidend ist nicht, ob der Erklärende einen Verpflichtungswillen hatte, sondern ob der **Erklärungsempfänger** (also die Arbeitnehmer) die Erklärung oder **das Verhalten des Arbeitgebers** nach **Treu und Glauben** unter Berücksichtigung aller Begleitumstände gem. den §§ 133, 157 BGB **dahin verstehen konnte und durfte**, der Arbeitgeber wolle sich zu einer über seine gesetzlichen, tarifvertraglichen und vertraglichen Pflichten hinausgehenden Leistung verpflichten.[231]
- Das Institut der Betriebsübung ist **gewohnheitsrechtlich** anerkannt.[232] Eine allgemeinverbindliche Regel, ab welcher Anzahl von Leistungen der Arbeitnehmer erwarten darf, dass er eine Leistung erneut erhält, gibt es nicht. Für jährlich an die gesamte Belegschaft geleistete Gratifikationen hat die Rechtsprechung die Regel aufgestellt, dass eine **dreimalige vorbehaltlose Gewährung** eine betriebliche Übung verbindlich werden lässt.[233]

[225] ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 218.
[226] ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 218.
[227] BAG v. 24.1.2006 – 3 AZR 583/04, NZA 2006, 1431 f. (Ls.) = NJOZ 2006, 4704, 4709 Rn. 24.
[228] BAG v. 28 6.2006 – 10 AZR 385/05, NZA 2006, 1174.
[229] BAG v. 16.10.2007 – 9 AZR 170/07, NZA 2008, 1012.
[230] BAG v. 24.1.2006 – 3 AZR 583/04, NZA 2006, 1431 f. (Ls.) = NJOZ 2006, 4704, 4709 Rn. 36.
[231] BAG v. 14.9.2011 − 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81; BAG v. 7.12.2000 – 6 AZR 444/99, NZA 2001, 780, 781.
[232] Dazu und zur umstrittenen dogmatischen Begründung *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 18 V.
[233] Siehe beispielhaft BAG v. 21.1.2009 – 10 AZR 219/08, NZA 2009, 310 Rn. 13.

Der Arbeitgeber kann die Begründung eines Anspruchs des Arbeitnehmers aus betrieblicher Übung grundsätzlich durch einen sog. **Freiwilligkeitsvorbehalt** hindern. Der Arbeitgeber kann damit einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine in Aussicht gestellte Sonderzahlung ausschließen und sich die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Höhe er künftig Sonderzahlungen gewährt.[234] An die AGB-rechtliche Wirksamkeit von Freiwilligkeitsvorbehalten stellt die Rechtsprechung in jüngerer Zeit allerdings sehr hohe Anforderungen insbesondere im Hinblick auf die Transparenz und Widerspruchsfreiheit der Regelung.[235]

- Siehe näher *Boemke*, Fallsammlung zum Arbeitsrecht, Klausur Nr. 6, S. 188 f.; *Oetker*, 30 Klausuren aus dem Individualarbeitsrecht, 10. Aufl. 2017, 12. Klausur, S. 15, 93 ff.

4. Prüfungsschema – Begründung einer betrieblichen Übung[236]

I. Anspruchsgrundlage

1. Normative Wirkung (Mindermeinung)
2. Vertragstheorie (Rechtsprechung)
3. Vertrauenshaftung (h. L.)

II. Begründung gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer

1. Allgemein

a) Anspruchsbegründende Tatbestandsvoraussetzungen

– Gleichförmiges Verhalten, auf Grund dessen der Arbeitnehmer auf den Willen zur zukünftigen Leistungsgewährung schließen kann.

– Grundsatz: Dreimalige Leistungsgewährung

b) Anspruchshindernde Einwendung: Wirksamer Freiwilligkeitsvorbehalt = Ausschluss der Bindungswirkung für die Zukunft (Beachte: AGB-Kontrolle!)

2. Neu eingetretene Arbeitnehmer

a) Vertragliche Einbeziehung (Rechtsprechung)

b) Gleichbehandlungsgrundsatz

IX. Arbeitsvertrag (§ 611a BGB)

Literatur:
Hromadka, Zur Auslegung des § 611 a BGB, NZA 2018, 1583 ff.
Preis, § 611 a BGB – Potenziale des Arbeitnehmerbegriffes, NZA 2018, 817 ff.
Richardi, § 611 a BGB als Restriktion des Arbeitsvertrags, NZA 2018, 974 ff.

- Durch den Arbeitsvertrag wird das Arbeitsverhältnis begründet. Zwar steht der Arbeitsvertrag normhierarchisch – wie gesehen – unter dem Tarifvertrag und der Betriebsvereinbarung (siehe § 4 I.). Aus praktischer Sicht steht der Arbeitsvertrag jedoch im Mittelpunkt, da **an ihn das gesamte Arbeitsrecht anknüpft.**[237] Auch die Ausübung der Kollektivautonomie – insbesondere der Tarif- und Betriebsautonomie – baut auf dem individualrechtlichen Arbeitsverhältnis auf. Wie bereits ausgeführt, ist der Arbeitsvertrag ein Unterfall des Dienstvertrags und wird nunmehr explizit in § 611a BGB n.F. geregelt (siehe oben § 3 II. 1. b). Hiernach wird der Arbeitnehmer im Dienste eines

[234] BAG v. 21.1.2009 – 10 AZR 219/08, NZA 2009, 310 Rn. 14.
[235] Näher ErfK/*Preis*, § 310 BGB Rn. 68 ff., insb. Rn. 71.
[236] *Boemke*, Fallsammlung zum Arbeitsrecht, S. 344.
[237] *Boemke*, NZA 1993, 532.

anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet (Abs. 1 S. 1).

- Die nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Tätigkeit bestimmt der Arbeitgeber in Ausübung seines **Weisungsrechts**, nach anderer Formulierung seines **Direktionsrechts**. Dazu im Folgenden.

X. Weisungsrecht des Arbeitgebers

Literatur:	Rechtsprechung:
Boemke, (Un-)Verbindlichkeit unbilliger Arbeitgeberweisungen, NZA 2013, 6 ff. *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band 1, § 2 Rn. 84, § 6 Rn. 6 ff. *Hromadka*, Grenzen des Weisungsrechts, NZA 2012, 233 ff. *Lakies*, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers – Inhalt und Grenzen, BB 2003, 364 ff.	BAG v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/8,3 NZA 1986, 21 ff. BAG v. 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144 ff. BAG v. 13.6.2007 – 5 AZR 564/06, NZA 2007, 974 ff. BAG v. 22.2.2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858 ff.

1. Rechtsgrundlage

- Der **Arbeitsvertrag** begründet für beide Vertragsparteien Haupt- und Nebenleistungspflichten. Die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsvertrag ist die Erbringung der weisungsgebundenen Arbeit (§ 611a Abs. 1 S. 1 BGB). Die Arbeitspflicht wird im Arbeitsvertrag idR. nur abstrakt umschrieben. Den konkreten Inhalt, die Durchführung, die Zeit und den Ort der Tätigkeit bestimmt der Arbeitgeber in Ausübung seines **Weisungsrechts**, nach anderer Formulierung seines Direktionsrechts (§ 611a Abs. 1 S. 2 BGB n.F.; vgl. auch § 106 S. 1 GewO).
- Die Weisungsgebundenheit der zu erbringenden Leistung ist das zentrale Kriterium, nach dem sich das Arbeitsverhältnis vom „freien" Dienstvertrag unterscheidet. Nach anderer Formulierung ist das Direktionsrecht das „**Wesensmerkmal eines jeden Arbeitsverhältnisses**".[238]
- **Rechtsgrundlage** für die Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers ist – ungeachtet seiner gesetzlichen Normierung in § 106 GewO – der **Arbeitsvertrag**.[239] Dabei handelt es sich um ein **Gestaltungsrecht**, das durch **einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung** ausgeübt wird.[240] Die durch die wirksame Ausübung des Direktionsrechts näher bestimmte Tätigkeit ist die iSv. § 294 BGB zu bewirkende Arbeitsleistung, auf die sich der Leistungswille des Arbeitnehmers richten muss.[241]

2. Schranken des Weisungsrechts

- Das Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt **Schranken**, die aus Gesetzen (z.B. MuSchG, Arbeitsstättenverordnung, § 106 GewO), aus Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen resultieren können.

[238] BAG v. 17.5.2011 – 9 AZR 201/10, AP GewO § 106 Nr. 12, Rn. 43.
[239] *Dütz*, Arbeitsrecht, Rn. 63; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 205.
[240] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 9 Rn. 9.
[241] BAG v. 22.2.2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858 Rn. 21.

- Wird in einer Klausur danach gefragt, ob dem Arbeitnehmer eine bestimmte Tätigkeit wirksam zugewiesen worden ist, ist für die **Prüfung** der Rechtmäßigkeit einer Arbeitgeberweisung in folgenden Schritten vorzugehen:[242]

1) **Vertraglicher Umfang**: Der Arbeitgeber darf dem Arbeitnehmer nur solche Tätigkeiten zuweisen, zu denen sich der Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag verpflichtet hat. Wird eine Tätigkeit nicht vom Arbeitsvertrag umfasst, ist eine Vertragsänderung erforderlich. Je allgemeiner die zu leistenden Dienste umschrieben sind, je weiter ist einerseits das Direktionsrecht des Arbeitgebers. Andererseits ist der Arbeitgeber bei einer weiten Umschreibung des Direktionsrechts in Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung in weiterem Umfang verpflichtet, den Arbeitnehmer anders zu beschäftigen, als dies bei einer engen Umschreibung der zu leistenden Dienste der Fall wäre.

2) **Erweiterung durch sog. Versetzungs- und Umsetzungsklauseln**: Das Weisungsrecht des Arbeitgebers kann durch individualarbeitsvertraglich oder tariflich geregelte Klauseln erweitert werden, die dem Arbeitgeber das Recht einräumen, den Arbeitnehmern mit anderen als den vertraglich vereinbarten Tätigkeiten (Umsetzungsklausel) oder an einem anderen Ort (Versetzungsklausel) innerhalb des Betriebs oder Unternehmens zu beschäftigen.

3) **Spezielle Begrenzungen** des Direktionsrechts können aus Gesetzen zum Schutz besonders schutzbedürftiger Arbeitnehmergruppen resultieren. Zum Beispiel darf der Arbeitgeber einer Schwangeren oder stillenden Mutter grds. keine Nachtarbeit (§ 5 Abs. 1 S. 1 MuSchG: zwischen 20 Uhr und 6 Uhr) und keine Sonn- und Feiertagsarbeit zuweisen (§ 6 Abs. 1 S. 1 MuSchG).

4) **Billiges Ermessen i.S.d. § 106 S. 1 GewO, § 315 BGB**: Nach § 106 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Regelungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. § 315 Abs. 1 BGB sieht wiederum vor, dass die Leistung im Zweifel nach billigem Ermessen zu bestimmen ist, sofern diese durch einen der Vertragspartner bestimmt werden soll. In welchem **Verhältnis § 106 GewO und § 315 BGB stehen** und welches ihre Bedeutung bei der Bestimmung der Grenzen des Weisungsrechts des Arbeitgebers ist, wird unterschiedlich gesehen:

- Im **Schrifttum** wird z.T. vertreten, § 106 S. 1 GewO gehe § 315 Abs. 1 BGB vor.[243] Nach § 315 Abs. 1 BGB seien Leistungsbestimmungen nur im Zweifel nach billigem Ermessen zu treffen, nach § 106 S. 1 GewO dagegen immer. Für die Auslegung des Begriffs der Billigkeit bedürfe es insoweit keines Rückgriffs auf § 315 BGB. Zuweilen wird weiter differenziert:[244] Missbräuchliche Weisungen seien nach § 242 BGB unwirksam. Unzumutbare (= grob oder offensichtlich unbillige) Weisungen gäben dem Arbeitnehmer nach § 275 Abs. 3 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht. Einfach unbillige Weisungen blieben ohne Sanktion, wie dies auch nach dem inzwischen aufgehobenen § 121 GewO („Gehorsamspflicht“) der Fall gewesen sei.

---

[242] Siehe zum Nachstehenden *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 9 Rn. 10 ff.; *ders.*, Fallsammlung zum Arbeitsrecht, Klausur Nr. 3, S. 63 ff., 70 ff.
[243] So *Hromadka*, NJW 2018, 7, 9. Auch *Preis* (Individualarbeitsrecht, § 19 Rn. 721, 725) zieht als Kontrollmaßstab für unbillige Weisungen nur den § 106 GewO heran.
[244] *Hromadka*, NJW 2018, 7, 10.

- Das **BAG** hält trotz § 106 GewO an einer entsprechenden Anwendung des § 315 BGB unter Berücksichtigung der Besonderheiten des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts fest.[245] Die Überprüfung einer Weisung habe sich am Maßstab des billigen Ermessens an den zu § 315 BGB entwickelten Grundsätzen zu orientieren. Dies gelte trotz des Umstands, dass mit der Weisung nicht die Leistung des Arbeitgebers bestimmt, sondern die hinsichtlich des Umfangs bereits vertraglich festgelegte Gegenleistung des Arbeitnehmers konkretisiert werde. Folglich verlange die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen gem. **§ 106 S. 1 GewO und § 315 BGB** eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und der Zumutbarkeit.[246] In die Abwägung seien alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen. Dem Gericht obliege nach § 106 GewO, § 315 Abs. 3 S. 1 BGB die Prüfung, ob der Arbeitgeber als Gläubiger die Grenzen seines Bestimmungsrechts beachtet habe.

3. Einzelfragen

- Hat der Arbeitgeber **längere Zeit von seinem Direktionsrecht keinen Gebrauch gemacht**, kann der Arbeitnehmer daraus allein nicht den Schluss ziehen, der Arbeitgeber werde von seinem Weisungsrecht keinen Gebrauch mehr machen.[247] Nur bei Hinzutreten besonderer Umstände, aufgrund derer der Arbeitnehmer darauf vertrauen darf, dass er nicht in anderer Weise eingesetzt werden soll, kann es durch konkludentes Verhalten zu einer vertraglichen Beschränkung der Ausübung des Direktionsrechts kommen.[248]
- Die **mehrjährige Durchführung** eines Arbeitsverhältnisses **nach Maßgabe einer** in der Vergangenheit erteilten **Arbeitsanweisung** hindert den Arbeitgeber nicht, die darin enthaltenen Weisungen mit Wirkung für die Zukunft zu ändern.[249]
- Bei der **Arbeitnehmerüberlassung** übt der Entleiher das arbeitsbezogene Weisungsrecht gegenüber dem Leiharbeitnehmer aus, obwohl formal betrachtet der Verleiher der Arbeitgeber ist. In der Regel wird dem Entleiher durch entsprechende Vereinbarung im Arbeitsvertrag das Weisungsrecht vom Verleiher übertragen.[250] Allerdings ist der Entleiher bei der Ausübung seines Weisungsrechtes durch den Inhalt des Arbeitsvertrages zwischen Verleiher und Arbeitnehmer beschränkt. Widerspricht eine Weisung des Entleihers einer Weisung des Verleihers, geht grundsätzlich die Weisung des Verleihers als Arbeitgeber vor.[251]

---

[245] BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452 Rn. 70 f.
[246] Zum Nachstehenden BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452 Rn. 45, mit Blick auf eine Versetzung; ähnlich BAG v. 23.9.2004 – 6 AZR 567/03, NZA 1995, 359, 361, hinsichtlich der Arbeitszeitverteilung. Siehe dazu ErfK/*Preis*, § 106 GewO Rn. 10 f.
[247] BAG v. 13.11.2013 – 10 AZR 1082/12, AP GewO § 106 Nr. 28, Rn. 36; dazu *Linck*, in: Schaub, ArbR-HdB, § 45 Rn. 16.
[248] So BAG v. 13.6.2012 – 10 AZR 296/11, NJW 2013, 490 Rn. 24.
[249] BAG v. 17.5.2011 – 9 AZR 201/10, NZA-RR 2013, 111: die Nichtgewährung von beweglichen Feiertagen sei zulässig, auch wenn der Arbeitnehmerin solche Feiertage in den Jahren 2000 bis 2008 gewährt wurden. Siehe auch BAG v. 7.12.2000 – 6 AZR 444/99, NZA 2001, 780, 781: Die Anweisung an einen Straßenbahnkontrolleur, die Kontrolltätigkeit am Betriebshof aufzunehmen, sei auch dann wirksam, wenn der Kontrolleur über 14 Jahre hinweg die tägliche Arbeit auf einer anderen Weise begonnen habe. BAG v. 24.4.1996 – 5 AZR 1032/94, PersR1997, 179 = BeckRS 1996: Die Umsetzung einer Angestellten, die bisher als Vorzimmersekretärin tätig war, in den Schreibdienst entspreche billigem Ermessen. Die neue Tätigkeit sei als gleichwertig mit der bisherigen zu bewerten.
[250] Näher dazu Boemke/Lembke/*Boemke*, § 1 AÜG Rn. 32 ff.
[251] *Moll*, in: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 66 Rn. 76.

4. Rechtsfolgen einer Nichtbefolgung

- Im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer Nichtbefolgung von Weisungen muss differenziert werden: Kommt der Arbeitnehmer einer **wirksamen Weisung** nicht nach, liegt darin grds. eine **Pflichtverletzung** i.S.d. § 280 BGB, die in der Regel aufgrund des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung zur Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB führt.[252] Hat der Arbeitnehmer die Nichtleistung zu vertreten, **erlischt der Anspruch auf den Arbeitslohn** gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer die Weisung irrtümlich für unwirksam hält.[253] Der Arbeitnehmer kann sogar zum **Schadensersatz** wegen (teilweise) Nichterfüllung verpflichtet sein (§ 280 BGB), wenn er die Nichterfüllung zu vertreten hat.[254] Ein vorsätzlicher und nachhaltiger Verstoß gegen die Weisungen des Arbeitgebers kann eine **Kündigung** des Arbeitnehmers aus verhaltensbedingten Gründen rechtfertigen.[255] Die geschilderten Fragen werden in Zusammenhang mit den Leistungspflichten bzw. der Kündigung näher behandelt.
- Einer **unzulässigen Weisung** muss der Arbeitnehmer nicht Folge leisten. Weigert sich der Arbeitnehmer, die Leistung nach der – unzulässigen – Weisung des Arbeitgebers zu erbringen und beschäftigt ihn daraufhin der Arbeitgeber nicht, wird die Erfüllung der Arbeitsleistung unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB. Es entfällt damit grundsätzlich auch der Anspruch auf den Arbeitslohn (§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB). Um den Arbeitslohn trotz Nichtleistung beanspruchen zu können, müssen die Voraussetzungen des **Annahmeverzugs** gem. §§ 293 ff. BGB erfüllt sein.[256] Der Arbeitnehmer hat zu verdeutlichen, dass er weiterhin zu den vertraglichen Bedingungen arbeiten möchte; er muss also dem Arbeitgeber die bisher wirksam bestimmte „**alte“ Tätigkeit tatsächlich anbieten** (§ 294 BGB).
- **Vorläufige Bindung an Weisungen?** Inwieweit der Arbeitnehmer an eine – seiner Meinung nach – unzulässige Weisung gebunden ist, ist hoch umstritten. Der 5. Senat des BAG vertrat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2012 die Ansicht, dass der Arbeitnehmer vorläufig an die Weisungen des Arbeitgebers gebunden sei, bis durch ein rechtskräftiges Urteil gem. § 315 Abs. 3 S. 2 BGB die Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung festgestellt werde.[257] Diese Entscheidung fand keine Zustimmung in Rechtsprechung und Literatur.[258] Der 10. Senat des BAG distanzierte sich jüngst von dieser Sichtweise.[259] Hiernach besteht **keine vorläufige Bindung des Arbeitnehmers an unbillige Weisungen**, sofern der Arbeitnehmer diese nicht trotz ihrer Unbilligkeit akzeptiert. Eine solche Bindung ließe sich weder aus § 106 GewO noch aus § 315 BGB ableiten, noch bestünden praktische Gründe hierfür.[260]
- Spricht der Arbeitgeber eine Weisung aus, ist diese nach dem BAG **für ihn als Bestimmungsberechtigten verbindlich**.[261] Befolgt der Arbeitnehmer diese Weisung und erbringt er – unabhängig von einer möglichen Unbilligkeit – seine Arbeitsleistung, wird das Arbeitsverhältnis in derjenigen Art und Weise durchgeführt, die der Arbeitgeber begehrt. Eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, sich gegen unbillige Weisungen zu wehren, besteht nicht, vielmehr kann er diese hinnehmen. Ändert der Arbeitnehmer insoweit seine Auffassung, kann sein Recht zur Geltendmachung der Unbilligkeit – wie jedes andere Recht – verwirken.

---

[252] Siehe etwa *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 214.
[253] *Hromadka/Maschmann*, Individualarbeitsrecht, § 6 Rn. 23.
[254] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 9 Rn. 31.
[255] BAG v. 12.5.2010 – 2 AZR 845/08, NZA 2010, 1348, 1349 f.
[256] Zum Folgenden BAG v. 7.12.2005 – 5 AZR 19/05, NZA 2006, 435 Rn. 15 ff., 18; *Kühn*, NZA 2015, 10, 14.
[257] BAG v. 22.2.2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858.
[258] Siehe BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452 Rn. 61; ablehnend auch *Boemke*, NZA 2013, 6 ff.
[259] BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452 Rn. 63 ff.
[260] BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452 Rn. 78 f.
[261] Zum Nachstehenden BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452 Rn. 79.

- **Akzeptiert der Arbeitnehmer eine nach seiner Ansicht unbillige Weisung nicht und erbringt keine Arbeitsleistung, trägt er nach dem BAG das Risiko, dass ein Gericht im Rahmen der Prüfung nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB seine Einschätzung teilt**.[262] Ist dies nicht der Fall, die Weisung also wirksam, verliert der Arbeitnehmer wie gesehen seinen Vergütungsanspruch. Unter Umständen kann er sogar gekündigt werden. Erzwingen kann der Arbeitgeber die Erbringung der Arbeitsleistung im Hinblick auf § 888 Abs. 3 ZPO aber nicht. **Erweist sich die Weisung hingegen als unbillig, hat der Arbeitgeber – soweit die sonstigen Voraussetzungen vorliegen – nach § 615 i.V.m. § 611 BGB bzw. im Wege des Schadensersatzes die Vergütung zu leisten, ohne einen Nachleistungsanspruch zu haben**.[263]
- Im Schrifttum wird eine Ausnahme von den geschilderten Grundsätzen für **untergeordnete Weisungen** des Arbeitgebers erwogen, die nicht mit wesentlichen Eingriffen in die Privatsphäre des Arbeitnehmers (etwa durch deutlich längere Fahrzeiten) verbunden seien.[264] Zur Sicherung eines geordneten Arbeitsablaufs könne in diesen Fällen die vertragliche Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers aus § 241 Abs. 2 BGB die in § 315 Abs. 3 S. 1 BGB angeordnete Unverbindlichkeit unbilliger Weisungen verdrängen und dazu führen, dass der Arbeitnehmer die erteilte Weisung zunächst auch dann zu erfüllen habe, wenn die Ausübung des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber wegen Unbilligkeit an sich unverbindlich, aber noch nicht gerichtlich festgestellt sei.
- Der Arbeitgeber muss vor Erteilung einer Weisung ggf. die Mitbestimmungsrechte des **Betriebsrats** wahren, etwa bei Fragen der Ordnung des Betriebes gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

Aufbauschema – Ausübung des Direktionsrechts[265]

I. Zuweisung der Tätigkeit
  1. Ausübung des Direktionsrechts durch empfangsbedürftige Willenserklärung
  2. Inhalt der Erklärung (= Auslegung)
II. Wirksamkeit der Weisung (§ 106 GewO)
  1. Weisung vom Arbeitsverhältnis gedeckt
    a) Vertraglicher Umfang der Tätigkeitspflicht
      aa) Art der Tätigkeit
      bb) Ort der Tätigkeit
      cc) Zeit der Tätigkeit
    b) Ggf. Erweiterung durch Versetzungs- oder Umsetzungsklauseln
  2. Mitbestimmung des Betriebsrats als Wirksamkeitsvoraussetzung (vgl. insb. § 87 BetrVG; diese ist Gegenstand des Kollektivarbeitsrechts)
  3. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht
    a) Gesetzliche Grenzen
    b) Vereinbarkeit mit einschlägigen Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen
    c) Billiges Ermessen (§ 106 GewO)
      aa) Interessen des Arbeitgebers
      bb) Interessen des Arbeitnehmers
      cc) Interessenabwägung

[262] BAG v. 14.6.2017 – 10 AZR 330/16 (A), NZA 2017, 1185 Rn. 81, in Abweichung von der einschlägigen Rspr. des 5. Senats.
[263] Zum Vorstehenden BAG v. 14.6.2017 – 10 AZR 330/16 (A), NZA 2017, 1185 Rn. 81, in Abweichung von der einschlägigen Rspr. des 5. Senats.
[264] So *Linck*, in: Schaub, ArbR-HdB, § 45 Rn. 20a.
[265] Siehe *Boemke*, Fallsammlung Arbeitsrecht, Klausur Nr. 6 und Aufbauschema C.

2. Teil: Das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses

§ 5 Die Anbahnung des Arbeitsverhältnisses

I. Vorvertragliche Pflichten – Allgemeines

- Der Arbeitgeber kann nach **neuem Personal** über die Arbeitsvermittlung der Bundesagentur für Arbeit suchen (§§ 35 ff. SGB III), er kann die Dienste privater Arbeitsvermittler in Anspruch nehmen oder einen Personalberater einschalten.[266] Das Stadium der Vertragsanbahnung kann zudem durch eine Stellenausschreibung des Arbeitgebers – wie dies häufig der Fall ist – oder durch eine sog. Initiativbewerbung **eingeleitet** werden.[267] Besonders relevant ist in der Praxis die **Stellenausschreibung** (dazu unter § 6 II.).
- Mit der Aufnahme eines geschäftlichen, auf den Vertragsschluss gerichteten Kontakts entsteht zwischen dem Arbeitgeber und dem Bewerber ein vorvertragliches Schuldverhältnis, das **Anbahnungsverhältnis**. Dies begründet **sekundäre Verhaltenspflichten** (Schutz-, Aufklärungs-, Rücksichtnahmepflichten) und unter weiteren Voraussetzungen auch **Kostenerstattungspflichten**.[268] Demgegenüber begründet das Anbahnungsverhältnis **keine primären Leistungspflichten**, deren Verletzung Schadensersatzansprüche gem. **§ 280 i.V.m. §§ 311 Abs. 2 und 3, 242 Abs. 2 BGB** auslösen könnte.
- **Vorvertragliche Pflichten des Bewerbers:** Der Bewerber muss zulässige Fragen des Arbeitgebers wahrheitsgemäß beantworten. Er muss zudem ungefragt wichtige Umstände offenbaren, die die Leistungserbringung (teilweise oder völlig) unmöglich machen. Verstöße gegen diese Aufklärungspflicht können die **Anfechtung** des nachfolgend geschlossenen Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber gem. § 123 Abs. 1 BGB rechtfertigen. Der Arbeitgeber kann zudem einen **Schadensersatzanspruch** aus § 280 Abs. 1 i.V.m. §§ 311 Abs. 2 und 3, 242 Abs. 2 BGB geltend machen.
- **Vorvertragliche Pflichten des Arbeitgebers:** Nach Treu und Glauben (**§ 242 BGB**) muss der Arbeitgeber diejenigen Umstände darlegen, die für den Abschluss des Arbeitsvertrags aus der Sicht des Verhandlungspartners erkennbar von besonderer Bedeutung sind. Solche Umstände können z.B. die schlechte wirtschaftliche Situation des Unternehmens oder die (noch) fehlende Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung nach § 99 BetrVG sein.[269] Der Arbeitgeber darf auch nicht den unberechtigten Eindruck erwecken, er würde den Bewerber auf jeden Fall einstellen.
- Der Arbeitgeber muss die Privatsphäre der Bewerberin/des Bewerbers respektieren (**allg. Persönlichkeitsrecht**, Art. 2 Abs.1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Er muss auch die Benachteiligungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (**AGG**) einhalten, die gem. § 6 Abs. 1 S. 2 AGG Bewerberinnen und Bewerber schützen.[270]

---

[266] *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht 1, § 5 I.; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 20 S. 252 ff.; *Adomeit/Mohr*, NJW 2007, 1522 ff.
[267] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 146.
[268] Zum Folgenden *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 155 f.; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 85 ff.
[269] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 156.
[270] Näher *Adomeit/Mohr*, AGG, § 6 Rn. 1 ff.

II. Stellenausschreibung

Rechtsprechung: BAG vom 5.2.2004 – 8 AZR 112/03, NZA 2004, 540 ff. BAG vom 19.8.2010 – 8 AZR 530/09, NZA 2010, 1412 ff.

- Eine Stellenausschreibung ist die **Aufforderung**, sich um einen Arbeitsplatz zu bewerben.[271] Anders als im öffentlichen Dienst steht dem Arbeitgeber in der Privatwirtschaft grds. die Entscheidungsfreiheit über das „Ob" und „Wie" der Stellenausschreibung zu. Besteht jedoch ein Betriebsrat, kann er gem. § 93 BetrVG eine innerbetriebliche Stellenausschreibung verlangen.[272]
- Die Stellenausschreibung muss das AGG beachten.[273] Nach § 11 AGG darf ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen das **Benachteiligungsverbot** des § 7 AGG ausgeschrieben werden. Hiernach dürfen Beschäftigte nicht aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität benachteiligt werden. Die Vorschrift bezweckt einen **Vorfeldschutz**, wonach bereits der erste Schritt eines – vom Arbeitgeber initiierten – Bewerbungsverfahrens diskriminierungsfrei erfolgen soll.[274] Eine gegen § 11 AGG verstoßende Stellenanzeige indiziert einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG bei der Einstellungsentscheidung. Aufgrund der indizierten – nicht zwingend tatsächlich erfolgten – Benachteiligung kann ein/e Bewerber/in materielle und immaterielle Schadensersatzansprüche gem. § 15 Abs. 1 und 2 AGG sowie nach den allg. Vorschriften der §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 823 Abs. 1 und 2 BGB geltend machen, sofern er sich subjektiv ernsthaft[275] um die Stelle beworben hat und objektiv geeignet war und der Arbeitgeber sich nicht entlasten kann.[276]

III. Bewerbung und Vorstellung

Zur Bewerbung Literatur: *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2011, § 2 AGG. *Forst*, Bewerberauswahl über soziale Netzwerke im Internet?, NZA 2010, 427 ff.	Rechtsprechung: BAG v. 29.6.1988 – 5 AZR 433/87, NZA 1989, 468 ff.
Zur Vorstellung Literatur: *Boemke*, Die Zulässigkeit der Frage nach Grundwehrdienst und Zivildienst, RdA 2008, 129 ff.	Rechtsprechung: BAG v. 29.6.1988 – 5 AZR 433/87, NZA 1989, 468 ff. BAG v. 21.2.1991– 2 AZR 449/90, NZA 1991, 719 ff.

[271] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 20 S. 252 ff.
[272] § 93 BetrVG begründet jedoch keine generelle Ausschreibungspflicht. Siehe Adomeit/*Mohr*, AGG, § 11 Rn. 44.
[273] Das AGG setzt die unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote um. Dazu *Adomeit/Mohr*, AGG, Einf. Rn. 125 ff.; *dies*. NJW 2007, 2522 ff.
[274] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 11 Rn. 1.
[275] Umstritten ist, inwieweit sog. Scheinbewerber („AGG-Hopper") vom Schutz gegen Diskriminierungen erfasst sind. Damit sind Personen gemeint, die sich um eine Stelle nur mit dem Zweck bewerben, nach Ablehnung ihrer Bewerbung eine Entschädigung wegen unzulässiger Diskriminierung geltend zu machen. Eine nicht überzeugende Ansicht stellt auf das formale Kriterium der Bewerbung ab und sieht den Anwendungsbereich des AGG auch bei Scheinbewerbungen eröffnet (BAG. v. 19.5.2016 – 8 AZR 470/14, NZA 2016, 1394). Nach überzeugenderer – auch vom EuGH bestätigter – Sichtweise sind Scheinbewerber aber keine Bewerber i.S.d. § 6 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 AGG. Demzufolge scheitert die Entschädigungsklage bereits auf der Tatbestandsebene. Vgl. EuGH v. 28.7.2016 – C-423/15, EuZW 2016, 699 Rn. 35 – Kratzer. Siehe zur Problematik EU-ArbR/*Mohr*, RL 2000/78/EG Art. 3 Rn. 10a – 10c.
[276] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 11 Rn. 30.

Däubler, Informationsbedarf versus Persönlichkeitsschutz – was muss, was darf der Arbeitgeber wissen?, NZA 2017, 1481 ff.	BAG v. 6.2.2003– 2 AZR 621/01, NZA 2003, 848 ff. BAG v. 5.10.1995 – 2 AZR 923/94 NZA 1996, 371 ff. BAG v. 6.2.2003 – 2 AZR 621/01, NZA 2003, 848 ff. BAG v. 18.11.2014 – 1 AZR 257/13, NZA 2015, 1548.

Übersicht - Fragerecht des Arbeitgebers[277]

Allg.: Berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers, das die Interessen des Arbeitnehmers überwiegt.

1. Generell zulässige Fragen, insbesondere: qualifikations- und tätigkeitsbezogene Fragen

Bsp.: fachliche Qualifikation, Ausbildung, beruflicher Werdegang, zuletzt ausgeübte Tätigkeit

2. Begrenzt zulässige Fragen

Bsp.: Vorstrafen

3. Generell unzulässige Fragen

Bps.: Schwangerschaft, Schwerbehinderteneigenschaft

1. Fragerecht des Arbeitgebers

- Ein Fragerecht des Arbeitgebers bei der Einstellung besteht insoweit, als der Arbeitgeber ein **berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse** an der Beantwortung seiner Frage im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis hat. Ein solches berechtigtes Interesse ist nur dann gegeben, wenn das Interesse des Arbeitgebers so gewichtig ist, dass dahinter das Interesse des Arbeitnehmers, seine persönlichen Lebensumstände zum Schutz seines Persönlichkeitsrechts und zur Sicherung der Unverletzlichkeit seiner Individualsphäre geheim zu halten, zurückzutreten hat.[278]

Im Einzelnen:

- Zulässig sind nach überzeugender Sichtweise Fragen nach den **persönlichen Angaben einer Bewerberin/eines Bewerbers,** etwa dem Geburtsnamen und Geburtsland, der Wohnanschrift, einer Arbeitserlaubnis sowie dem bisherigen Einkommen.[279]
- Ebenfalls zulässig sind Fragen nach der **fachlichen Qualifikation und dem beruflichen Werdegang** des Bewerbers/der Bewerberin einschließlich früherer Tätigkeiten. Soweit dies für die konkrete Tätigkeit erforderlich ist, kann auch nach den Sprachkenntnissen gefragt werden. Bis auf Ausnahmen darf jedoch nicht die Eigenschaft als „MuttersprachlerIn“ erfragt werden.[280]
- Zulässig ist auch die Frage nach der **Verfügbarkeit** des Bewerbers/der Bewerberin, also dem nächstmöglichen Eintrittstermin bzw. nach der Kündigungsfrist im derzeitigen Arbeitsverhältnis. Der Arbeitgeber darf darüber hinaus nach Art und Umfang möglicher **Nebentätigkeiten** fragen.[281]

[277] *Junker*, Fälle zum Arbeitsrecht, S. 42.
[278] BAG v. 5.10.1995 – 2 AZR 923/94, NZA 1996, 371 f.
[279] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 31.
[280] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 33. Würde etwa ein Bewerber einen schriftlichen Deutsch-Sprachtest bestehen oder akzentfrei deutsch sprechen müssen, obwohl dies für den Arbeitsplatz nicht erforderlich ist, wäre dies eine mittelbare Diskriminierung von Ausländern; vgl. *Mohr*, Anm. zu BAG v. 22.6.2011 – 8 AZR 48/10, NZA 2011, 1226; *Boemke*, JuS 2012, 175.
[281] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 34 f.

- Nur begrenzt zulässig sind Fragen nach den **Vorstrafen** eines Bewerbers/einer Bewerberin. Verurteilungen, die im Bundeszentralregister **getilgt** sind, braucht ein Stellenbewerber auf die pauschale Frage nach dem Vorliegen von Vorstrafen nicht anzugeben.[282] Die Frage nach noch **anhängigen** Straf- oder Ermittlungsverfahren kann allerdings zulässig sein, wenn solche Verfahren Zweifel an der persönlichen Eignung des Arbeitnehmers begründen.[283]
- Fragen nach bestehenden **Krankheiten, nach einer Drogenabhängigkeit und nach Infektionen** sind nur begrenzt zulässig, wenn sie im funktionellen Zusammenhang mit dem einzugehenden Arbeitsverhältnis stehen[284] und keine Diskriminierung wegen einer Behinderung bedeuten. Das BAG sah früher grds. folgende Fragen als zulässig an:[285]
  „Liegt eine Krankheit bzw. Beeinträchtigung vor, durch die die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit auf Dauer oder in wiederkehrenden Abständen eingeschränkt ist?"
  „Liegen ansteckende Krankheiten vor, die zwar nicht die Leistungsfähigkeit beeinträchtigen, aber Kollegen oder Kunden gefährden?"
  „Ist in absehbarer Zeit mit Arbeitsunfähigkeit zu rechnen, z.B. durch Operation, Kur oder akute Erkrankung?"
  Eine **Krankheit** ist als **Behinderung** anzusehen, mit der Folge des Eingreifens des entsprechenden Diskriminierungsverbots gem. § 3 AGG, wenn eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit 1. **auf psychische, geistige oder physische Beeinträchtigungen zurückzuführen** ist und sie 2. **dauerhaft** ein **Hindernis für die Teilnahme am Berufsleben** bildet.[286] Eine Krankheit muss deshalb regelmäßig von langer Dauer („langfristig") sein, damit sie eine Behinderung darstellen kann. Zusätzlich ist ein qualitatives Moment notwendig. Allein die Erfüllung des Zeitmoments macht eine Krankheit noch nicht zur Behinderung.[287]
  Unter Umständen können auch **Gesundheitsuntersuchungen** zulässig sein. **Standarduntersuchungen**, mit denen die gesundheitliche Eignung der Bewerber für eine konkrete Tätigkeit festgestellt werden soll, können in Tarifverträgen vorgesehen sein. Für die Beschäftigung von **Jugendlichen** ist sogar eine ärztliche Untersuchung gem. § 32 JArbSchG geboten. Eine mit der Untersuchung verbundene Offenbarung gesundheitsbezogener und insoweit „sensibler" Daten durch den Arzt an den Arbeitgeber greift in das **allg. Persönlichkeitsrecht** des Bewerbers/der Bewerberin (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Im Interesse eines angemessenen Interessenausgleichs darf der Arzt dem Arbeitgeber deshalb nur mitteilen, ob die/der Bewerberin/er für die in Aussicht genommene Stelle gesundheitlich geeignet ist oder nicht.[288]
  Sehr umstritten ist in diesem Zusammenhang, inwieweit die **Frage nach einer HIV-Infektion** zulässig ist.[289] Da eine solche Frage das allg. Persönlichkeitsrecht stark berührt, dürfte die Frage jedenfalls dann zulässig sein, wenn die angestrebte Berufstätigkeit ein ernsthaftes Ansteckungsrisiko für Dritte birgt (z.B. Arbeiten in einem Krankenhaus, in einer Zahnarztpraxis, in einer Kantine, wo man mit scharfen Gegenständen in Berührung kommt, u.Ä.).
- Ein privater Arbeitgeber darf regelmäßig nicht nach der **Schwangerschaft** einer Bewerberin fragen. Der EuGH vertrat in seiner Entscheidung „Tele Danmark" die Ansicht,

[282] BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1071/12, NZA 2014, 1131 Rn. 27 ff. Das BAG sah im konkreten Fall die Frage nach getilgten oder tilgungsreifen Vorstrafen als unzulässig an, obwohl es um eine Stelle im Justizvollzugsdienst ging.
[283] BAG v. 6.9.2012 – 2 AZR 270/11, NZA 2013, 1087 Rn. 25.
[284] Siehe näher *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 15 S. 186 ff.; MüKoBGB/*Armbrüster*, § 123 BGB Rn. 44.
[285] BAG v. 7.6.1984 – 2 AZR 270/83, NZA 1985, 57.
[286] EUArbR/*Mohr*, RL 2000/78/EG Art. 1 Rn. 36.
[287] EuGH v. 1.12.2016 – C-395/15, BeckRS 2016, 82858 Rn. 58 – Daouidi.
[288] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 15 S. 186 ff.
[289] Zum Fragerecht des Arbeitgebers nach einer HIV-Infektion und Aids-Erkrankung, *Lichtenberg/Schücking*, NZA 1990, 41, 44; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 15 S. 186 ff. Zur Frage, ob eine HIV-Infektion als Behinderung i.S.d. sog. Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG anzusehen ist, EUArbR/*Mohr*, RL 2000/78/EG Art. 1 Rn. 43.

dass eine Frage nach der Schwangerschaft selbst dann unzulässig sei, wenn eine Arbeitnehmerin nur befristet eingestellt werden solle und feststehe, dass sie während der ganzen Vertragslaufzeit nicht arbeiten könne.[290] Die Frage nach der Schwangerschaft ist ein Indiz für eine unzulässige unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts (§§ 7 Abs. 1, 3 Abs. 1 S. 2, 22 AGG). Mit der Frage nach der Schwangerschaft zusammenhängend und ebenfalls unzulässig ist die Frage nach der **Familienplanung**.[291]

- **Frage nach einer Schwerbehinderung**: Das BAG erachtete früher die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft als zulässig, und zwar unabhängig von der konkreten, in Aussicht genommenen Tätigkeit („tätigkeitsneutral").[292] Das BAG begründete dies mit den rechtlichen Pflichten und finanziellen Belastungen, welche eine Schwerbehinderung für den Arbeitgeber mit sich bringe. Seit Inkrafttreten des § 81 Abs. 2 SGB IX (seit dem 1.1.2018: § 164 Abs. 2 SGB IX), wonach schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligt werden dürfen, setzte sich jedoch die Erkenntnis durch, dass **die Frage nach der Schwerbehinderung des Stellenbewerbers grds. unzulässig** ist.[293]
- **Frage nach einer tätigkeitsbezogenen Einschränkung der Leistungsfähigkeit**: Demgegenüber ist dem Arbeitgeber auch unter Geltung des AGG ein **tätigkeitsbezogenes Fragerecht** einzuräumen. Er kann deshalb ausnahmsweise nach konkreten Behinderungen einer/s Bewerberin/s fragen, sofern diese die die Verrichtung der in Rede stehenden Tätigkeit teilweise oder ganz unmöglich machen oder wesentlich beeinträchtigen.[294] Dies lässt sich mit **§ 8 Abs. 1 AGG** begründen, wonach eine unterschiedliche Behandlung wegen eines mit einem § 1 AGG-Merkmal zusammenhängenden Grundes (hier: der mit der Behinderung einhergehenden Tätigkeitseinschränkung) zulässig ist, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Für die Beurteilung, wann eine bestimmte körperliche Funktion bzw. ein bestimmter Gesundheitszustand für die konkrete Tätigkeit erforderlich sind, kann ggf. auf die Rechtsprechung des BAG zur krankheitsbedingten Kündigung zurückgegriffen werden.[295] Danach ist eine Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn die Erkrankung und die daraus resultierenden Fehlzeiten eines Arbeitnehmers erhebliche betriebliche oder wirtschaftliche Interessen des Betriebs tangieren. **Beachte**: da das AGG unionsrechtlich überformt ist, sind die nationalen Regelungen unionsrechtskonform auszulegen.
- Schließlich unterliegt die **Verarbeitung personenbezogener Daten** durch den Arbeitgeber den Anforderungen der – unmittelbar anwendbaren – Verordnung (EU) 2016/679 (sog. **Datenschutz-Grundverordnung** – EU-DSGVO) und des **Bundesdatenschutzgesetzes n.F.** (BDSG),[296] die am 25.5.2018 in Kraft getreten sind und das bisherige BDSG abgelöst haben.[297] Für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes räumt Art. 88 der EU-DSGVO den Mitgliedstaaten weitreichende Regelungsbefugnisse ein, denen insoweit die primäre Zuständigkeit bei der Regelung der Einzelfragen verbleibt.[298] In Anlehnung an diese Vorschrift regelt der deutsche Gesetzgeber in **§ 26 BDSG n.F.** die Anforderungen an die Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses.

---

[290] EuGH v. 4.10.2001 – C-109/00, NJW 2002, 123 – Tele Danmark.
[291] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 39.
[292] Siehe etwa BAG v. 5.10.1995 – 2 AZR 923/94, NZA 1996, 371, 372.
[293] Dazu *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 41. Siehe auch *Boemke*, Fallsammlung Arbeitsrecht, Klausur 1, S. 23 f.
[294] *Adomeit/Mohr*, AGG § 2 Rn. 43; *Boemke*, Fallsammlung Arbeitsrecht, Klausur 1, S. 21 ff.
[295] *Bayreuther*, NZA 2010, 679, 681.
[296] Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU) vom 30. Juni 2017, BGBl. I, S. 2097. Siehe dazu ErfK/*Franzen*, BDSG, Anhang § 26 n.F. Rn. 1 ff.; *Kort*, RdA 2018, 24 ff.
[297] Zu Historie des § 32 BDSG *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 30.
[298] EUArbR/*Franzen*, DS-GVO Art. 1 Rn. 5. Zu einzelnen Auslegungsfragen *Körner*, Wirksamer Beschäftigtendatenschutz im Lichte der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung, HSI-Schriftenreihe, Bd. 18, S. 50 ff.

Personenbezogene Daten von Bewerbern, die gem. § 26 Abs. 7 letzter Satz BDSG n.F. Beschäftigte i.S.d. Gesetzes sind, dürfen nach § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG n.F. vom Arbeitgeber für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, **wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist**. Die Regelung entspricht weitgehend § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG in seiner bisherigen Fassung. Unionsrechtlich bedeutsame Regelungen enthalten insbesondere der Art. 5 EU-DSGVO, der die Grundsätze der Datenverarbeitung regelt, des Weiteren Art. 13 EU-DSGVO zur Informationspflicht des Verantwortlichen bei Erhebung von personenbezogenen Daten, und letztlich Art. 15 EU-DSGVO, der ein umfangreiches Auskunftsrecht der von der Datenerhebung betroffenen Person vorsieht.

2. Auskunftspflicht der Bewerberin/des Bewerbers

- Das Verschweigen nicht erfragter Tatsachen durch eine Bewerberin/einen Bewerber stellt nur dann eine Täuschung dar, wenn hinsichtlich dieser Tatsachen eine **Offenbarungspflicht** besteht. Eine solche Pflicht bezieht sich auf Umstände, die entweder dem Bewerber/der Bewerberin die Erfüllung seiner vorgesehenen arbeitsvertraglichen Leistungspflicht von vornherein unmöglich machen oder für die Eignung für den in Betracht kommenden Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung sind.[299] Eine Offenbarungspflicht hinsichtlich relevanter Vorstrafen kann etwa bei einer Tätigkeit als Arzthelferin bestehen, da hierbei die besondere Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patienten im Vordergrund steht.[300] Ein offenbarungspflichtiger Umstand ist zudem ein einschlägiges Wettbewerbsverbot aus einem früheren Arbeitsverhältnis.[301]

3. Rechtsfolgen bei unrichtiger Antwort der Bewerberin/des Bewerbers

- Gibt der Arbeitnehmer eine unrichtige Antwort auf eine **zulässige Frage**, kann der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag unter den Voraussetzungen des § 123 Abs. 1 BGB wegen arglistiger Täuschung **anfechten** (dazu unter § 6 V.). Er kann zudem **Schadensersatzansprüche** wegen Verschuldens bei den Vertragshandlungen gegen den Arbeitnehmer geltend machen (dazu sogleich). U.U. können auch **deliktische Ansprüche** gem. §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB (Betrug) bestehen. Entsprechendes gilt, wenn der Bewerber eine Aufklärungspflicht nicht erfüllt (siehe oben).
- Auf eine **unzulässige Frage** muss der Bewerber nicht die Wahrheit sagen (unglücklich beschrieben als „**Recht zur Lüge**“ – nach besserer Formulierung ist dies eher eine Art Notwehrrecht).[302] Der Arbeitgeber kann aus diesem Grund **keinen Schadensersatzanspruch** geltend machen. Ebenso wenig kann der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag wirksam anfechten. Eine **Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB scheitert** entweder an der fehlenden Arglist oder (dogmatisch zutreffender) an der fehlenden Widerrechtlichkeit der objektiv vorliegenden Täuschungshandlung des Arbeitnehmers als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 123 Abs. 1 BGB.[303]
- Zum Fragerecht des Arbeitgebers siehe *Boemke*, Fallsammlung Arbeitsrecht, Klausur Nr. 1, S. 13 ff.; *Junker*, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 2, S. 39 ff.

---

[299] BAG v. 6.9.2012 – 2 AZR 270/11, NZA 2013, 1087 Rn. 25; BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1071/12, NZA 2014, 1131 Rn. 30.
[300] *Boemke*, Fallsammlung Arbeitsrecht, Klausur 1, S. 24 f.
[301] Siehe dazu etwa *Gruber*, Standardfälle Arbeitsrecht, Fall 17.
[302] *Preis/Bender*, NZA 2005, 1321, 1322; *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 38.
[303] *Preis/Bender*, NZA 2005, 1321, 1322.

4. Vorstellungskosten

- Der Bewerber kann **Ersatz seiner Vorstellungskosten** beanspruchen, wenn der Arbeitgeber ihn zur Vorstellung aufgefordert und die Kostenerstattung nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat. Sofern der Arbeitgeber keine unmissverständliche Kostenzusage macht, sind die objektiv erforderlichen und bei fehlender objektiver Notwendigkeit diejenigen Aufwendungen erstattungsfähig, die der Arbeitnehmer nach sorgfältiger, den Umständen des Falles gebotener Prüfung für erforderlich halten durfte (§§ 662, 670 BGB).[304] Ersatzfähig sind idR. notwendige **Fahrt-, Verpflegungs- und Übernachtungskosten**.[305] Anhaltspunkte für die Berechnung der ersatzfähigen Aufwendungen bieten insb. die Grundsätze des steuerlichen Reisekostenrechts.[306] Maßgeblich für die Bestimmung der Höhe der ersatzfähigen Kosten ist zudem die Bedeutung der ausgeschriebenen Stelle, wobei die übliche Vergütung als Indikator dienen kann.[307]
- **Fahrtkosten** kann der Bewerber jedenfalls für die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel geltend machen, wobei die preisgünstigste Alternative der 2. Wagenklasse zu ersetzen ist.[308] Danach richtet sich idR. auch die Bestimmung der ersatzfähigen Kosten, wenn der Bewerber seinen PKW benutzt. Flugkosten sind idR. nur dann zu erstatten, wenn der Arbeitgeber die Übernahme vorab zugesagt hat.[309] Der Ersatz von Flugkosten kann nach einer Ansicht auch dann in Frage kommen, wenn es sich um die Besetzung einer Spitzenposition handelt.[310]
- **Übernachtungskosten** sind nur zu ersetzen, wenn dem Stellenbewerber aufgrund des langen Reiseweges oder der schlechten Verkehrsverbindung die Hin- und Rückreise am gleichen Tag nicht zumutbar ist.[311]
- Umstritten ist, ob der Bewerber auch den **Ersatz des Verdienstausfalls** geltend machen kann. Eine hörenswerte Ansicht verneint dies, da der Verdienstausfall keine notwendige Aufwendung i.S.d. § 670 BGB bilde.[312] Nach anderer Ansicht kann der Bewerber den Ersatz des Verdienstausfalls verlangen, sofern er für die Dauer der Freistellung keine Entgeltfortzahlung nach § 616 BGB erhält, und er die zum Zwecke der Vorstellung in Anspruch genommene Freistellung den Umständen nach für erforderlich halten durfte.[313]
- Nach Ausspruch einer **Kündigung** hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gem. § 629 BGB angemessene Freizeit zur Stellensuche zu gewähren. Bei einer Freistellung verliert der Arbeitnehmer gem. § 616 BGB seinen Anspruch auf das Arbeitsentgelt nicht.[314]

---

[304] ErfK/*Müller-Glöge*, § 629 BGB Rn. 14.
[305] BAG v. 14.2.1977 – 5 AZR 171/76, AP BGB § 196 Nr. 8 unter 1. der Gründe.
[306] MüKoBGB/*Henssler*, § 629 BGB Rn. 30 unter Verweis auf LAG München LAGE § 670 Nr. 4.
[307] ErfK/*Müller-Glöge*, § 629 BGB Rn. 14.
[308] MüKoBGB/*Henssler*, § 629 BGB Rn. 31; ErfK/*Müller-Glöge*, § 629 BGB Rn. 14.
[309] ArbG Hamburg v. 2.11.1994 – 13 Ca 24/9, NZA 1995, 428 = BeckRS 1995, 40158.
[310] MüKoBGB/*Henssler*, § 629 BGB Rn. 32.
[311] ErfK/*Müller-Glöge*, § 629 BGB Rn. 14.
[312] MüKoBGB/*Henssler*, § 629 BGB Rn. 35.
[313] ErfK/*Müller-Glöge*, § 629 BGB Rn. 15.
[314] *Junker*, Arbeitsrecht Rn. 148.

§ 6 Die Begründung des Arbeitsverhältnisses

I. Recht auf Arbeit

Literatur:
Bauer, Arbeitsrecht und Recht auf Arbeit, RdA 1983, 137 ff.

Ein **Recht auf Arbeit** im Sinne eines Individualanspruchs auf einen Arbeitsplatz besteht im deutschen Recht **nicht**.[315] Kein solcher Anspruch lässt sich etwa aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 1, 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG herleiten. Die Grundrechte haben – wie gesehen – primär abwehrrechtlichen Charakter. Soweit aus den Grundrechten gewisse Schutzpflichten für die öffentliche Gewalt resultieren, beziehen sich diese allenfalls auf die **gerechte Verteilung öffentlicher Kapazitäten** oder die **Unterstützung bei der Arbeitssuche**. Die letztgenannte Aufgabe erfüllt der Gesetzgeber u. a. durch die in §§ 35 ff. SGB III geregelte Arbeitsvermittlung und die sonstigen Arbeitsfördermaßnahmen.

II. Begründungstatbestände

1. Überblick

- Das Arbeitsverhältnis kommt idR. durch den **Abschluss des Arbeitsvertrags** zustande. In einem der persönlichen Selbstbestimmung verpflichteten Vertragsrecht kann ein Arbeitsvertrag grundsätzlich nicht faktisch durch Eingliederung oder staatliche Zuweisung begründet werden, sondern setzt übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsparteien voraus. Nur im Einzelfall kann ein Arbeitsverhältnis **kraft Gesetzes** (z.B. bei einem Betriebsübergang, § 613a BGB) oder durch **einseitiges Rechtsgeschäft** begründet werden (z.B. Weiterbeschäftigungsverlangen Auszubildender, § 78a BetrVG).
- Nur ausnahmsweise kann die **Eingliederung** in den Betrieb des Arbeitgebers und die Tätigkeit in diesem zur Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften auf die daraus entstehende Rechtsbeziehung führen.[316] So ist z.B. bei der **Arbeitnehmerüberlassung** der Entleiher gem. § 11 Abs. 6 AÜG dazu verpflichtet, die zum Arbeitsschutz des Leiharbeitnehmers erforderlichen Maßnahmen zu veranlassen, obwohl Letzterer nur mit dem Verleiher vertraglich verbunden ist.[317] Auch für die **Mitbestimmung bei Einstellungen nach § 99 Abs. 1 BetrVG** kommt es auf die Eingliederung der Beschäftigten und nicht auf die Natur des Rechtsverhältnisses an, in dem die Personen zum Betriebsinhaber stehen (dazu noch § 6 II. 2. a) cc).[318] Etwaig **auf fehlerhafter Vertragsgrundlage vollzogene Arbeitsverhältnisse** (dazu unter § 6 V.) sind grundsätzlich für die Zeit des tatsächlichen Leistungsvollzugs als wirksam zu behandeln. Die insoweit wichtige Lehre vom „**fehlerhaften Arbeitsverhältnis**“[319] schlug die Brücke zwischen den gegensätzlichen Thesen der früher vertretenen Eingliederungstheorie (*Nikisch*, *Siebert*) und der

[315] Dazu *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 74 f.
[316] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 3 Rn. 1 ff.
[317] Während dem Entleiher die praktische Durchführung der Arbeitsschutzmaßnahmen obliegt, ist der Verleiher zu einer entsprechenden Kontrolle verpflichtet. Siehe ErfK/*Wank*, § 11 AÜG Rn. 22.
[318] BAG v. 13.5.2014 – 1 ABR 50/12, NZA 2014, 1149 Rn. 18.
[319] Vgl. BAG v. 16.2.2000 – 5 AZB 71/99, NZA 2000, 385, 387: „Die Grundsätze über das faktische Arbeitsverhältnis dienen der Regelung der Rechtsfolgen eines übereinstimmend in Vollzug gesetzten Arbeitsvertrags. Ihre Anwendung und damit die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte setzt immer voraus, dass die Arbeit einvernehmlich erbracht worden ist. Erforderlich ist eine zunächst von beiden Parteien gewollte Beschäftigung des Arbeitnehmers“. Diese Voraussetzungen lagen im konkreten Fall der Rechtsklage einer ehemaligen Zwangsarbeiterin nicht vor, weshalb der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a, d bzw. § 5 Abs. 1 ArbGG nicht eröffnet war.

heute allgemein vertretenen Vertragstheorie (*Hueck*), so dass der entsprechende Streit schon seit den 1960er Jahren keine praktische Bedeutung mehr hat.[320]

2. Begründung durch Rechtsgeschäft

a) Vertrag

- Der Arbeitsvertrag kommt durch **übereinstimmende Willenserklärungen** nach den §§ 145 ff. BGB zustande. Die Wirksamkeit der Einigung richtet sich im Ausgangspunkt nach den allgemeinen Regeln, insbesondere über die Rechtsgeschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB), die Form (§§ 125 ff. BGB) und den Inhalt (§§ 134, 138, 305 ff. BGB).
- Die **Abschlussfreiheit** als Ausprägung der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG) unterliegt bei Arbeitsverträgen – wie wir noch sehen werden – engere Schranken als bei anderen Schuldverträgen (dazu unter § 6 III.).

aa) Einigung

- Der **Abschluss des Arbeitsvertrags** erfordert zwei inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen, das Angebot i.S.d. § 145 BGB und die Annahme nach § 151 S. 1, 1. Hs. BGB.[321]
- Die **Stellenausschreibung** ist regelmäßig **kein Angebot** zum Vertragsschluss, sondern lediglich die Aufforderung, sich zu bewerben (invitatio ad offerendum).[322] Ebenso ist die Bewerbung regelmäßig kein Angebot im Rechtssinne. Das Angebot erfolgt zumeist im oder nach dem Bewerbungsgespräch, wenn der Arbeitgeber dem für die Stelle ausgewählten Bewerber den Abschluss des Arbeitsvertrags anbietet.
- Die **notwendigen Vertragsbestandteile des Arbeitsvertrags** (essentialia negotii) ergeben sich aus den §§ 611, 612 BGB (Grundsatz: Vertragsparteien, Leistung, Gegenleistung). Die **Vertragsparteien** (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) müssen darüber einig sein, welche unselbständigen Dienste, d.h. welche **Arbeitsleistung** der Arbeitnehmer zu erbringen hat. Die Arbeitsleistung braucht nicht im Einzelnen vertraglich festgelegt zu werden; sie kann wie gesehen durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers konkretisiert werden (dazu unter § 4 XI.). Der neu eingefügte § 611a BGB ändert daran nichts, da die Norm grds. die bereits in der Rechtsprechung herausgearbeiteten Merkmale für die Unterscheidung eines Arbeitsvertrags von einem „freien" Dienstvertrag niedergelegt hat (dazu bereits § 3 II. 1.). Nicht zwingend erforderlich ist die Vereinbarung einer **Vergütung**.[323] Enthält der Arbeitsvertrag keine entsprechende Abmachung, gilt nach **§ 612 Abs. 1 BGB** eine Vergütung als **stillschweigend (besser: konkludent) vereinbart**, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Die **Höhe** der Vergütung bestimmt sich nach **§ 612 Abs. 2 BGB**. Hiernach ist die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Seit dem 1.1.2015 gilt außerdem der gesetzliche **Mindestlohn** (MiLoG), so dass mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls ein Anspruch auf den Mindestlohn gem. § 1 MiLoG entsteht. Dieser beträgt seit dem 1.1.2020 brutto 9,35 Euro je Zeitstunde.[324]
- Der Arbeitsvertrag kann auch durch die Einschaltung von **Stellvertretern** gem. §§ 164 ff. BGB geschlossen werden.

---

[320] MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 611 BGB Rn. 163.
[321] Zu der Abgabe und dem Zugang von Willenserklärungen *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 10.
[322] Zur invitatio ad offerendum und der Unterscheidung zum vom Angebot ad incertas personas siehe *Säcker/Mohr*, Fallsammlung BGB-AT, Fall 7.
[323] Näher *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht 1, § 7 Rn. 2 ff.
[324] § 1 Abs. 2 MiLoG i.V.m. der Mindestlohnanpassungsverordnung v. 13.11.2018 (BGBl. I, S. 1876).

a. Ist der Arbeitgeber eine **juristische Person**, so wird er durch die nach dem Gesetz und der Satzung bestimmten Organe vertreten, z.B. bei der GmbH durch den Geschäftsführer (§ 35 Abs. 1 GmbH), bei der AG durch den Vorstand oder einzelne Vorstandsmitglieder (§ 78 Abs. 1 bzw. Abs. 3 AktG). Die Vertretung der OHG durch die Gesellschafter bestimmt sich nach § 125 Abs. 1 HGB, für die KG relevant sind § 161 Abs. 2 – der auf die für die OHG geltenden Vorschriften verweist – sowie § 170 HGB.
b. Eine **gesetzliche Vertretung von Minderjährigen** spielt bei **Berufsausbildungsverträgen** eine Rolle. Schließen die gesetzlichen Vertreter mit ihrem Kind selbst einen Berufsausbildungsvertrag, so sind sie gem. § 10 Abs. 3 BBiG von dem Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB befreit.

- In Unternehmen, die idR. mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigen und über einen Betriebsrat verfügen, ist **der Betriebsrat nach § 99 Abs. 1 BetrVG vor jeder Einstellung zu unterrichten**.[325] Der Betriebsrat kann in den Sachverhalten des § 99 Abs. 2 BetrVG die Zustimmung verweigern. In diesem Fall kann der Arbeitgeber gem. § 99 Abs. 4 BetrVG beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung zu ersetzen. Wenn Letzteres nicht geschieht, kann der „Arbeitnehmer" u.U. nach § 280 i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 3 und 241 Abs. 2 BGB individuelle Schadensersatzansprüche gegen den Arbeitgeber geltend machen. Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Arbeitgeber unterlassen hat, den Bewerber iRd. Vorstellungsgesprächs über die noch ausstehende Zustimmung des Betriebsrats zu informieren, und insoweit seine vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt hat (siehe bereits § 5 I.). Mit der Beteiligung des Betriebsrats bei Einstellungen gem. § 99 BetrVG befasst sich die Vorlesung „Materielles Mitbestimmungsrecht".

bb) Wirksamkeit der Einigung

1) Geschäftsfähigkeit

- **Geschäftsunfähige Personen** (§§ 104, 105 BGB) können einen wirksamen Arbeitsvertrag nur über ihren Betreuer als gesetzlichen Vertreter gem. § 1902 BGB schließen. Beschränkt Geschäftsfähige (§ 106 BGB) können einen Arbeitsvertrag nur dann schließen, wenn der gesetzliche Vertreter zustimmt (§§ 107 – 109 BGB).[326] Besondere Regelungen enthalten die §§ 112, 113 BGB.
- **Der minderjährige Arbeitgeber, § 112 BGB**: Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Familiengerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, somit auch für den Abschluss von Arbeitsverträgen (Abs. 1 S. 1).
- **Der minderjährige Arbeitnehmer, § 113 BGB:** Ermächtigt der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen, einen Arbeitsvertrag zu schließen, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche a) die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder b) die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen.

[325] Näher dazu *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 3 Rn. 67.
[326] Für Rechtsgeschäfte von Minderjährigen siehe *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 21.

2) Formwirksamkeit

- Arbeitsverträge sind grds. **formlos** wirksam. Besonderheiten gelten für **befristete Arbeitsverhältnisse**. Nach § 14 Abs. 4 TzBfG bedarf die Befristungsabrede eines Arbeitsvertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform, ansonsten gilt der Arbeitsvertrag gem. § 16 S. 1, 1. Hs. TzBfG als auf unbestimmte Zeit (unbefristet) geschlossen. Formbedürftig ist also nur die Befristungsabrede, nicht der gesamte Arbeitsvertrag.
- Eine schriftliche Niederlegung des Vertragsinhalts verlangen **§ 11 BBiG** bei Ausbildungsverträgen und **§ 11 Abs. 1 AÜG** bei sog. Leiharbeitsverträgen. Hierbei handelt es sich nach h.A. um **deklaratorische Formerfordernisse**, die der Klarstellung und der Beweissicherung dienen.[327] Die Missachtung hat insofern keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags. Die genannten Vorschriften begründen nur einen Anspruch des Auszubildenden bzw. des Leiharbeitnehmers, die zentralen Vertragsbedingungen schriftlich festzulegen. Entsprechendes gilt das nachstehend zu erörternde **Nachweisgesetz**, das ebenfalls deklaratorischen Charakter hat (unter § 6 IV.).
  - Eine Schriftform kann auch in Tarifverträgen vorgesehen werden, die von den – beiderseits tarifgebundenen – Vertragspartnern (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) den schriftlichen Abschluss des Tarifvertrags verlangen. Die Rechtsprechung geht im Interesse der Arbeitnehmer im Zweifel davon aus, dass **tarifvertragliche Formvorschriften** nur deklaratorisch sind.[328] Ist in einem Tarifvertrag ausnahmsweise **konstitutiv** die Schriftform für den Abschluss von Arbeitsverträgen vorgesehen (= Abschlussnorm i.S.d. §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG), so handelt es sich um eine gesetzliche Schriftform i.S.d. **§ 126 BGB**.[329] Der nicht formgerecht geschlossene Arbeitsvertrag ist dann nichtig. Die Nichtigkeit kann grds. jederzeit geltend gemacht werden, sie wirkt aber – anders als nach allg. Grundsätzen – nur für die Zukunft (ex nunc). Für die Vergangenheit ist das wegen Formverstoßes nichtige Arbeitsverhältnis grds. wie ein fehlerfreies Arbeitsverhältnis zu behandeln.
- In der Rechtswirklichkeit sind häufig **arbeitsvertragliche Formvorschriften** vorzufinden, wonach Änderungen oder Ergänzungen des Arbeitsvertrags der Schriftform bedürften. Dabei handelt es sich um eine **durch Rechtsgeschäft bestimmte schriftliche Form i.S.d. § 127 Abs. 1 BGB**. Die Einordnung solcher Formvorschriften als konstitutiv oder deklaratorisch hängt vom Willen der Parteien ab (§§ 133, 157 BGB):[330]

– Soll die Schriftform nur **deklaratorische** Bedeutung haben, sind auch mündliche Änderungen oder Ergänzungen des Arbeitsvertrags wirksam.
– Lässt sich durch Auslegung nicht feststellen, welche Bedeutung die Parteien der in Rede stehenden Formvorschrift beimessen wollten, gilt diese als **konstitutiv**.[331] Dabei ist zu differenzieren zwischen **einfachen Schriftformklauseln** (z.B. „Vertragsänderungen bedürfen der Schriftform“) und **doppelten Schriftformklauseln** (z.B. „Ergänzungen des Arbeitsvertrags bedürfen der Schriftform; die mündliche Abbedingung der Schriftformklausel ist nichtig“).
– Eine **einfache Schriftformklausel** kann auch ohne Einhaltung der Schriftform abbedungen werden.[332] Eine mündliche Vereinbarung wäre als Aufhebung der einfachen Schriftformklausel und somit als wirksam anzusehen. Das gilt, wenn „die Parteien die

[327] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 175.
[328] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 176.
[329] Zum Nachstehenden BAG v. 15.11.1957 – AZR 189/57, NJW 1958, 397 f.
[330] Allg. zur Willenserklärung und ihren subjektiven Merkmalen *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 4 und Fall 11.
[331] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 177.
[332] BAG v. 24.6.2003 – 9 AZR 302/02, NZA 2003, 1145, 1147.

Maßgeblichkeit der mündlichen Vereinbarung übereinstimmend gewollt haben",[333] aber auch dann, „wenn die Parteien bei Abschluss der an sich formbedürftigen Vereinbarung nicht an die Schriftform gedacht haben".[334]

– **Doppelte Schriftformklauseln** bringen zum Ausdruck, dass die Vertragsparteien auf die Wirksamkeit ihrer Schriftformklausel besonderen Wert legen.[335] Eine Nichteinhaltung der Schriftform führt hiernach zur Unwirksamkeit einer Änderungsabrede. Derartige Vertragsklauseln können – anders als einfache Schriftformklauseln – deshalb auch die dauerhafte Übernahme einer Verpflichtung durch eine betriebliche Übung ausschließen.[336] Letzteres ist in der Praxis von großer Bedeutung.

3) Kein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)

- Der Arbeitsvertrag darf nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Nur wenn das Verbot bereits den Abschluss des Arbeitsvertrags adressiert, es sich also um ein **Abschlussverbot** handelt, führt der Verstoß zur Nichtigkeit.[337] Untersagt das Gesetz die tatsächliche Beschäftigung, sofern bestimmte Voraussetzungen nicht erfüllt sind, führt der Verstoß gegen das gesetzliche **Beschäftigungsverbot** nicht zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags. **Beispiel** für ein Abschlussverbot ist § 5 Abs. 1, 7 JArbSchG, der die Beschäftigung von Kindern und der Vollzeitschulpflicht unterliegenden Jugendlichen verbietet. Beispiele von Beschäftigungsverboten sind §§ 18, 29 AufenthaltsG, § 284 Abs. 1 SGB III, welche die Beschäftigung von EU-Ausländern ohne Erlaubnis der Bundesanstalt für Arbeit untersagen (vgl. auch §§ 10 ff. SchwarzArbG). Dasselbe gilt für die in §§ 3 bis 8 MuSchG vorgesehenen Begrenzungen hinsichtlich der Beschäftigung von Schwangeren und Stillenden.
- Nichtig gem. § 134 BGB ist eine sog. **Schwarzgeldabrede**. Dabei handelt es sich um eine Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien, unter Verstoß gegen Strafgesetze die Arbeitsvergütung ganz oder zum Teil ohne Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen zu zahlen.[338] Ein Arbeitgeber, der in Erfüllung einer **Schwarzgeldabrede** Zahlungen an einen Arbeitnehmer leistet, ohne die Sozialversicherungsbeiträge abzuziehen und abzuführen, verwirklicht den Tatbestand des **§ 266a Abs. 1 StGB**. Dadurch werden Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung und zur Bundesanstalt für Arbeit vorenthalten. Darüber hinaus begehen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei Abwicklung einer Schwarzgeldabrede einen Beitragsbetrug nach **§ 263 Abs. 1 StGB** zulasten der Sozialversicherungsträger. Zudem wird der Tatbestand des **§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO** verwirklicht, indem über steuerlich erhebliche Tatsachen, nämlich die Höhe des Einkommens, falsche Angaben gemacht und Steuern verkürzt werden. Schließlich verstoßen die Parteien gegen steuer- und sozialversicherungsrechtliche Meldepflichten (§§ 41a Abs. 1, 41b EStG, § 28a SGB IV).
- Ein Arbeitsvertrag, der vereinbarungsgemäß unter Verletzung der genannten steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Pflichten durchgeführt wird, ist nach einer Ansicht **nicht insgesamt rechtsunwirksam**, **weil diese Pflichten die Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht verhindern sollen.**[339] Die angedrohten Sanktionen sollten allein die Erfüllung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Verpflichtungen sicherstellen. Auf

[333] BAG v. 10.1.1989 – 3 AZR 460/87, NZA 1989, 797.
[334] BAG v. 24.6.2003 – 9 AZR 302/02, NZA 2003, 1145, 1147.
[335] BAG v. 24.6.2003 – 9 AZR 302/02, NZA 2003, 1145.
[336] BAG v. 24.6.2003 – 9 AZR 302/02, NZA 2003, 1145, 1147.
[337] Dazu *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 3 Rn. 52 ff.
[338] Siehe dazu BAG v. 26.2.2003 – 5 AZR 690/01, NZA 2004, 313, 315; dazu *Koch*, in: Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, 22. Auflage 2018, Stichwort: Schwarzarbeit; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 229.
[339] BAG v. 26.2.2003 – 5 AZR 690/01, NZA 2004, 313, 315.

Grund der einvernehmlichen Missachtung des gesetzlichen Gebots sei nicht der gesamte Arbeitsvertrag mit dem Makel des Verbots behaftet. Auch der mit der Abwicklung einer Schwarzgeldabrede verbundene Verstoß gegen Strafgesetze führe nicht zur Nichtigkeit des gesamten Arbeitsvertrags. Dass der Gesetzgeber nicht die gesamte Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags wolle, lasse sich außerdem aus § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV ableiten: Sind hiernach bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht gezahlt worden, gilt ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart. Nach § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV gilt bei einem illegal beschäftigten Arbeitnehmer im Rahmen der Berechnung der nachzufordernden Gesamtsozialversicherungsbeiträge ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart. Diese Fiktion betrifft nur das Sozialversicherungsrecht und führt arbeitsrechtlich zu keiner Nettolohnabrede.[340]

- Im **allgemeinen Zivilrecht** werden Werkverträge mit Schwarzarbeitsabreden als unwirksam angesehen.[341] § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG enthalte das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrags, wenn dieser Regelungen vorsehe, die dazu dienten, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich aufgrund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfülle. Das Verbot führe jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrags, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstoße und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kenne und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutze. Es könne sogar ein zunächst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßender Werkvertrag nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG, § 134 BGB nichtig sein, wenn er nachträglich so abgeändert werde, dass er nunmehr von dem Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfasst werde.
- Die **Nichtigkeitsfolge** des § 134 BGB **erstreckt sich demgegenüber dann auf das gesamte Vertragsverhältnis, wenn die Absicht, Steuern und Sozialversicherungsbeiträge zu hinterziehen, Hauptzweck der Vereinbarung ist**.[342]
- Die Schwarzgeldabrede ist auch nicht nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Verstoßes gegen die guten Sitten insgesamt nichtig, es sei denn, ihr Hauptzweck ist auf die Steuerhinterziehung gerichtet.[343]

4) Kein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB)

- Fallgestaltungen, in denen ein Arbeitsvertrag als Ganzes gegen das Sittenwidrigkeitsgebot des § 138 BGB verstößt, sind selten[344]. Häufiger kann es vorkommen, dass **einzelne Arbeitsbedingungen** gegen die guten Sitten verstoßen.
- Wichtigster Anwendungsfall des § 138 BGB ist die sittenwidrige Vergütungsabrede.[345] Ein **Lohnwucher** i.S.d. **§ 138 Abs. 2 BGB** liegt vor, wenn die Vereinbarung über das Arbeitsentgelt „unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche“ des Bewucherten zustande kam. Ist eine solche Schwächesituation des Arbeitnehmers nicht zu erkennen und ist somit der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB nicht erfüllt, kann die Vereinbarung sittenwidrig i.S.d. **§ 138 Abs. 1 BGB** sein, wenn ein **auffälliges Missverhältnis** von Leistung und Gegenleistung besteht und weitere sittenwidrige Umstände, z.B. eine **verwerfliche Gesinnung** des durch den Vertrag objektiv Begünstigten hinzutreten (**wucherähnliches Rechtsgeschäft**).[346] Zum Mindestlohngesetz siehe sogleich.

---

[340] BAG v. 17.3.2010 - 5 AZR 301/09, NZA 2010, 881.
[341] BGH v. 16.3.2017 – VII ZR 197/16, NJW 2017, 1808.
[342] BAG v. 26.2.2003 – 5 AZR 690/01, NZA 2004, 313, 315.
[343] BAG v. 26.2.2003 – 5 AZR 690/01, NZA 2004, 313, 316.
[344] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 178.
[345] Siehe für Beispiele ErfK/*Preis*, § 612 BGB Rn. 3a, 3b; *Junker*, Arbeitsrecht Rn. 179;
[346] BAG v. 22.4.2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 Rn. 9.

- Für die Prüfung der Sittenwidrigkeit einer Arbeitsvergütung nach § 138 BGB stellt das BAG auf den **objektiven Wert der Leistung** des Arbeitnehmers ab, der im Hinblick auf die üblichen Tariflöhne des jeweiligen Wirtschaftszweigs zu bestimmen ist.[347] Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt stellte das BAG in Fallgestaltungen fest, in denen das Arbeitsentgelt weniger als 2/3 des üblichen Tariflohns betrug.[348] Auch der BGH prüft den Wuchertatbestand des **§ 291 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB** in arbeitsrechtlichen Sachverhalten anhand der 2/3-Grenze.[349] Gibt es keine Tariflöhne, ist der Marktwert der Arbeitsleistung unter Berücksichtigung regionaler und branchenspezifischer Unterschiede durch die Feststellung des üblicherweise gezahlten Entgelts zu ermitteln.[350] Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit sind auch sonstige geldwerte und nicht geldwerte Arbeitsbedingungen zu berücksichtigen, die gerade bei Grenzfällen maßgeblich sein können.[351]
- Anders als nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen gem. **§ 139 BGB** führt die Nichtigkeit der Vereinbarung über das Entgelt (Teilnichtigkeit) regelmäßig nicht zur Nichtigkeit des gesamten Arbeitsvertrags.[352]
- Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB ist ein Anspruch auf die **übliche Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB** unter Zugrundelegung des eventuell bestehenden tariflichen Stundenlohns ohne Zuschläge, Zulagen und Sonderleistungen.[353]
- Der seit dem 1.1.2015 geltende **gesetzliche Mindestlohn** (MiLoG) fängt jedenfalls Fälle von „Niedrigstlöhnen" auf, so dass ein Entgeltwucher im Arbeitsrecht heute eher begrenzte praktische Relevanz hat.[354] Entgeltvereinbarungen, die den gesetzlichen Mindestlohn **unterschreiten** – vorausgesetzt, dass das Arbeitsverhältnis unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt (§ 22 MiLoG) –, sind gem. § 3 S. 1 MiLoG, § 134 BGB unwirksam. Umstritten ist, ob das zu zahlende Arbeitsentgelt der gesetzliche Mindestlohnsatz ist,[355] oder ob weiterhin auf die übliche Vergütung i.S.d. § 612 Abs. 2 BGB zurückzugreifen ist.[356] Für Ersteres spricht der Spezialitätsgrundsatz, für Letzteres der Arbeitnehmerschutz.

cc) Zustimmung des Betriebsrats bei Einstellung (§ 99 BetrVG)

- In Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber gem. § 99 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BetrVG den **Betriebsrat** vor jeder Einstellung zu unterrichten, ihm die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und Auskunft über die Person der Beteiligten zu geben. Der Betriebsrat kann aus einem der in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Gründe **die Zustimmung verweigern**. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist nicht vom Vertragsschluss abhängig, sondern

---

[347] BAG v. 24.3.2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971; BAG v. 18.11.2015 – 5 AZR 814/14, NZA 2016, 494 Rn. 37; siehe zur Problematik *Bayreuther*, NJW 2007, 2022 f.
[348] BAG v. 22.4.2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837. Vgl. auch BAG v. 26.4.2006, NZA 2006, 1354, 1356: eine Arbeitsvergütung für Lehrer an privater Ersatzschule, die die landrechtlich vorgesehene Mindestgrenze von 75% der Vergütung vergleichbarer Lehrkräfte unterschreite, sei sittenwidrig.
[349] BGH v. 22.4.1997 – 1 StR 701/96, NZA 1997, 1167. Anders in Zivilrechtssachen, in denen der BGH erst das Doppelte bzw. die Hälfte des Wertes der Gegenleistung als Indiz für ein besonders grobes Missverhältnis und somit eine zur Sittenwidrigkeit führende Äquivalenzstörung ansieht Siehe dazu MüKoBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 114.
[350] MüKoStGB/*Pananis*, § 291 Rn. 37.
[351] Siehe BAG v. 22.4.2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 Rn. 11 und 19 f.
[352] *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht 1, § 7 Rn. 8.
[353] BAG v. 18.11.2015 – 5 AZR 814/14, NZA 2016, 494 Rn 44.
[354] So auch ErfK/*Preis*, § 612 BGB Rn. 3c.
[355] Der ges. Mindestlohnsatz beträgt seit dem 1.1.2020 brutto 9,35 Euro je Zeitstunde, § 1 Abs. 2 MiLoG i.V.m. der Mindestlohnanpassungsverordnung v. 13.11.2019 (BGBl. I, S. 1876).
[356] Siehe dazu *Pötters/Krause*, NZA 2015, 398 ff.

knüpft an die tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb an.[357] Entscheidend ist insoweit die Zuweisung eines Arbeitsbereichs an den Arbeitnehmer, die die Interessen der Belegschaft berühren könnte.[358] Die Thematik wird iRd. Vorlesung „Materielles Betriebsverfassungsrecht" vertieft behandelt.

b) Ausnahme: Begründung durch einseitiges Rechtsgeschäft

aa) Betriebsverfassungsrechtliches Weiterbeschäftigungsverlangen

- Nach **§§ 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG, 9 Abs. 2 BPersVG** kann ein **Auszubildender**, der Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Betriebsrats, der Bordvertretung, des Seebetriebsrats oder der Personalvertretung ist und vom Arbeitgeber nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen werden soll, innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses die **Weiterbeschäftigung verlangen**. Infolge eines derartigen Weiterbeschäftigungsverlangens kommt zwischen dem Auszubildenden und dem Arbeitgeber im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande. Das Arbeitsverhältnis wird durch ein **einseitiges Rechtsgeschäft** kraft **Gestaltungsrechts** des Auszubildenden begründet.[359] (vgl. dagegen § 24 BBiG „Weiterarbeit", wobei es sich um eine gesetzliche Fiktion handelt.
- Verlangt der Auszubildende **keine Weiterbeschäftigung** oder verlangt er sie nicht fristgerecht und schriftlich (§ 78a Abs. 2 BetrVG), scheidet er mit Ablauf des Ausbildungsverhältnisses bzw. mit Bekanntgabe des Ergebnisses der Abschlussprüfung aus dem Betrieb aus (§ 21 Abs. 1 bzw. 2 BBiG).
- Das Weiterbeschäftigungsverlangen bedarf nach wohl überwiegender Ansicht **nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters** gem. § 113 BGB. Das Einverständnis mit der Berufsausbildung wird regelmäßig zugleich die Zustimmung dazu enthalten, in dem Ausbildungsbetrieb ein Anschlussarbeitsverhältnis in dem erlernten Beruf zu begründen.[360]
- Der **Arbeitgeber** kann die **Auflösung** des Arbeitsverhältnisses beantragen, wenn ihm eine Weiterbeschäftigung nicht zuzumuten ist (§ 78a Abs. 4 Nr. 2 BetrVG).[361]

bb) Betriebsverfassungsrechtlicher Weiterbeschäftigungsanspruch

- Ist das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung des Arbeitgebers beendet worden und hat der Betriebsrat der Kündigung gem. § 102 Abs. 3 BetrVG widersprochen, kann der Arbeitnehmer nach **§ 102 Abs. 5 BetrVG** die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verlangen, bis die Wirksamkeit der Kündigung durch rechtskräftiges Urteil geklärt wird. Hierdurch soll der Arbeitnehmer im Fall seines Obsiegens im Kündigungsschutzprozess auch tatsächlich seinen Arbeitsplatz behalten.[362] Der Arbeitnehmer kann den Beschäftigungsanspruch des § 102 Abs. 5 BetrVG bis zum Ablauf der Kündigungsfrist geltend

[357] BAG v. 13.5.2014 – 1 ABR 50/12, NZA 2014, 1149 Rn. 18.
[358] Dazu *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 3 Rn. 67 ff.
[359] Vgl. dagegen etwa § 24 BBiG, wobei es sich um eine gesetzliche Fiktion handelt. Die Regelung knüpft an die Weiterbeschäftigung ohne ausdrückliche Vereinbarung an und fingiert einen Vertragsabschluss. Auf die subjektive Kenntnis oder die Absichten der Parteien kommt dann nur ausnahmsweise an. Siehe ErfK/*Schlachter*, § 24 BBiG Rn. 3.
[360] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 3 Rn. 35.
[361] *Fitting*, § 78a BetrVG Rn. 26 m.w.N.
[362] Richardi/*Thüsing*, § 102 BetrVG Rn. 210.

machen.[363] Aus dogmatischer Sicht handelt es sich beim **Weiterbeschäftigungsverlangen** um ein **Gestaltungsrecht**.[364] Durch das wirksame Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers als einseitiges Rechtsgeschäft verliert die Kündigung zunächst ihre auflösende Wirkung. Wird die Unwirksamkeit der Kündigung später rechtskräftig festgestellt, setzt sich das bisherige Arbeitsverhältnis unverändert fort.[365] Wird die Kündigungsschutzklage demgegenüber abgewiesen, endet das Arbeitsverhältnis mit der Rechtskraft des Urteils. Das Arbeitsentgelt ist bis zu diesem Zeitpunkt weiterzuzahlen, auch wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht beschäftigt hat.[366] Der Arbeitgeber kann von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung durch einstweilige Verfügung des Arbeitsgerichts nach § 102 Abs. 5 S. 2 BetrVG **entbunden** werden.[367]

- Zum **allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch**, der durch die Rechtsprechung entwickelt worden ist, siehe *Boemke*, Fallsammlung Arbeitsrechts, Klausur Nr. 4, insb. S. 120 f.

3. Begründung kraft Gesetzes

a) Verbotene Arbeitnehmerüberlassung

- Nach § 9 Nr. 1 AÜG sind Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern **unwirksam**, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis hat. Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach § 9 AÜG unwirksam, gilt gem. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen. Dabei handelt es sich um eine in erster Linie dem Schutz des Leiharbeitnehmers dienende **gesetzliche Fiktion**.[368] § 10 Abs. 1 AÜG verknüpft das fingierte Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer mit der fehlenden Erlaubnis des Verleihers bzw. mit dem nichtigen Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer. Die Fiktionswirkung ist **unabdingbar** und tritt unabhängig vom Willen der Parteien ein.[369] Ist der Leiharbeitsvertrag aus anderen Gründen als den in § 9 AÜG genannten unwirksam (z.B. wegen Geschäftsunfähigkeit, mangelnder Vertretungsbefugnis), greift die Fiktion nicht ein. Für den Fall, dass zunächst die Erlaubnis bestand, diese aber später wegfällt, endet gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1, 1. Hs. Alt. 2 AÜG das Leiharbeitsverhältnis. Mit dem Eintritt der Unwirksamkeit entsteht dann nach § 10 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer.[370]

b) Betriebsübergang

Rechtsprechung:
BAG v. 14.8.2007 – 8 AZR 1043/06, NZA 2007, 1431 ff.
BAG v. 26.7.2007 – 8 AZR 769/06, NZA 2008, 112 ff.
EuGH v. 11.7.2018 – C-60/17, NZA 2018, 1053 ff. – Somoza Hermo.

[363] *Fitting*, § 102 BetrVG Rn. 103.
[364] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 3 Rn. 37; Richardi/*Thüsing*, § 102 BetrVG Rn. 213; a.A. *Fitting*, § 102 BetrVG Rn. 103.
[365] Siehe *Boemke*, Fallsammlung Arbeitsrechts, Klausur Nr. 4, insb. S. 119 f.
[366] *Fitting*, § 102 BetrVG Rn. 113.
[367] Siehe dazu etwa Richardi/*Thüsing*, § 102 BetrVG Rn. 253 ff.
[368] Vgl. BGH v. 8.11.1979 – VII ZR 337/78, NJW 1980, 452.
[369] ErfK/*Wank*, § 10 AÜG Rn. 3; Boemke/Lembke/*Lembke*, § 10 AÜG Rn. 22.
[370] ErfK/*Wank*, § 10 AÜG Rn. 6; Boemke/Lembke/*Lembke*, § 10 AÜG Rn. 29.

- Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser gem. **§ 613a Abs. 1 S. 1 BGB** in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Die bestehenden Arbeitsverhältnisse werden somit auf den Erwerber des Betriebs bzw. Betriebsteils übergeleitet.[371] Es handelt es sich um eine **Sonderrechtsnachfolge kraft Gesetzes**, die dem **arbeitsrechtlichen Bestandsschutz** dient.[372] So sind gem. § 613a Abs. 4 BGB Kündigungen unwirksam, die der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber gerade wegen des Betriebsübergangs ausspricht. Den Arbeitnehmern steht gem. § 613a Abs. 5 BGB ein **Widerspruchsrecht** zu.
- Zur Thematik siehe *Gruber*, Standardfälle Arbeitsrecht, 2017, Fall 9.

4. Aufbauschema – Betriebsübergang[373]

I. Voraussetzungen:
1. Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils
a) Betrieb oder Betriebsteil (= Teileinheit, mit der ein organisatorischer Teilzweck verfolgt werden kann) – Abgrenzung:
aa) Betrieb: Wirtschaftliche Einheit (EU-Richtlinie)
bb) Betriebsteil: Abgrenzbare Einheit des Betriebs
2. Übertragung auf neuen Inhaber
a) Wechsel in der Rechtspersönlichkeit des Inhabers
b) Übernahme derjenigen sachlichen, persönlichen und immateriellen Mittel, mit denen der Betrieb bzw. Betriebsteil im Wesentlichen unverändert fortgeführt werden kann
c) Tatsächliche Übernahme der Leitungs- und Organisationsmacht
3. Übergang durch Rechtsgeschäft
a) Kein Übergang durch Gesetz oder Hoheitsakt
b) Keine Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession)
4. Kein Widerspruch des Arbeitnehmers
II. Rechtsfolgen
1. Übergang bestehender Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber kraft Gesetzes (§ 613a Abs. 1 S. 1 BGB → Übergang der Arbeitgeberstellung mit allen Rechten und Pflichten auf den Betriebserwerber)
2. Kollektivrechtliche Folgen nach § 613a Abs. 1 S. 2 – 4 BGB
3. Haftungsrechtliche Folgen nach § 613a Abs. 2, 3 BGB
(gesamtschuldnerische Haftung des Veräußerers und des Erwerbers für die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits entstandenen und fällig gewordenen Verbindlichkeiten gem. § 613a Abs. 2 BGB; Ausnahme in § 613a Abs. 3 BGB)
3. Beschränktes Kündigungsverbot
(Unwirksamkeit einer Kündigung wegen des Betriebsübergangs gem. § 613a Abs. 4 BGB)

[371] Näher dazu *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 3 Rn. 15 ff.
[372] MüKoBGB/*Müller-Glöge* § 613a Rn. 6 f. Aus kollektivarbeitsrechtlicher Sicht ist § 613a BGB insoweit bedeutsam, als er eine gewisse Kontinuität des Betriebsrats und der durch Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge geregelten Arbeitsbedingungen gewährleistet. So gilt im Falle der Gesamtrechtsnachfolge eine Betriebsvereinbarung fort, wenn die Betriebsidentität gewahrt bleibt. Ansonsten gelten § 613a Abs. 1 S. 2 – 4 BGB. Die Gesamtrechtsnachfolge führt grds. auch zum Fortbestehen der Tarifbindung auf Arbeitgeberseite (s. *Müller-Glöge*, a.a.O., Rn 221 f.). Dabei handelt es sich um Fragen des Kollektivarbeitsrechts, die vorliegend nicht vertieft behandelt werden.
[373] In Anlehnung an *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 144; *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 3 Rn. 33.

5. Prüfungsschema – Begründung des Arbeitsverhältnisses[374]

I. Privatrechtliches Rechtsverhältnis

1. Schuldrechtliche Rechtsbeziehung

a) Kraft Gesetz

− Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis (§§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG)

− Betriebsübergang (§ 613a BGB)

b) Kraft Rechtsgeschäfts

aa) Vertrag (§ 611a Abs. 1 BGB)

bb) Einseitiges Rechtsgeschäft

− Weiterbeschäftigungsverlangen Auszubildender (§§ 78a BetrVG, 9 Abs. 2 BPersVG)

− Betriebsverfassungsrechtlicher Weiterbeschäftigungsanspruch (§ 102 Abs. 5 BetrVG)

2. Abgrenzung

a) Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse

− z.B. Beamten, Soldaten, Richter

− anders: Angestellte im öffentlichen Dienst (können Arbeitnehmer sein, sofern sie auf Grundlage eines privatrechtlichen Arbeitsvertrags tätig sind)

b) Sonderstatusverhältnisse

− z.B. Strafgefangene

c) Tätigkeiten auf vereins- oder gesellschaftsrechtlicher Grundlage

d) Familienrechtliche Leistungspflichten (§§ 1360, 1619 BGB)

II. Dienstverhältnis

1. Leistung von Arbeit gegen Entgelt

2. Abgrenzung

a) Unentgeltliche Rechtsbeziehungen, z.B. Auftrag (§§ 662 ff. BGB)

b) Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB)

c) Entgeltliche Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB)

III. Unselbstständige Tätigkeit (= Abgrenzung zum Rechtsverhältnis des Selbstständigen)

1. Legaldefinition des Arbeitsvertrags und somit des Arbeitnehmers gem. § 611a BGB n.F.

− weisungsgebunden, fremdbestimmt und persönlich abhängig (Satz 1) = Abgrenzungsmerkmale des Oberbegriffs der „unselbständiger Arbeit“

− Zentrales Abgrenzungsmerkmal: Weisungsabhängigkeit, in der sich die Fremdbestimmtheit und die persönliche Abhängigkeit niederschlagen.

2. Beurteilungsgrundlage − vertragliche Rechtsbeziehung unter Berücksichtigung der tatsächlichen Handhabung

3. Beurteilungskriterien

a) Positivkriterien

aa) Zeitliche Weisungsgebundenheit

bb) Fachliche Weisungsgebundenheit

b) Negativkriterien

aa) Einsatz von Erfüllungsgehilfen

bb) Eigene Arbeitsorganisation

c) Abgrenzungsunerhebliche Kriterien: wirtschaftliche Abhängigkeit; Art der Dienste; Modalitäten der Entgeltzahlung; sozialversicherungsrechtliche Einordnung

[374] In Anlehnung an *Boemke*, Fallsammlung Arbeitsrecht, S. 349 f.

III. Insbesondere: Schranken der Abschlussfreiheit des Arbeitgebers

Literatur:
Boemke, Privatautonomie im Arbeitsvertragsrecht, NZA 1993, 532 ff.
Hamann, Bewerberauswahl und Arbeitgeberkündigung im Lichte des AGG, Jura 2007, 641 ff.
Kania/Merten, Auswahl und Einstellung von Arbeitnehmern unter Geltung des AGG, ZIP 2007, 8
Müller, Das AGG in der arbeitsrechtlichen Praxis, DÖD 2007, 73 ff.
Adomeit/Mohr, Verantwortung von Unternehmen für diskriminierende Stellenanzeigen durch Dritte, NJW 2007, 2522.

1. Vertragsabschlussfreiheit (§§ 311 Abs. 1 BGB, 105 S. 1 GewO)

a) Grundsatz

- Die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers ist verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG verankert und einfachgesetzlich in § 105 Satz 1 GewO normiert. Nach dem **Grundsatz der Privatautonomie** kann der Arbeitgeber frei entscheiden, ob er überhaupt einen Arbeitsvertrag schließen will. Die Abschlussfreiheit des Arbeitgebers als Ausprägung der Privatautonomie unterliegt jedoch äußeren Schranken, die das Gesetz oder auch Tarifverträge setzen können.[375]

b) Abschlussgebote

- Der Arbeitgeber kann durch sog. **Abschlussgebote**, nach anderer Formulierung Einstellungsgebote, an eine **abstrakt-generelle Pflicht** gebunden sein, eine bestimmte Zahl von Arbeitnehmern zu beschäftigen.[376] Ein **Beispiel** hierfür bildet **§ 154 Abs. 1 SGB IX**: Hiernach haben private und öffentliche Arbeitgeber mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen auf wenigstens **5 Prozent** der Arbeitsplätze **schwerbehinderte** Menschen zu beschäftigen. Hieraus resultieren keine konkreten Einstellungsansprüche von BewerberInnen.
- Auch in Tarifverträgen können Einstellungsgebote in Form von sog. **quantitativen Besetzungsregeln** normiert sein, die etwa die Mindestanzahl der an bestimmten Maschinen zu beschäftigenden Hilfskräfte festlegen.[377] Zweck solcher Besetzungsregeln ist der Schutz der Facharbeiter vor Überforderung und Dequalifikation sowie die Förderung der Arbeitsqualität, dagegen nicht der Schutz vor Arbeitslosigkeit.[378] Eine andere Funktion erfüllen Tarifnormen, die sog. **qualitative Besetzungsregeln** festlegen. Solche Tarifregelungen fungieren als Auswahlregeln und beschränken die nachstehend zu erörternde Partnerwahlfreiheit des Arbeitgebers.[379]

2. Partnerwahlfreiheit (§ 105 S. 1 GewO)

a) Grundsatz

- Der Arbeitgeber unterliegt grds. **keiner generellen Pflicht zur ermessensfreien Bewerberauswahl**. In Ausübung seiner Privatautonomie kann der Arbeitgeber nach selbstbestimmten Kriterien den für die zu besetzende Stelle geeigneten Bewerber/die Bewerberin einstellen. Die Auswahlfreiheit des Arbeitgebers kann jedoch aufgrund gesetzlicher Abschlussverbote, der im AGG normierten Diskriminierungsverbote sowie

[375] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 3 Rn. 41 ff.; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 180 ff.
[376] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 184.
[377] Vgl. BAG 17.6.1999 – 2 AZR 456/98, NZA 1999, 1157; ErfK/*Franzen*, § 1 TVG Rn. 60.
[378] BAG 17.6.1999 – 2 AZR 456/98, NZA 1999, 1157, 1159.
[379] Siehe BAG 22.1.1991 – 1 ABR 19/90, NZA 1991, 675, hinsichtlich einer Tarifregelung, wonach Schriftsetzer und andere Fachkräfte der Druckindustrie vorrangig geeignet für die Tätigkeit des Korrektors seien.

durch verfassungsrechtliche oder betriebsverfassungsrechtliche Auswahlregeln eingeschränkt werden. Dazu im Folgenden:

b) Einschränkungen

aa) Abschlussverbote

- Durch **Abschlussverbote**, nach anderer Formulierung Einstellungshindernisse, wird die rechtliche Möglichkeit des Arbeitgebers eingeschränkt, einen Arbeitsvertrag mit bestimmten Personengruppen zu schließen (z.B. mit Kindern und Jugendlichen, die der Vollzeitschulpflicht unterliegen, §§ 5 Abs. 1, 7 Abs. 1 JArbSchG). Verstößt ein Arbeitsvertrag gegen ein gesetzliches Abschlussverbot, ist er gem. § 134 BGB nichtig.
- Echte Abschlussverbote sind von bloßen **Beschäftigungsverboten abzugrenzen,** die nicht die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags berühren, sondern nur dessen Durchführung hindern (siehe oben § 6 II. 2 a) bb) 3). Beispiele von Beschäftigungsverboten sind § 3 Abs. 2 MuSchG (generelles Beschäftigungsverbot für Schwangere) oder §§ 18, 29 AufenthaltsG (Verbot, Ausländer ohne Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit zu beschäftigen). Inwieweit es sich jeweils um ein Abschluss- oder lediglich um ein Beschäftigungsverbot handelt, ist durch Auslegung der konkreten Regelungen zu ermitteln. Die wohl überwiegenden Vorschriften statuieren lediglich Beschäftigungsverbote.[380]

bb) Diskriminierungsverbote

- §§ 7 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG verbieten **Benachteiligungen** aus einem der in § 1 AGG genannten **Gründe,** konkret wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität, in Bezug auf die **Bedingungen**, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, **für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit**. Das in §§ 1, 2 und 7 AGG normierte Benachteiligungsverbot schützt auch **Bewerber**, wie § 6 Abs. 1 S. 2 AGG klarstellt. Das AGG bezweckt – in Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben – eine Befreiung von Vorurteilen und eine gewisse **Objektivierung von Personalentscheidungen**.[381] Gem. § 8 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Die Einstellungsentscheidung darf somit grds. keines der von § 1 AGG geschützten Merkmale als negativ gewertetes und sachlich nicht zu rechtfertigendes Kriterium enthalten. Allerdings kann die Entscheidung des Arbeitgebers auf sog. weiche Anforderungsmerkmale wie die Teamfähigkeit oder das Kommunikationsvermögen des Bewerbers gestützt werden. Dies sollte jedoch ausreichend dokumentiert werden.
- Der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG begründet **keinen Einstellungsanspruch** des benachteiligten – bestgeeigneten – Bewerbers, wie § 15 Abs. 6 AGG klarstellt. Der benachteiligte Bewerber hat gem. § 15 Abs. 1 AGG jedoch einen Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens, der sich nach den §§ 249 ff. BGB richtet (Naturalrestitution).[382] Dem abgelehnten bestgeeigneten Bewerber wird neben den Bewerbungskosten ein Anspruch auf entgangenes Arbeitsentgelt zugesprochen,

[380] *Junker*, Arbeitsrecht Rn. 183.
[381] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 62.
[382] Näher dazu *Adomeit/Mohr*, AGG, § 15 Rn. 32 ff.

wobei dieser zumeist auf den ersten hypothetischen Kündigungstermin begrenzt wird.[383] Unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 AGG kann der benachteiligte Bewerber zudem ein Anspruch auf immaterielle Entschädigung iSd. § 253 BGB für den durch den Eingriff in das allg. Persönlichkeitsrecht ausgelösten immateriellen Schaden geltend machen.[384] Für den nicht bestqualifizierten Bewerber, der also auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, ist die Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 S. 2 AGG auf drei Monatsgehälter beschränkt.

- Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nach § 15 Abs. 1 AGG bzw. einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG kann sich unter Umständen als rechtsmissbräuchlich iSd. § 242 BGB erweisen (**sog. AGG-Hopping**).[385] Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich aufgrund einer objektiven Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls ergibt, dass der Bewerber die Absage ausschließlich deshalb provoziert hat, um einen Anspruch aus § 15 Abs. 1, 2 AGG zu erhalten.[386] Indizien für einen Rechtsmissbrauch können sein: Evidente Fehlqualifikation für die fragliche Position,[387] ein anderweitig ungekündigtes Arbeitsverhältnis mit hoher Vergütung[388] oder ein Bewerbungsschreiben, das eine Ablehnung geradezu provoziert.[389]

cc) Auswahlregeln

(1) Art. 33 Abs. 2 GG

- Soweit es um die Einstellung **im öffentlichen Dienst** geht, trifft **Art. 33 Abs. 2 GG** eine das Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes gem. Art. 12 Abs. 1 GG ergänzende Regelung.[390] Hiernach hat jeder Deutsche nach seiner **Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung** gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter i.S. des Art. 33 Abs. 2 GG sind sowohl Beamtenstellen als auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können.[391] Die Norm dient – in der Diktion des BAG – zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes, bei denen fachliches Niveau und rechtliche Integrität gewährleistet werden sollen.[392] Zum anderen trägt sie dem berechtigten Interesse des Bewerbers an seinem beruflichen Fortkommen Rechnung.
- Verletzt der öffentliche Arbeitgeber bei seiner Entscheidung über die Bewerbung die Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG, kann der zu Unrecht übergangene Bewerber verlangen, dass seine Bewerbung neu beurteilt wird.[393] Aus Art. 33 Abs. 2 GG könne sich ein **Einstellungsanspruch** jedoch nur ausnahmsweise ergeben, wenn sämtliche Einstellungsvoraussetzungen in der Person des Bewerbers erfüllt seien und dessen Einstellung die einzig rechtmäßige Entscheidung der Behörde sei, weil sich jede andere Entscheidung als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellen würde.[394]

(2) Auswahlrichtlinien nach § 95 Abs. 1 und 2 BetrVG

---

[383] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 15 Rn. 38.
[384] Im Einzelnen *Adomeit/Mohr*, AGG, § 15 Rn. 62 ff., mit Bsp. Rn. 71.
[385] *Zundel*, NJW 2020, 131, 135.
[386] BAG v. 25.10.2018 – 8 AZR 562/16, NZA 2019, 527.
[387] BAG v. 27.04.2000 – 8 AZR 295/99, BeckRS 2000, 30784566.
[388] LAG Rheinland-Pfalz v. 11.01.2008 – 6 Sa 522/07, NZA-RR 2008, 343.
[389] BAG v. 19.12.2018 – 7 AZR 70/17, NZA 2019, 527.
[390] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 85.
[391] BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 277/08, NZA 2009, 901 Rn. 15.
[392] BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 277/08, NZA 2009, 901 Rn. 15.
[393] BAG v. 27.7.2005 – 7 AZR 508/04, NZA 2005, 1243, 1245.
[394] BAG v. 27.7.2005 – 7 AZR 508/04, NZA 2005, 1243, 1245; v. 24.3.2009 – 9 AZR 277/08, NZA 2009, 901 Rn. 14.

- Die Auswahlfreiheit des Arbeitgebers bei Einstellungen kann durch Richtlinien eingeschränkt werden, die bestimmte Entscheidungskriterien festlegen. **Auswahlrichtlinien** Grundsätze, die zu berücksichtigen sind bei beabsichtigten personellen Einzelmaßnahmen.[395] Nach **§ 95 Abs. 1 S. 1 BetrVG** bedürfen Richtlinien über die Personalauswahl bei Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrats. **§ 95 Abs. 2 BetrVG** sieht zudem in Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern ein Initiativrecht über die zu beachtenden fachlichen und personellen Voraussetzungen und sozialen Gesichtspunkte vor. Die notwendige Bewertung wird in der Praxis regelmäßig durch ein sog. **Punktesystem** vorgenommen.[396] Derartige Punktesysteme finden sich in der Praxis auch bei der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen gem. § 1 Abs. 3 KSchG.

(3) Frauenquoten

- Gesetzliche Quotenregelungen, die weibliche Bewerber einen unbedingten Vorrang gegenüber ihren männlichen Mitbewerbern einräumen (**sog. harte Quoten**) und somit eine starre Ergebnisgleichheit bezwecken oder bewirken, sind nach der Rechtsprechung des EuGH unionsrechtlich unzulässig, da derartige Regelungen mit dem Grundgedanken eines Schutzes aller Menschen vor Diskriminierungen nicht vereinbar sind.[397] Zulässig ist aber eine Quotenregelung zugunsten von Frauen, wenn es den männlichen Bewerbern aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles möglich ist, sich im Wege eines objektiven Verfahrens gegen die weiblichen Bewerber durchzusetzen (**sog. weiche Quote**).[398] Auch bei einer derart weichen Quotenregelung ist aber iRd. Einzelfallbeurteilung sicherzustellen, dass die herangezogenen Kriterien nicht ihrerseits eine Diskriminierung wegen des Geschlechts bewirken.[399] Nicht statthaft ist auch eine Beförderung von weiblichen Bewerbern, die wesentlich geringer qualifiziert sind als ihre männlichen Mitbewerber, um dadurch den Anteil des bisher unterrepräsentierten Geschlechts zu erhöhen.[400]

dd) Einstellungsansprüche

- Einstellungsansprüche **konkreter Personen**, die auf einen Kontrahierungszwang für den Arbeitgeber hinauslaufen, können auf der Verfassung, dem Gesetz, einem Tarif- oder Arbeitsvertrag beruhen.[401]
- Ein Einstellungsanspruch kann sich ausnahmsweise aus **Art. 33 Abs. 2 GG** ergeben, wenn sämtliche Einstellungsvoraussetzungen in der Person des im Bewerbungsverfahren unterlegenen Bewerbers erfüllt sind und dessen Einstellung die einzig rechtmäßige Entscheidung der Behörde ist (siehe oben).
- Als Einstellungsanspruch fungiert die bereits erörterte Regelung des **§ 78a BetrVG** (siehe § 6 II. 2. b) aa), die den Mitgliedern der Jugend- und Auszubildendenvertretung im Betrieb die Möglichkeit einräumt, im Anschluss an die Ausbildung durch Erklärung

[395] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 80.
[396] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 79.
[397] EuGH v. 17.10.1995 – C-450/93, NJW 1995, 3109 Rn. 23 – Kalanke; zur Problematik EUArbR/*Mohr*, Art. 23 GRC Rn. 17 ff.; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 22 Rn. 884 f.
[398] Vgl. EuGH v. 11.11.1997 – C-409/95, EuZW 1997, 756 Rn. 33 – Marschall.
[399] EUArbR/*Mohr*, Art. 23 GRC Rn. 17.
[400] EuGH v. 6.7.2000 – C-407/98, NJW 2000, 2653 Rn. 62 – Abrahamson.
[401] Näher dazu *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 22 Rn. 879 ff.; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 185 f.

ihres Weiterbeschäftigungsverlangens (= Gestaltungsrecht) einen Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit zustande zu bringen (= Begründung des Arbeitsverhältnisses durch einseitiges Rechtsgeschäft).

- Ein unmittelbarer Einstellungsanspruch kann zudem aus **sog. Wiedereinstellungsklauseln in Tarifverträgen** resultieren, wonach etwa Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse im Rahmen eines Arbeitskampfes beendet wurden, wieder einzustellen sind.[402]
- Einstellungsansprüche können außerdem auf **vertraglicher Grundlage** beruhen, etwa der ausdrücklichen Vereinbarung eines **Rückkehrrechts** zugunsten des zu einem anderen Arbeitgeber wechselnden Arbeitnehmers.[403] Ein vergleichbarer Anspruch kann außerdem aufgrund besonderer Umstände entstehen, die ein **schutzwürdiges Vertrauen** des Arbeitnehmers hinsichtlich seiner Wiedereinstellung erzeugen. So kann z.B. ein Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach der wirksamen Beendigung eines befristeten Arbeitsvertrags durch Erklärungen oder Verhaltensweisen des Arbeitgebers begründet werden, die als Zusage zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auszulegen sind.[404]

IV. Nachweis (§ 2 Abs. 1 NachwG)

Literatur:	Rechtsprechung:
Boudon, Ulrich, Arbeitsvertragsschluss und Nachweisgesetz, ArbRB 2006, 155 ff. *Medla/Hoß*, Das Nachweisgesetz, ArbRB 2002, 336 ff. *Melms/Weck*, Rechtsprechungsübersicht zum Nachweisgesetz, RdA 2006, 171 ff. *Müller-Glöge*, Zur Umsetzung der Nachweisrichtlinie in nationales Recht, RdA 2001, Sonderbeilage zu Heft 5, 46 ff.	BAG v. 5.11.2003 – 5 AZR 676/02, NZA 2005, 64 ff. BAG v. 17.4.2002 – 5 AZR 89/01, NZA 2002, 1096 ff.

- Das Nachweisgesetz von 1995, das die Richtlinie 91/533/EWG ins deutsche Recht umsetzte, sieht in seinem § 2 eine **Nachweispflicht** des Arbeitgebers vor. Dieser hat spätestens einen Monat nach dem Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen, in § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 10 NachwG genannten Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen. § 2 Abs. 1 NachwG letzter Satz schließt die elektronische Form aus. Es handelt sich um ein **deklaratorisches Formerfordernis** (siehe oben § 6 II. 2. a) aa). Eine Verletzung der Nachweispflicht gem. § 2 NachwG führt nicht gem. § 242 BGB zur Unanwendbarkeit vereinbarter Vertragsbedingungen.[405] Erfüllt der Arbeitgeber seine Nachweispflicht nicht, kann der Arbeitnehmer aber ggf. **Schadensersatzansprüche** gegen ihn geltend machen. Ist bspw. ein Entgeltanspruch wegen einer tariflichen Ausschlussfrist verfallen (siehe dazu noch § 8), weil der Arbeitnehmer wegen des unterbliebenen Hinweises auf den Tarifvertrag (§ 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 NachwG) keine Kenntnis von der Ausschlussfrist hatte, muss der Arbeitnehmer nach den §§ 280, 286 BGB so gestellt werden, als wäre der Anspruch nicht verfallen (Naturalrestitution).[406]

[402] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 22 Rn. 888.
[403] Vgl. BAG v. 15.10.2013 – 9 AZR 572/12, NZA-RR 2014, 119 Rn. 22 ff.
[404] BAG v. 13.8.2008 – 7 AZR 513/07, NZA 2009, 27 Rn. 18.
[405] BAG v. 5.11.2003 – 5 AZR 676/02, NZA 2005, 64.
[406] Siehe BAG v. 5.11.2003 – 5 AZR 676/02, NZA 2005, 64 f. Es muss demgegenüber nicht gesondert auf tarifliche Ausschlussfristen hingewiesen werden. Allg. zur Naturalrestitution siehe *Mohr*, Jura 2010, 645, 649 ff. Zu den Ausschlussfristen siehe noch § 7 I. 3. b).

V. Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis

Literatur:	Rechtsprechung:
Joussen, Der Vertrauensschutz im fehlerhaften Arbeitsverhältnis, NZA 2006, 963 ff. *Walker*, Der Vollzug des Arbeitsverhältnisses ohne wirksamen Arbeitsvertrag, JA 1985, 138 ff.	BAG v. 5.12.1957, AP Nr. 2 zu § 123 BGB unter I mit Anm. *Hueck* = JZ 1958, 511 ff. BAG v. 10.2.1968, AP Nr. 2 zu § 119 BGB unter II 2 mit Anm. *Hueck* = NJW 1968, 1444 ff. BAG v. 7.6.1972, AP Nr. 18 zu § 611 BGB Faktisches Arbeitsverhältnis unter 2 = BB 1973, 291 ff. BAG v. 3.12.1998 – 2 AZR 754/97, NZA 1999, 584 ff. BAG v 3.11.2004 – 5 AZR 592/03, NZA 2005, 1409 ff. BAG v. 27.7.2010 – 3 AZR 317/08 - BB 2011, 572 ff.

1. Begriff und Ursachen

a) Begriff

- Der Begriff des „fehlerhaften" oder „faktischen" Arbeitsverhältnisses erfasst Fallgestaltungen, in denen ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einvernehmlich **vollzogen** wird, hierfür aber keine Rechtsgrundlage, insbesondere **kein wirksamer Arbeitsvertrag** besteht.

b) Ursachen

- Ein Arbeitsvertrag kann aufgrund gravierender Mängel **nichtig** sein. Damit ist die Nichtigkeit im Ganzen gemeint, nicht die bloße Teilnichtigkeit einzelner Arbeitsvertragsbedingungen (siehe § 6 II. 2. a) bb).
- **Nichtigkeitsgründe** sind insbesondere:[407]

- Geschäftsunfähigkeit (§§ 104 f. BGB); beschränkte Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers bzw. Arbeitnehmers, wenn die gesetzlichen Vertreter dem Abschluss des Arbeitsvertrags nicht zugestimmt haben (§ 106, §§ 112 f. BGB);
- Verstoß gegen eine konstitutive Formvorschrift (§ 125 BGB);
- Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB);
- versteckter Dissens (§ 155 BGB);
- Vertragsschluss durch Vertreter ohne Vertretungsmacht (§§ 177 Abs. 1, 179 Abs. 1 BGB).

- Zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags kann auch die **Anfechtung** nach den **§§ 119 ff. BGB** führen. Eine wirksame Anfechtung setzt voraus, dass ein **Anfechtungsgrund** besteht, eine **Anfechtungserklärung** (§ 143 BGB) innerhalb der **Anfechtungsfrist** abgegeben wurde (§§ 121, 124 BGB) und kein Ausschlussgrund eingreift, insbesondere wegen Bestätigung des Rechtsgeschäfts (§ 144 Abs. 1 BGB) oder wenn die Anfechtung gegen Treu und Glauben verstößt (§ 242 BGB).
- **Anfechtungsgründe** sind:

- ein Inhalts- oder Erklärungsirrtum (§ 119 Abs. 1, Alt. 1 bzw. Alt. 2);
- ein Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften (§ 119 Abs. 2 BGB);

[407] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 3 Rn. 76 ff.

- arglistige Täuschung oder Drohung (§ 123 Abs. 1 BGB).

Für die arbeitsrechtliche Praxis relevant sind insbesondere die Anfechtung wegen **arglistiger Täuschung** (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB) und die **Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums** (§ 119 Abs. 2 BGB), worauf nachfolgend eingegangen wird.[408] Fragen der Anfechtung können sich im Rahmen einer Klausur insbesondere in Zusammenhang mit dem Fragerecht des Arbeitgebers stellen.[409]

2. Insbesondere: Anfechtung des Arbeitsvertrags

a) Wegen arglistiger Täuschung

- Der Arbeitgeber kann den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung durch den Arbeitnehmer gem. § 123 Abs. Alt. 1 BGB anfechten. Die Anfechtung setzt voraus:

1) Täuschung: Eine Täuschung ist die vorsätzliche, d.h. gewollte Erzeugung, Bestärkung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums beim Erklärenden, um dadurch dessen Entschluss zu beeinflussen.[410] Die Täuschung kann nicht nur durch positives Tun des Arbeitnehmers begangen werden, etwa durch die wahrheitswidrige Antwort auf eine zulässige Frage des Arbeitgebers nach der beruflichen Qualifikation des Bewerbers (siehe bereits § 5 III. 1.). Zur Täuschung kann auch das Unterlassen führen, etwa den Arbeitgeber iRd. Bewerbungsgesprächs über besondere, eine Offenbarungspflicht begründende Umstände zu informieren, z.B. über eine Behinderung, die die Durchführung der konkreten Tätigkeit erheblich erschwert oder unmöglich macht (siehe § 5 III. 2.).

2) Widerrechtlichkeit der Täuschung: Die Täuschung muss nach h. A. widerrechtlich gewesen sein. Zwar statuiert § 123 Abs. 1 BGB das Erfordernis der Widerrechtlichkeit nur in Zusammenhang mit der Drohung gem. § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB. Dieses gilt allerdings als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal auch für die Täuschung i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB.[411] Die Täuschung ist rechtswidrig, wenn der Arbeitgeber kein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung einer Frage im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis und seine Durchführung hat.[412] Das betriebliche Interesse des Arbeitgebers muss so gewichtig sein, dass es das Interesse des Bewerbers an der Geheimhaltung seiner privaten Lebensumstände zum Schutz seines Persönlichkeitsrechts und der Unverletzlichkeit seiner Individualsphäre zurückdrängt. Eine Frage muss insofern erheblich für die Beurteilung der Fähigkeit sein, die angebotene Tätigkeit zu verrichten. Maßgeblich ist die Eigenart des jeweiligen Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung, der gesetzlichen Wertentscheidungen und u.U. auch des zeitlichen Zusammenhangs. Relevant ist ebenfalls, ob eine Tätigkeit des Bewerbers Kollegen oder Dritte gefährden würde (z.B. Einstellung einer HIV-infizierten Person als Zahnarzthelfer). Demgegenüber muss der Bewerber nicht die Wahrheit auf eine unzulässige Frage sagen (siehe dazu § 5 III. 1.).

3) Kausalität der Täuschung: Die Täuschung muss für die Abgabe der Willenserklärung (mit-)ursächlich geworden sein („bestimmt“).[413] Sie muss also nicht nur einen Irrtum hervorgerufen haben, sondern den Getäuschten auch dazu veranlasst haben, den Vertrag zu schließen (sog. doppelte Kausalität). Dies ist etwa der Fall, wenn der Arbeitgeber

---

[408] Zur Abgrenzung zwischen Inhaltsirrtum (Art. 119 Abs. 1 BGB) und Eigenschaftsirrtum (Art. 119 Abs. 2 BGB) siehe *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 12, S. 170 – 174.
[409] *Boemke*, Fallsammlung Arbeitsrecht, Klausur Nr. 1; *Junker*, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 2.
[410] *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 17, S. 256.
[411] *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 17, S. 259.
[412] Zum Nachstehenden *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 27.
[413] *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 17, S. 259.

ohne die Täuschung über die beruflichen Qualifikationen des Bewerbers seine Willenserklärung in Form eines Angebots zum Abschluss des Arbeitsvertrags nicht oder mit anderem Inhalt (z.B. einer niedrigeren Vergütung) abgegeben hätte.

4) Arglist: Arglist i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB bedeutet Vorsatz, der sich auf die Täuschung, die Irrtumserregung und die doppelte Kausalität beziehen muss.[414] Dabei ist ein bedingter Vorsatz ausreichend, demgegenüber nicht die bloße Fahrlässigkeit. Bei einer Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Umstands handelt der Bewerber arglistig, wenn er weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Umstand nicht kennt und bei Offenbarung den Arbeitsvertrag nicht oder nicht mit dem konkreten Inhalt geschlossen hätte.

b) **Wegen Irrtums**

- Die Anfechtung des Arbeitsvertrags kann zudem gem. § 119 Abs. 1 und 2 BGB wegen Irrtums erfolgen. Dabei ist zunächst zwischen dem sog. **Inhaltsirrtum** (§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB) und dem **Erklärungsirrtum** zu differenzieren (§ 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB). Ein Inhaltsirrtum liegt vor, wenn der Wille und die Vorstellung über das Erklärte und dessen rechtlich maßgebliche Bedeutung auseinanderfallen.[415] Ausschlaggebend hierfür ist, ob das nach §§ 133, 157 BGB objektiv Erklärte mit demjenigen übereinstimmt, was der Erklärende erklären wollte. Beim Inhaltsirrtum entspricht also das äußere Bild der Willenserklärung der Intention des Erklärenden. Die Bedeutung, die der Erklärung vom Empfängerhorizont aus objektiv beizumessen ist, weicht jedoch vom Willen des Erklärenden ab. In Abgrenzung zum Inhaltsirrtum liegt der Erklärungsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB im Erklärungsakt, bspw., wenn der Erklärende sich versprochen oder verschrieben hat.
- In Zusammenhang mit dem Fragerecht des Arbeitgebers ist insbesondere die Fallgestaltung des sog. **Eigenschaftsirrtums gem. § 119 Abs. 2 BGB** relevant. Beim Eigenschaftsirrtum hat der Erklärende aus der Sicht eines verständigen Erklärungsempfängers genau das erklärt, was er erklären wollte. Der Erklärende hat sich jedoch bei der Bildung seines Willens von falschen Vorstellungen leiten lassen. Dieser Irrtum berechtigt gem. § 119 Abs. 2 BGB nur dann zur Anfechtung, wenn es sich um eine „verkehrswesentliche“ Eigenschaft handelt.[416] Im arbeitsrechtlichen Kontext können als verkehrswesentliche Eigenschaften i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB nur Fähigkeiten bzw. Umstände betrachtet werden, von denen der Arbeitgeber die Einstellung für die konkrete Stelle abhängig machen und nach denen er dementsprechend iRd. Bewerbungsgesprächs fragen darf (siehe oben § 5 III. 1.).[417] Der Arbeitgeber darf nur solche Daten erfragen, die er seiner Auswahlentscheidung zugrunde legen darf. „Lügt“ eine Bewerberin auf die unzulässige Frage des Arbeitgebers nach der Schwangerschaft, kann Letzterer deshalb nicht den Arbeitsvertrag wegen Irrtums i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB anfechten.

[414] *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 17, S. 259 f.
[415] *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 12, S. 171 f.
[416] *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 12, S. 172 f.
[417] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 27 f.

3. Rechtsfolgen

a) Vor Vollzug

- Ist das Arbeitsverhältnis noch nicht in Vollzug gesetzt, hat der Arbeitnehmer also noch keine Arbeit geleistet, wirken die Nichtigkeit bzw. die Anfechtung nach allg. zivilrechtlichen Grundsätzen zurück (ex tunc). Aus dem (per se) nichtigen oder angefochtenen Arbeitsvertrag entstehen **keine wirksamen Hauptleistungspflichten**. Es besteht somit weder eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung noch eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung der Vergütung. Etwaige ausgetauschte Leistungen, z.B. ein Vorschuss auf die Arbeitsvergütung, sind nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln (§§ 812 ff. BGB).[418]

b) Nach Vollzug

- Ein bereits in Vollzug gesetztes Arbeitsverhältnis kann grds. nicht rückwirkend – wie andere Verträge – beseitigt werden, sondern wird es nach ganz überwiegender Ansicht nur **für die Zukunft aufgelöst** (ex nunc). Da der Arbeitsvertrag ein Dauerschuldverhältnis ist, aus dem eine Vielzahl von Rechten und Pflichten resultieren, wäre eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung infolge einer Irrtumsanfechtung problematisch. Hierdurch könnte der Arbeitnehmerschutz beeinträchtigt werden. Der unwirksame oder angefochtene Arbeitsvertrag wird deshalb nach der bereits angesprochenen Lehre des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses **für die Vergangenheit als wirksam** behandelt.[419]
- Für die Zukunft kann das fehlerhafte Arbeitsverhältnis von jeder Partei zu jeder Zeit durch entsprechende Erklärung beendet werden **(„Lossagung“)**.[420]
- Etwas anderes ist in Fallgestaltungen der **arglistigen Täuschung** und **widerrechtlichen Drohung** durch einen Bewerber zu erwägen, da Letzterer hier nicht schutzwürdig erscheint. Dies gilt jedenfalls in Fallgestaltungen, in denen die Arbeit nicht geleistet wurde, etwa aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Ficht etwa der Arbeitgeber **im Anschluss an eine Arbeitsunfähigkeit** des Arbeitnehmers den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung wirksam an und verweigert die Entgeltfortzahlung, besteht kein Grund, von der **Regelfolge einer rückwirkenden Anfechtung** (§ 142 BGB) abzuweichen.[421] In solchen Fallgestaltungen bestehen weder die Probleme der Rückabwicklung noch ein schutzwürdiges Interesse des Arbeitnehmers, die einen Rückgriff auf die Lehre des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses erfordern würden.

---

[418] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 3 Rn. 116.
[419] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 3 Rn. 117.
[420] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 193.
[421] BAG v. 3.12.1998 – 2 AZR 754/97, AP BGB § 123 Nr. 49.

Prüfungsschema – Anfechtung des Arbeitsvertrags[422]

I. Zulässigkeit der Anfechtung
h.M.: Zulässigkeit nach allgemeinen rechtsgeschäftlichen Regeln
a.A.: Keine Anfechtung, nur Kündigung
II. Anfechtungsgrund
1. Arglistige Täuschung
a) Täuschung
aa) durch aktives Tun = Wahrheitswidrige Antwort auf Frage des Arbeitgebers bzw. ungefragte Falschangaben
bb) durch Unterlassen = Verletzung einer Offenbarungspflicht (= Nichtaufklärung über vertragswesentliche Umstände)
cc) Widerrechtlichkeit
– Vorauss.: Zulässige Frage des Arbeitgebers nach Umständen, die – unter Berücksichtigung gesetzlicher Wertentscheidungen – für das Arbeitsverhältnis von Bedeutung sind
dd) Arglist (= zumindest bedingter Vorsatz)
ee) Kausalität der Täuschung
b) Widerrechtliche Drohung
aa) Drohung (= Inaussichtstellen eines empfindlichen Übels, auf das der Drohende Einfluss zu haben vorgibt)
bb) Widerrechtlichkeit
(1) Des Mittels
(2) Des Zwecks
(3) Der Zweck-Mittel-Relation
2. § 119 BGB
a) Irrtum
aa) Inhaltsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB)
bb) Erklärungsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB)
cc) Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft (§ 119 Abs. 2 BGB)
(1) Eigenschaft
(2) Verkehrswesentlichkeit (= Umstände, die unter Berücksichtigung der gesetzlichen Wertentscheidungen für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses Bedeutung gewinnen können)
(3) Irrtum
b) Kausalität des Irrtums für den Vertragsschluss
III. Anfechtungserklärung (§ 143 BGB)
IV. Wahrung der Anfechtungsfrist (§ 121 BGB bzw. § 124 BGB)
V. Keine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB)
Fortwirkung des Irrtums, daher Ausschluss des Anfechtungsrechts, wenn Anfechtungsgrund zwischenzeitlich seine Bedeutung für das Arbeitsverhältnis verloren hat
VI. Rechtsfolge
1. Arbeitsverhältnis noch nicht vollzogen: Wirkung ex tunc (§ 142 Abs. 1 BGB)
2. In Vollzug gesetztes Arbeitsverhältnis: Grds. Wirkung ex nunc

[422] *Boemke*, Fallsammlung Arbeitsrecht, S. 350 f.

3. Teil: Ansprüche des Arbeitgebers

§ 7 Entgeltansprüche

I. Arbeitslohn

Literatur: *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 1 ff. *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, § 4 Rn. 160 ff. *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band 1, § 7 Rn. 1 ff. *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, § 4 Rn. 227 ff. *Preis*, Individualarbeitsrecht, §§ 28 – 30 *Rolfs*, Studienkommentar Arbeitsrecht, § 611 BGB Rn. 58 ff.

1. Begriff und Anspruchsgrundlage

a) Begriff

aa) Grundlohn und Zulagen

- Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis ist die Zahlung der vereinbarten Vergütung an den Arbeitnehmer (§ 611a Abs. 2 BGB). Sie steht im synallagmatischen Verhältnis zur Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers, die versprochene Arbeit zu erbringen.[423] Zur Vergütung zählen sämtliche Leistungen, zu deren Zahlung sich der Arbeitgeber um der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers willen verpflichtet hat. Neben dem **Grundlohn** rechnen also auch die übertariflichen **Zulagen sowie Zuschläge** z. B. für Überstunden, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, aber auch Erschwerniszulagen (z. B. Schmutz-, Hitze-, Lärmzulagen) und Sozialzulagen (z. B. Verheirateten- oder Kinderzulage) zum Entgelt i.S.v. § 611a Abs. 2 BGB. Diese Zulagen sind nämlich nicht Grundlage einer gesonderten Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers, sondern lediglich Berechnungsfaktor bei der Ermittlung des einheitlichen, auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers insgesamt bezogenen Vergütungsanspruchs.[424]
- Meist wird der Lohn als **Zeitlohn** pro geleisteter Arbeitsstunde berechnet. Möglich ist aber auch die Vereinbarung eines **Leistungslohns**, z.B. im Akkordprinzip pro gefertigtem Stück.[425] Die Bezahlung nach Zeit und Leistung kann auch kombiniert werden, z.B. durch eine Provision als erfolgsbezogene Zusatzvergütung zum Zeitlohn.[426]
- Der Lohn ist gem. § 107 Abs. 1 GewO grundsätzlich in Euro auszubezahlen, es kann aber gem. § 107 Abs. 2 S. 1 auch vereinbart werden, dass ein Teil des Arbeitsentgelts in **Sachbezügen** (z.B. private Nutzungsmöglichkeit eines Dienst-PKW, Haustrunk einer Brauerei)[427] geleistet wird, wenn dies dem Interesse des Arbeitnehmers und der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Dabei konstituiert die Norm zwischen Geldlohn und anderen Entgeltformen ein Regel-Ausnahme-Verhältnis.[428]

---

[423] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 200.
[424] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 1.
[425] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 162. Für sich daraus ergebende Probleme bei der Berechnung des Mindestlohns siehe unten.
[426] *Reichold*, Arbeitsrecht, § 8 Rn. 6.
[427] ErfK/*Müller-Glöge*, § 109 GewO Rn. 4.
[428] Boemke/*Boemke*, Gewerbeordnung, Kommentar zu §§ 105-110 GewO, § 107 Rn. 2.

bb) Sonderzuwendungen

- **Sonderzuwendungen** sind Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt (§ 4a S. 1 EFZG). Darunter fallen Gratifikationen, die zu bestimmten Anlässen gewährt werden, wie Weihnachtsgeld.[429] Sie finden ihre Anspruchsgrundlage im Arbeitsverhältnis und sind daher keine Schenkung des Arbeitgebers.[430] Daraus wird teilweise geschlossen, dass Gratifikationen stets zur Arbeitsvergütung als Gegenleistung aus dem Arbeitsverhältnis zählen sollen.[431] Hierbei wird jedoch nicht hinreichend berücksichtigt, dass es auch im Arbeitsverhältnis – wie in sonstigen Schuldverhältnissen auch – Leistungspflichten geben kann, die zwar nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, aber als Nebenleistungspflichten gleichwohl ihre Grundlage im Arbeitsverhältnis haben und daher nicht unentgeltlich eingegangen werden. Daher muss bei den Gratifikationen nach ihrem Zweck unterschieden werden. Soll bloß die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zusätzlich zum Grundlohn vergütet werden, dann handelt es sich um Entgelt i.S.v. § 611a Abs. 2 BGB; knüpft die Gratifikation unabhängig von der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers an sonstige Tatbestandsvoraussetzungen an (z.B. Betriebstreue), dann ist eine bloße Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers gegeben.[432] Diese Unterscheidung hat Auswirkungen auf die Voraussetzungen für die Anspruchsentstehung, die Verpflichtung zur Lohnfortzahlung ohne Arbeitsleistung und etwaige Rückzahlungsverpflichtungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses.[433]

cc) Mindestlohn

Überblick: *Boemke*, Lohnanspruch (§ 611 I BGB) und Mindestlohn (§ 1 MiLoG), JuS 2016, 385 ff.

- In der letzten Legislaturperiode wurde zudem ein gesetzlicher Mindestlohn eingeführt, der seit dem 01.01.2020 brutto 9,35 Euro je Zeitstunde beträgt.[434] Durch seine Einführung ergab sich eine Vielzahl neuer Rechtsfragen. In der Literatur war dabei fast alles umstritten. Für die Praxis sind viele der Probleme jedoch bereits durch grundlegende BAG-Urteile geklärt worden.
- Probleme können sich bei **leistungsabhängiger Vergütung** ergeben. Diese muss auf das Entgelt pro Stunde umgerechnet werden.[435] Nach einer Ansicht kann dabei ein Durchschnittswert pro Abrechnungsperiode gebildet werden, sodass Minderleistungen durch Mehrleistungen innerhalb des Abrechnungszeitraums ausgeglichen werden können.[436] Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, weil der Wortlaut „je Zeitstunden“ in § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG eine konkret-individuelle Betrachtung erfordert[437], wofür auch die Gesetzesbegründung spricht[438].
- Umstritten ist, inwieweit **Trinkgelder auf den Mindestlohn anzurechnen** sind.
  - *Beispiel:* Beträgt das durchschnittliche Trinkgeld eines Friseurs 5,00 € pro Stunde könnte ein arbeitsvertraglicher Stundenlohn von 8,00 € bereits genügen, weil der Verdienst damit 13,00 € beträgt, also über Mindestlohn. Das Trinkgeld könnte aber

[429] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 29 Rn. 1332 ff.
[430] BAG v. 10.5.1962 – 5 AZR 452/61, JuS 1962, 447.
[431] Erman/*Edenfeld*, § 611 BGB Rn. 453a; Staudinger/*Richardi/Fischinger*, § 611 BGB Rn. 1500.
[432] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 2.
[433] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 29 Rn. 1347 ff.; *Reichold*, Arbeitsrecht, § 8 Rn. 7 ff.
[434] Mindestlohnanpassungsverordnung v. 13.11.2018, BGBl. I, S. 1876.
[435] *Waltermann*, AuR 2015, 166, 170.
[436] BAG v. 25.5.2016 – 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327, 1329 Rn. 25; *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 867.
[437] *Boemke*, JuS 2015, 385, 388.
[438] *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2934.

auch eine Zuwendung darstellen, die dem Lohn nicht zuzurechnen ist. Dann bestünde aus § 1 Abs. 1, 2 MiLOG gegen den Arbeitgeber ein Anspruch auf Zahlung weiterer 1,35 € zur Erreichung des Mindestlohns.

- Nach nahezu einhelliger Ansicht scheidet eine gesetzliche Anrechnungsmöglichkeit aus.[439] Eine „Abschöpfungsbefugnis" könnte sich allenfalls aus § 667 Var. 2 BGB analog ergeben, erfasst jedoch nur Sondervorteile und nicht das dem Arbeitnehmer persönlich zugewendete Trinkgeld:[440] Nach der Rspr. des BAG muss für den Anspruch aus § 667 Var. 2 BGB analog ein innerer Zusammenhang zwischen der Arbeitsleistung und dem erlangten Vorteil bestehen, bei dem objektiv die Gefahr besteht, dass der Arbeitnehmer wegen des ihm gewährten Vorteils die Interessen des Arbeitgebers außer Acht lässt.[441] Nach dem BAG ist dies bspw. bei dienstlich erworbenen Flugmeilen der Fall.[442] Im Übrigen hat der Kunde auch kein Interesse daran, durch das Trinkgeld die Lohnerbringungspflicht des Arbeitgebers als Dritter iSd. § 267 Abs. 1 BGB zu tilgen.[443]
- Ob eine **arbeitsvertragliche Vereinbarung über die Anrechnung des Mindestlohns** wirksam vereinbart werden kann, ist ebenfalls umstritten:
  - Nach der sog. Naturallohnthese sei dies unter dem Hinweis möglich, § 107 Abs. 2 S. 3 GewO sehe ausdrücklich vor, dass Sachbezüge durch vertragliche Vereinbarung auf das Arbeitsentgelt angerechnet werden könnten.[444] Der Arbeitgeber verschaffe dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, Trinkgeld einzunehmen. Dadurch könne der Arbeitgeber teilweise seine Lohnzahlungspflicht ersetzen.[445] Voraussetzung sei lediglich eine arbeitsvertragliche Regelung, die dem Arbeitnehmer die Gelegenheit, Trinkgelder einzunehmen, verspreche.[446] Diese Auffassung stößt jedoch auf Kritik. Zunächst bliebe die Eigenleistung des Arbeitnehmers unberücksichtigt, in dessen Anerkennung der Kunde das Trinkgeld bezahlt habe und die für die Arbeitnehmer eine eigene „unternehmerische Chance" darstelle.[447] Das Trinkgeld sei in seiner Rechtsnatur als „belohnende Schenkung" einzuordnen.[448] Daneben unterscheide sich das Trinkgeld vom gewöhnlichen Naturallohn: Charakteristisch für den Naturallohn sei ein Anspruch mit Geldwert, den der Arbeitnehmer auch abtreten könne (bspw. Kohledeputat für Bergleute). Durch die Verschaffung einer Erwerbsgelegenheit wende der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer aber gerade keine geldwerte, tatsächliche Sache zu. Schließlich habe die Anrechnung einer Naturalleistung gem. § 107 Abs. 2 S. 3 GewO zu den „durchschnittlichen Selbstkosten" des Arbeitgebers zu erfolgen. Das Versprechen der Gelegenheit zur Einnahme von Trinkgeldern ist für den Arbeitgeber hingegen nicht mit eigenen Kosten verbunden.[449] Behalte der Arbeitgeber das Trinkgeld ein, habe der Arbeitnehmer deswegen einen bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch bzw. – je nach Ausgestaltung – einen Anspruch auf Aufhebung einer Bruchteilsgemeinschaft.[450]

---

[439] MünchArbR/*Boudon*, § 20 Rn. 24.
[440] MüKoBGB/*Seiler*, § 667 Rn. 17; *Sagan*, NJW 2019, 1977 (1980).
[441] BGH v. 7.1.1963 – VII ZR 149/61, NJW 1963, 649.
[442] BAG v. 11.4.2006 – 9 AZR 500/05, NZA 1089, 1091.
[443] *Wobst*, RdA 2016, 110, 111.
[444] *Wobst*, RdA 2016, 110, 111.
[445] *Salje*, DB 1989, 321, 322; *Wobst*, RdA 2016, 110, 111.
[446] ErfK/*Franzen*, § 1 MiLoG Rn. 7; BeckOK/*Greiner*, § 1 MiLoG Rn. 62; *Dommermuth-Alhäuser*/*Heup*, NZA 2015, 406, 407.
[447] *Tettinger/Wank/Ennuschat*, GewO, § 107 Rn. 17.
[448] *Sagan*, NJW 2019, 1977, 1978.
[449] *Sagan*, NJW 2019, 1977, 1980.
[450] *Sagan*, NJW 2019, 1977, 1982.

b) Anspruchsgrundlage

- **Rechtsgrund** der Zahlungspflicht und damit Anspruchsgrundlage für den Arbeitslohn ist das, in der Regel durch den Arbeitsvertrag begründete, **Arbeitsverhältnis**. Tarifvertrag oder sonstige Rechtsquellen haben allein Bedeutung für die Höhe, nicht aber den Rechtsgrund des Arbeitslohns. Der Anspruch auf den Arbeitslohn folgt also aus § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. dem Arbeitsverhältnis.
- Daneben ist durch die Einführung des Mindestlohngesetzes nach überwiegender Ansicht ein **gesetzlicher Lohnanspruch** gem. § 1 Abs. 1, 2 i.V.m. § 20 MiLoG getreten, der in Höhe des Mindestlohns neben dem vertraglichen Anspruch steht.[451] Neben Arbeitnehmern steht er grundsätzlich auch Praktikanten zu, sofern keine Ausnahme eingreift (§ 20 Abs. 1 MiLoG).

2. Lohnhöhe

a) Individualrechtliche Vereinbarung

aa) Arbeitsvertrag

- Zur Bestimmung der Lohnhöhe reicht § 611a Abs. 2 BGB nicht aus, denn aus dieser Bestimmung ergibt sich nur, dass ein Anspruch auf Vergütung besteht. Ergänzend sind daher an dieser Stelle stets **weitere Gestaltungsfaktoren** heranzuziehen, aus denen sich der Umfang des Anspruchs, insbesondere die Lohnhöhe, ergibt.[452] In erster Linie ist die zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses getroffene **vertragliche Vereinbarung** heranzuziehen. Daher ist, wenn es um den Umfang des Entgeltanspruchs geht, zunächst zu ermitteln, welche Abrede die Parteien hierüber getroffen haben.
- Erst **anschließend** ist die **Wirksamkeit der getroffenen Vereinbarung zu prüfen**. Dies entspricht allgemeinen zivilrechtlichen Prüfungsprinzipien, wonach zunächst die vertragliche Vereinbarung maßgeblich ist. Die gesetzlichen Bestimmungen und sonstige normative Regelungen geben nur einen äußeren Rahmen vor, der von den Vertragsparteien einzuhalten ist. Die vertragliche Vereinbarung ist also im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu überprüfen. Dies kann aber erst geschehen, wenn der Inhalt dieser Vereinbarung ermittelt wurde.
- Die **Unwirksamkeit einer Vergütungsvereinbarung** kann sich insbesondere aus **§ 138 BGB** ergeben. Ein Lohn, der weniger als zwei Drittel des einschlägigen Tariflohns beträgt, steht in einem auffälligen Missverhältnis zur Arbeitsleistung und ist in der Regel gem. § 138 Abs. 2 BGB **(Lohnwucher)** wegen Sittenwidrigkeit nichtig, wenn der Wuchertatbestand erfüllt ist, d.h. auch die subjektiven Elemente vorliegen.[453]

  Liegt kein Lohnwucher vor, dann kann sich die Unwirksamkeit der Vergütungsabrede aus **§ 138 Abs. 1 BGB** ergeben. Dies ist der Fall, wenn ein besonders **grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung** besteht. Hiervon wird ausgegangen, wenn der Wert der Leistung (mindestens) doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung. Dann bedarf es zwar noch der Behauptung der verwerflichen Gesinnung, doch sind an diesen Vortrag keine hohen Anforderungen zu stellen. Das grobe Missverhältnis lässt den tatsächlichen Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten zu.

[451] BAG v. 25.5.2016 – 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327, 1329 Rn. 22; *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 866; ErfK/*Franzen*, § 1 MiLoG Rn. 2; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 236; a.A. *Boemke*, JuS 2015, 385, 389; *Waltermann*, AuR 2015, 166, 16.
[452] *Hanau*, JuS 1975, 638, 642.
[453] BAG v. 22.4.2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837, 838 Rn. 13.

Es genügt dann, dass die benachteiligte Vertragspartei sich auf die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung der anderen Vertragspartei beruft.[454]

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Bei arbeitsvertraglichen Vergütungsabreden soll jedoch auf den jeweils streitgegenständlichen Zeitraum abgestellt werden. Eine Entgeltvereinbarung kann danach zum Zeitpunkt ihres Abschlusses noch wirksam sein, jedoch im Laufe der Zeit, wenn sie nicht an die allgemeine Lohn- und Gehaltsentwicklung angepasst wird, gegen die guten Sitten verstoßen.[455]

Die entstehende Regelungslücke wird durch § 612 Abs. 2 BGB gefüllt.[456] Siehe dazu unten § 7 I. 2. c) aa).

- Auch eine **den Mindestlohn unterschreitende Lohnabrede** ist gem. § 3 S. 1 MiLoG „insoweit" unwirksam. Umstritten ist jedoch, welche Rechtsfolge sich daraus ergibt. Siehe dazu unten § 7 I. 2. c) bb).

bb) Betriebliche Übung

- Die Höhe des Lohns kann auch durch die sog. betriebliche Übung gestaltet werden. Siehe dazu unten § 7 II. 3.

cc) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

- Auch Ansprüche aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz können die Höhe der Vergütung beeinflussen. Siehe dazu unten § 7 II. 4.

b) **Kollektivrechtliche Vereinbarungen**

- Daneben können auch die kollektivrechtlichen Regelungen des Tarifvertrages und der Betriebsvereinbarung die Lohnhöhe bestimmen. Diese gehören nicht zum Pflichtfachstoff und werden daher hier nur kursorisch behandelt. Für alles Weitere zum Tarifrecht sei auf den **Schwerpunkt Arbeitsrecht** verwiesen.

aa) Tarifvertrag

Literatur: *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band 2, § 13.

- Der **Tarifvertrag** ist ein Vertrag zwischen einer Gewerkschaft und einem einzelnen Arbeitgeber oder einem Arbeitgeberverband (§ 2 Abs. 1 TVG). In ihm kann neben betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen auch der Inhalt, Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen geregelt werden (§ 1 Abs. 1 TVG). Sind beide Seiten tarifgebunden, also selber Vertragspartei oder Mitglied dieser (§ 3 Abs. 1 TVG), so hat der Tarifvertrag für sie **normative Wirkung** (§ 4 Abs. 1 S. 1 TVG). Der Tarifvertrag wirkt dann also wie ein einseitig zwingendes Gesetz, von dem durch den Arbeitsvertrag nur zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann (**Günstigkeitsprinzip** gem. § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG). Der Tarifvertrag garantiert also dem Arbeitnehmer

[454] BAG v. 18.11.2015 – 5 AZR 814/14, NZA 2016, 494 Rn. 42.
[455] BAG v. 26.04.2006 – 5 AZR 549/05, NZA 2006, 1354, 1356 Rn. 17. Demgegenüber stellt der BGH zutreffend auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab. Wäre die Lohnvereinbarung nunmehr sittenwidrig, berücksichtigt der BGH dies über § 242 BGB und kommt so zu einer ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB).
[456] BAG v. 22.4.2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837, 837 Rn. 9.

einen unabdingbaren Mindestlohn. Auf ihn ist aber nur einzugehen, wenn die vertragliche Vergütung hinter dem Tariflohn zurückbleibt oder keine konkrete Vereinbarung über die Lohnhöhe getroffen wurde.[457] Im ersten Fall verdrängt die tarifliche Regelung die vertragliche, diese wird also nicht gem. § 134 BGB nichtig.[458]

- Für die nicht gewerkschaftlich organisierten, mithin nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer (sog. Außenseiter) ordnen häufig **Bezugnahmeklauseln** im Arbeitsvertrag die Anwendung der tariflichen Regelung an.[459] Die Tarifnorm wirkt dann aber nicht normativ, sondern gilt nur kraft vertraglicher Vereinbarung, die wieder geändert werden kann.[460]
- Außerdem kann ein gültiger **Tarifvertrag** gem. § 5 Abs. 4, 1 TVG auch im öffentlichen Interesse für **allgemeinverbindlich** erklärt werden und erfasst dann auch nicht tarifgebundene Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Die Norm dient der **Vermeidung von Unterbietungswettbewerb** und damit mittelbar auch dem Arbeitnehmerschutz.[461] Die Allgemeinverbindlicherklärung erfolgt durch ein Zusammenspiel der Tarifparteien, des Tarifausschusses aus Vertretern des Spitzenorganisationen (vgl. § 12 TVG) und des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (§ 5 Abs. 1 S. 1 TVG). Die Rechtsnormen des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages **gelten dann für alle Arbeitsverhältnisse und Betriebe** im räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages.[462]
- Auch das **Arbeitnehmerentsendegesetz** dient gem. § 1 AEntG der Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen und angemessener Mindestarbeitsbedingungen. Dazu sieht es die Möglichkeit der **Erstreckung tarifvertraglicher Regelungen** vor. Im Regelfall geschieht dies **durch** eine **Rechtsverordnung** des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales auf gemeinsamen Antrag der Parteien eines Tarifvertrages (§ 7 Abs. 1 AEntG). Rechtsfolge ist, dass Arbeitgeber, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen, ihren Arbeitnehmern mindestens die in dem Tarifvertrag vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen gewähren müssen (§ 8 Abs. 1 AEntG).

bb) Betriebsvereinbarung

- Als weitere kollektivrechtliche Regelung über die Lohnhöhe kommen **Betriebsvereinbarungen** in Betracht. Da in diesen häufig Sonderzuwendungen vereinbart werden, werden sie systematisch unter § 7 II. 2. behandelt.

c) Gesetzliche Regelung

- Schließlich kann sich die Lohnhöhe aus gesetzlichen Regelungen ergeben.

aa) Übliche Vergütung (§ 612 Abs. 2 BGB)

- Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen (§ 612 Abs. 2 BGB).[463] Eine Nichtvereinbarung liegt auch dann vor, wenn eine getroffene Vereinbarung wegen Verstoßes gegen § 138 BGB nichtig ist.[464] Üblich ist die in gleichen oder ähnlichen Gewerben oder Berufen am gleichen Ort für vergleichbare Tätigkeiten unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Berechtigten

[457] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 7.
[458] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 569.
[459] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 589.
[460] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 284.
[461] *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 649.
[462] *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 652.
[463] Taxen bestehen für Arbeitsverhältnisse nicht, vgl. ErfK/*Preis*, § 612 BGB Rn. 36.
[464] Siehe § 7 I. 2. a) aa).

(Lebensalter, Familienstand, Kinderzahl) gezahlte Vergütung.[465] Für Arbeitnehmer ist im Regelfall die tarifliche Vergütung die übliche.[466]

bb) Gesetzlicher Differenzanspruch (MiLoG)

- Den Mindestlohn unterschreitende Lohnabreden sind gem. § 3 S. 1 MiLoG „insoweit" unwirksam. Der Wortlaut „insoweit" wird überwiegend dahingehend ausgelegt, dass der Arbeitnehmer bei einer mindestlohnwidrigen Abrede nur **Anspruch auf die Differenz zum Mindestlohn** hat.[467] Nach anderer Ansicht ist die gesamte Lohnabrede unwirksam und es greift § 612 Abs. 2 BGB ein, der Arbeitnehmer hätte also u. U. Anspruch auf den Tariflohn.[468]

3. Untergang des Lohnanspruchs

a) Erfüllung

aa) Überblick

- Der einmal in bestimmter Höhe entstandene Lohnanspruch kann wieder untergehen. Regelmäßiger Erlöschenstatbestand ist die Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) durch **Geldzahlung** seitens des Arbeitgebers. Die vor fünfzig Jahren durchaus noch übliche Lohntüte ist in der Praxis fast vollständig der bargeldlosen Zahlung durch Überweisung auf ein vom Arbeitnehmer benanntes Konto gewichen. Zeit, Ort und Art der Entgeltzahlung unterliegen, soweit keine abschließende tarifliche Regelung besteht, der Mitbestimmung des Betriebsrats (§ 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG).

bb) Insbesondere: Erfüllung des Mindestlohnanspruchs

- Kontrovers wird über die Frage diskutiert, ob der Arbeitgeber den Mindestlohnanspruch auch durch zusätzlich zum Grundlohn gewährte Leistungen erfüllen kann. Einigkeit besteht darüber, dass dies ausgeschlossen ist, wenn eine **Sonderzuwendung** nicht als Gegenleistung für die Arbeit, sondern aus sonstigen Gründen erbracht wird (z.B. ein Weihnachtsgeld für die Betriebstreue).[469] Wird eine Sonderzuwendung hingegen als Honorierung der Arbeitsleistung gezahlt, so ist sie anrechenbar.[470]
- Nach herrschender Meinung gilt dies auch für **Zuschläge und Zulagen**, sofern diese nicht auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen.[471] Eine solche besondere Bestimmung sei nur bei § 6 Abs. 5 ArbZG gegeben, wonach der Nachtarbeitnehmer Anspruch auf einen angemessenen Zuschlag hat.[472] Im Übrigen sind Zuschläge und Zulagen mindestlohnwirksam. Sind also im Arbeitsvertrag beispielsweise ein Stundenlohn von 8,00 Euro und eine Schmutzzulage von 20% vereinbart, so erhält der Arbeitnehmer nach dem BAG einen Stundenlohn von 9,60 Euro. Weder hat er einen Anspruch auf die Differenz des Grundlohns zum Mindestlohn iHv 0,84 Euro, noch darauf, dass der Gesamtlohn auf Grundlage des Mindestlohns berechnet würde. Nach der Ge-

[465] ErfK/*Preis*, § 612 BGB Rn. 37.
[466] ErfK/*Preis*, § 612 BGB Rn. 38.
[467] BAG v. 25.5.2016 – 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327, 1329 Rn. 22; ErfK/*Franzen*, § 3 MiLoG Rn. 1a; *Waltermann*, AuR 2015, 166, 170.
[468] *Bayreuther*, NZA 2014, 865 f.
[469] *Boemke*, JuS 2015, 385, 390.
[470] BAG v. 25.5.2016 – 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327,1330 Rn. 33.
[471] BAG v. 25.5.2016 – 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327, 1330 Rn. 32; *Boemke*, JuS 2015, 385, 391.
[472] BAG v. 25.5.2016 – 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327, 1330 Rn. 32.

genansicht sollen Zulagen nicht angerechnet werden, weil sie nicht für die arbeitsvertraglich geschuldete „Normalleistung“ gezahlt würden, sondern für besondere Leistungen des Arbeitnehmers.[473]

cc) Keine Erfüllung durch Freistellung

- Gerade in Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses „ordnen“ Arbeitgeber häufig an, dass geleistete, aber noch nicht bezahlte Überstunden durch Freizeitausgleich abgegolten werden. Hierdurch kann Erfüllung i.S.v. § 362 Abs. 1 BGB nicht eintreten, weil **Geldzahlungsansprüche nicht durch Freistellung erfüllt** werden können. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Arbeitgeber sich im Arbeitsvertrag eine entsprechende Ersetzungsbefugnis vorbehalten hatte oder aber im Zusammenhang mit der Freistellung eine entsprechende Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer trifft. Deren Zustandekommen richtet sich nach den allgemeinen rechtsgeschäftlichen Bestimmungen (§§ 145 ff. BGB), insbesondere bedarf es einer entsprechenden Einverständniserklärung des Arbeitnehmers.

- Beispiel: [474] Schweigt der Arbeitnehmer auf die Freistellung durch den Arbeitgeber und verlässt den Betrieb, so kann darin keine konkludente Zustimmung zur unbezahlten Freistellung gesehen werden: Dem Schweigen kommt im Rechtsverkehrs nach allgemeinen Grundsätzen grundsätzlich kein Erklärungswert zu. Auch bleibt der Arbeitgeber Inhaber des Hausrechts, sodass der Arbeitnehmer einen Konflikt heraufbeschwören würde, wenn er der Weisung zum Verlassen des Betriebs keine Folge leistete. Im Verlassen kann daher nicht mehr als ein rein tatsächliches Verhalten gesehen werden.[475]

b) Ausschlussfristen

aa) Ausschlussfristen als rechtsvernichtende Einwendungen

- Der Anspruch auf Entgeltzahlung geht auch dann unter, wenn der Arbeitnehmer einschlägige Ausschlussfristen nicht wahrt.[476] Anders als bei der Verjährung gewährt der Fristablauf bei einer Ausschlussfrist nicht bloß eine rechtshemmende Einrede, die der Schuldner geltend machen muss. Vielmehr geht der Anspruch unter; es besteht eine **rechtsvernichtende Einwendung**, die **von Amts wegen zu beachten** ist.[477] Ausschlussfristen können **ein- oder zweistufig** ausgestaltet sein.
- Bei einer **einstufigen Ausschlussfrist** reicht es zur Fristwahrung, wenn der Anspruch nach Fälligkeit innerhalb einer bestimmten Frist gegenüber der anderen Seite geltend gemacht wird. Da es sich bei der Geltendmachung der Ausschlussfrist um eine einseitige rechtsgeschäftsähnliche Handlung handelt[478], ist für die **Rechtzeitigkeit** entsprechend § 130 Abs. 1 S. 1 BGB auf den **Zugang beim Schuldner**, nicht auf die Abgabe durch den Gläubiger abzustellen. Nach h.M. und ständiger Rechtsprechung des BAG werden durch die Kündigungsschutzklage Lohnansprüche gewahrt, die während des

[473] *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1926.
[474] Vgl. BAG v. 18.9.2001 – 9 AZR 307/00, JuS 2002, 623 f. mit Anm. *Boemke*.
[475] Anders (Freistellungsvereinbarung) für einen vergleichbaren Fall: BAG v. 19.3.2002 – 9 AZR 16/01, JuS 2002, 1286 ff. (*Boemke*).
[476] Eine formularmäßige Ausschlussfrist muss aber auch die Ansprüche des Arbeitgebers regeln, da eine einseitig den Arbeitnehmer belastende Klausel gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam ist, BAG v. 31.8.2005 – 5 AZR 545/04, NZA 2006, 324, 326. Siehe zur AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht sogleich.
[477] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 245.
[478] BAG v. 20.11.2000 – 5 AZR 313/99, NZA 2001, 231 f.; ErfK/*Preis*, §§ 194 – 218 BGB Rn. 58.

Kündigungsstreits fällig werden und von dessen Ausgang abhängen, soweit die einschlägige Verfallklausel eine formlose oder schriftliche Geltendmachung verlangt.[479] Die Geltendmachung erfolgt allerdings erst mit Klagezustellung; § 167 ZPO findet keine (entsprechende) Anwendung (umstritten).[480] Ebenfalls nicht anwendbar – mangels Vergleichbarkeit auch nicht analog – sind die Regelungen über die Verjährung, sodass z.B. eine Fristhemmung wegen schwebender Verhandlungen gem. § 203 S. 1 BGB analog ausgeschlossen ist.[481]

- Die Berufung auf eine Ausschlussfrist kann allerdings treuwidrig und damit eine unzulässige Rechtsausübung sein. § 242 BGB steht dem Verfall von Ansprüchen dann entgegen. Eine solche liegt vor, wenn der Schuldner (Arbeitgeber) den Gläubiger (Arbeitnehmer) von der Wahrung der Ausschlussfrist abgehalten hat, wenn der Schuldner dem Gläubiger die Geltendmachung des Anspruchs oder die Einhaltung der Frist durch positives Tun oder durch pflichtwidriges Unterlassen erschwert oder unmöglich gemacht hat sowie, wenn er – an objektiven Maßstäben gemessen – den Eindruck erweckt hat, der Gläubiger könne darauf vertrauen, dass der Anspruch auch ohne Wahrung einer geltenden Ausschlussfrist erfüllt werde.[482]
- Bei einer **zweistufigen Ausschlussfrist** wird zur Fristwahrung neben der (formwahrenden) Geltendmachung gegenüber dem Schuldner die zusätzliche gerichtliche Geltendmachung binnen einer weiteren Frist verlangt, wenn der Schuldner den Anspruch ablehnt oder sich nicht äußert.

bb) Exkurs: AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht

Literatur:	Rechtsprechung:
Preis, AGB-Recht und Arbeitsrecht – Eine Zwischenbilanz, NZA Beil. 3/2006, 115 ff. *Thüsing*, Inhaltskontrolle von Formulararbeitsverträgen nach neuem Recht, BB 2002, 2666 ff. *ders.*, Gestaltungsspielräume bei der Verwendung vorformulierter Arbeitsvertragsbedingungen, BB 2005, 938 ff. *Worzalla*, Die Wirksamkeit einzelner Arbeitsvertragsklauseln nach der Schuldrechtsreform, NZA Beil. 3/2006, 122 ff.	BAG v. 4.2.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727 ff. BAG v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ff. BAG v. 9.5.2006 – 9 AZR 242/05, NZA 2007, 145 ff. BAG v. 23.1.2007 – 9 AZR 482/06, NZA 2007, 748 ff.

- Der Großteil der Regelungen in Arbeitsverträgen wird nicht individuell ausgehandelt, sondern es sind **Einheitsregelungen**, die vom Arbeitgeber einseitig gestellt werden.[483] Der AGB-Kontrolle kommt daher im Arbeitsrecht große Bedeutung zu, zugleich gelten einige Abweichungen vom allgemeinen Zivilrecht. Diese Besonderheiten werden zunächst überblicksartig dargestellt, bevor auf die Wirksamkeit von Ausschlussfristen in vorformulierten Arbeitsverträgen eingegangen wird.
- Es handelt sich bei arbeitsvertraglichen Regelungen um AGB, wenn die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 BGB vorliegen. § 305 Abs. 2 und 3 BGB finden gem. § 310 Abs.

[479] BAG v. 9.8.1990 – 2 AZR 579/98, NZA 1991, 226, 227.
[480] Zutreffend BAG v. 16.3.2016 – 4 AZR 421/15, AP Nr. 208 zu § 4 TVG Ausschlussfristen mit zust. Anm. *Boemke*.
[481] BAG v. 17.4.2019 – 5 AZR 331/18, NJW 2019, 2340.
[482] BAG v. 28.6.2018 – 8 AZR 141/16, NZA 2019, 34.
[483] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 3 Rn. 60.

4 S. 2 Hs. 2 BGB auf Arbeitsverträge keine Anwendung, es ist also auch eine **konkludente Einbeziehung möglich**.[484] Da der Arbeitnehmer in seiner beruflichen Tätigkeit als Verbraucher gem. § 13 BGB anzusehen ist, gelten die erleichternden Maßgaben des § 310 Abs. 3 BGB, sofern der Arbeitgeber als Unternehmer gem. § 14 BGB einzuordnen ist. Dies wird regelmäßig der Fall sein; wer jedoch z.B. als Arbeitgeber für private Zwecke einen Gärtner einstellt, ist kein Unternehmer.[485] Über § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB findet eine Angemessenheitskontrolle auch der vom Arbeitgeber für einen Einzelfall vorformulierten Arbeitsvertragsbedingungen (Einmalbedingungen) statt.[486]

- Vom Arbeitgeber vorformulierte Vereinbarungen in Arbeitsverträgen unterfallen daher einer Inhaltskontrolle gem. §§ 307-309 BGB. Dafür gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln. Besonders wichtig sind jedoch **zwei Besonderheiten** der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Zum einen sind **bei der Anwendung auf Arbeitsverträge die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen** (§ 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB). Es sollen also die dem Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis innewohnenden Besonderheiten berücksichtigt werden,[487] nach dem BAG daneben auch tatsächliche Besonderheiten.[488] Zum anderen sind Regelungen in **Tarifverträgen sowie Betriebs- und Dienstvereinbarungen** gem. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB **von der AGB-Kontrolle ausgenommen**.
- Die **Rechtsfolge eines Verstoßes** ergibt sich auch im Arbeitsrecht aus § 306 BGB: Eine geltungserhaltende Reduktion kommt nicht in Betracht, vielmehr ist eine unangemessene Regelung insgesamt unwirksam.[489] Stattdessen greift der gesetzliche Normalzustand ein (§ 306 Abs. 2 BGB). Kann ein Teil einer Klausel gestrichen werden, ohne dass der Rest seinen Sinn verliert („blue pencil test"), so bleibt der Rest bestehen.[490]

cc) Ausschlussfristen und AGB-Kontrolle

- Bei Ausschlussfristen in Formulararbeitsverträgen stellen sich unter dem Gesichtspunkt der AGB-Kontrolle mehrere Probleme:
- Erstens dürfen **Ausschlussfristen nicht zu kurz** bemessen sein. Das BAG hält dabei Ausschlussfristen von mindestens drei Monaten je Stufe noch für rechtmäßig, kürzere jedoch nicht.[491] Verstößt nur die zweite Stufe gegen die Mindestfrist, so ist die Klausel teilbar und nur teilweise unwirksam, die erste Stufe bleibt wirksam bestehen. Anders ist dies, wenn bereits die erste Stufe unangemessen und damit unwirksam ist. Es fehlt dann wegen der Unwirksamkeit der ersten Stufe an einem Zeitpunkt, an den die zweite Stufe anknüpfen kann.[492]

---

[484] ErfK/*Preis*, §§ 305–310 BGB Rn. 26.
[485] ErfK/*Preis*, § 611 BGB Rn. 182.
[486] HK-ArbR/*Boemke/Ulrici*, § 310 BGB Rn. 12 ff.
[487] ErfK/*Preis*, §§ 305–310 BGB Rn. 11. Bspw. kann gem. § 888 Abs. 3 ZPO der Anspruch auf Erbringung der Arbeitsleistung nicht zwangsvollstreckt werden. Daher ist nach ständiger Rspr. die wirksame Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall, dass der Arbeitnehmer nicht zur Arbeit erscheint, im Arbeitsvertrag trotz § 309 Nr. 6 BGB möglich, vgl. BAG v. 23.1.2014 – 8 AZR 130/13, NZA 2014, 777, 779 Rn. 21.
[488] BAG v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111, 1113; a.A. ErfK/*Preis*, §§ 305-310 BGB Rn. 11; *Thüsing*, NZA 2002, 591 f.
[489] BAG v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111, 1114; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 279.
[490] HK-ArbR/*Boemke/Ulrici*, § 306 BGB Rn. 7.
[491] BAG v. 28.9.2005 – 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149 und 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 für die erste und zweite Stufe der Ausschlussfrist.
[492] BAG v. 16.5.2012 – 5 AZR 251/11, NZA 2012, 971, 974 Rn. 38.

- Zweitens ist gem. § 309 Nr. 13 b) BGB n.F. seit dem 1.10.2016 das Vorschreiben einer **strengeren Form als der Textform** (für ältere Arbeitsverträge: Schriftform)[493] **unwirksam**.[494] Verlangt eine Ausschlussfrist jedoch die gerichtliche Geltendmachung, so ist dies mit § 309 Nr. 13 BGB vereinbar, weil keine besondere Formanforderung begründet wird, denn Klagen sind stets schriftlich zu erheben (§ 253 Abs. 1 ZPO).[495] Auch ist die Klageerhebung keine Anzeige oder Erklärung i.S.d. § 309 Nr. 13 BGB.[496]

dd) Sicherung des Mindestlohns und Auswirkung auf Ausschlussfristen

- Ausschlussfristen können für den Lohnanspruch in Höhe des Mindestlohns gem. **§ 3 S. 1 MiLoG** nicht wirksam vereinbart werden, weil diese Norm insoweit die Unwirksamkeit anordnet. Dies gilt also auch für den Lohnanspruch von Normal- und Bestverdienern in Höhe des Mindestlohns.[497]
- Eine vertragliche Ausschlussklausel, die den Mindestlohn nicht ausdrücklich ausnimmt, verstößt gegen das **Transparenzgebot** gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Für den Arbeitnehmer kann nämlich der Eindruck entstehen, dass auch Mindestlohnansprüche erfasst werden.[498] Eine solche Ausschlussfrist-Klausel ist daher nach Ansicht des BAG gem. § 306 BGB insgesamt als unwirksam anzusehen.[499] Nach anderer Ansicht ordnet § 3 S. 1 MiLoG („insoweit unwirksam“) eine geltungserhaltende Reduktion an, die der AGB-Kontrolle als lex specialis vorgehe, sodass eine derartige Klausel nicht insgesamt unwirksam wäre.[500] Die Problematik stellt sich nur bei Arbeitsverträgen, die nach dem 01.01.2015 geschlossen wurden, da die Rechtslage zum Vertragsschluss entscheidend ist.[501]

4. Durchsetzbarkeit

a) Fälligkeit

aa) § 614 BGB

- Nach der gesetzlichen Grundregel des § 614 BGB ist der **Arbeitnehmer vorleistungspflichtig**; es gilt der Grundsatz: Erst die Arbeit, dann der Lohn. Monatslohn ist am Monatsende, Wochenlohn am Wochenende zu zahlen; ist die Vergütung nach Tagen oder Stunden bemessen, erfolgt Fälligkeit nach der Verkehrssitte erst am Wochenschluss.[502] In jedem Fall ist die Leistungszeit kalendermäßig bestimmt, sodass der Arbeitgeber bei nicht fristgerechter Zahlung in Verzug gerät, ohne dass es einer Mahnung durch den Arbeitnehmer bedürfte (§ 286 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Die **Regelung ist dispositiv**. Besteht ein Betriebsrat, so hat dieser ein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG.

---

[493] Die Neuregelung ist nur auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die nach dem 30.09.2016 entstanden sind, Art. 229 § 37 EGBGB.
[494] *Lingemann/Otte*, NZA 2016, 529, 531.
[495] ErfK/*Preis*, §§ 194 – 218 BGB Rn. 45.
[496] *Mohr*, SAE 2006, 156, 163.
[497] *Boemke*, JuS 2015, 385, 392.
[498] BAG v. 24.8.2016 – 5 AZR 703/15, NZA 2016, 1539, 1541 Rn. 30, bzgl. des Mindestlohns nach PflegeArbbV; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2936 f.
[499] BAG v. 24.8.2016 – 5 AZR 703/15, NZA 2016, 1539, 1541; BAG v. 18.9.2018 – 9 AZR 162/18, NJW 2019, 456.
[500] *Lembke*, NZA 2015, 70, 73.
[501] BGH, NJW 2009, 1491, 1493; *Boemke*, JuS 2015, 385, 392.
[502] ErfK/*Preis*, § 614 BGB Rn. 5.

bb) § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MiLoG

- Der **Mindestlohn** muss spätestens am letzten Bankarbeitstag des auf die Erbringung der Arbeitsleistung folgenden Monats erbracht werden. Diese **Regelung ist nicht dispositiv**.[503] Sie kann Bedeutung erlangen, wenn z.B. ein Weihnachtsgeld für die erbrachte Arbeitsleistung gezahlt wird und nur durch dessen Anrechnung die Höhe des Mindestlohns erreicht wird. In diesem Fall muss das Weihnachtsgeld aufgeteilt und anteilig jeweils am Ende des Folgemonats ausgezahlt werden.[504]

b) Verjährung

- Der Vergütungsanspruch unterliegt der **regelmäßigen Verjährungsfrist** von drei Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Kalenderjahres zu laufen, in dem der Anspruch entstanden ist (Anspruchsentstehung, nicht Fälligkeit ist maßgeblich!) und der Arbeitnehmer hiervon Kenntnis erlangt hat bzw. ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste, §§ 195, 199 BGB.

II. Sonderzuwendungen

1. Überblick

Literatur: *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 78

a) Begriffe und Beispiele

- Sonderzuwendungen (auch Gratifikationen oder Sonderleistungen) sind Leistungen, die der Arbeitgeber aus bestimmten Anlässen oder zu bestimmten Zwecken **neben der Arbeitsvergütung** gewährt. Die Sonderzuwendung kann die Arbeitsleistung zusätzlich vergüten, aber auch aus sonstigen Gründen gewährt werden (siehe oben § 7 II. 1. a).
- Für die Sonderzuwendungen gibt es **keinen numerus clausus**; vielmehr sind der Phantasie der betrieblichen Wirklichkeit keine Grenzen gesetzt. In Betracht kommen: Gratifikationen, Jahressonderleistungen, Gewinnbeteiligungen, Anwesenheitsprämien, Jahresabschlussprämien, Urlaubsgeld, vergünstigte Arbeitgeberdarlehen, Personalrabatte, Firmenwagen usw.[505]

b) Rechtsgrundlage

- Die Sonderzuwendungen werden oft als "freiwillige" Leistungen des Arbeitgebers bezeichnet.[506] Dies ist nur insofern zutreffend, als der **Rechtsanspruch** auf die Sonderzuwendung noch **nicht aus der Vergütungsabrede** folgt, **sondern** es daneben einer **besonderen Rechtsgrundlage** bedarf.[507] Ob ein Anspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzuwendung besteht, bestimmt sich nach dem Inhalt der jeweiligen Regelung. Neben den bereits angesprochenen tariflichen und arbeitsvertraglichen Regelungen kommt als

[503] *Boemke*, JuS 2015, 385, 393.
[504] *Waltermann*, AuR 2015, 166, 171.
[505] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 62.
[506] BAG v. 17.12.1985 – 1 ABR 6/84, NZA 1986, 364.
[507] *Schaub*, ArbR-HdB, § 78 Rn. 5.

Anspruchsgrundlage für eine Sonderzuwendung insbesondere die Betriebsvereinbarung, die betriebliche Übung oder der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in Betracht.

2. Verweis auf Betriebsvereinbarung

- Der Anspruch auf eine Sonderleistung ergibt sich häufig aus einer Betriebsvereinbarung. Eine **Betriebsvereinbarung** ist ein **privatrechtlicher Vertrag i.S.v. §§ 145 ff. BGB zwischen Arbeitgeber und Betriebsra**t, in dem die Betriebsparteien im Rahmen ihrer gesetzlichen Zuständigkeit (insbesondere §§ 87, 88, 94, 95 BetrVG) Rechtsnormen über den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen festlegen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen regeln.[508] Die Betriebsvereinbarung **wirkt für die betriebsangehörigen Arbeitnehmer gem. § 77 Abs. 4 BetrVG unmittelbar und zwingend**, eine Anerkennung oder Unterwerfung ist nicht nötig. Die Geltung des **Günstigkeitsprinzips** ist auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung für das Verhältnis zwischen Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung anerkannt.[509]
- Eine wirksame und geltende Betriebsvereinbarung, in der Leistungen des Arbeitgebers vereinbart wurden, gibt dem von ihr erfassten Arbeitnehmer einen einklagbaren Anspruch auf diese.
- Für alles Weitere zum betrieblichen Mitbestimmungsrecht sei auf den **Schwerpunkt Arbeitsrecht** verwiesen.

3. Betriebliche Übung

Literatur:	Rechtsprechung:
Barton, Betriebliche Übung und private Nutzung des Internetarbeitsplatzes, NZA 2006, 460 ff. *Hromadka*, Zur betrieblichen Übung, NZA 1984, 241 ff. *Ulrici*, Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle, BB 2005, 1902 ff. *Walker*, Die betriebliche Übung, JuS 2007, 1 ff.	BAG v. 16.1.2002 – 5 AZR 715/00, NZA 2002, 632 ff. BAG v. 24.11.2004 – 10 AZR 202/04, NZA 2005, 349 ff. BAG v. 20.6.2007 – 10 AZR 410/06, NZA 2007, 1293 ff. BAG v. 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 ff.

a) Begriff

- In der betrieblichen Praxis entwickeln sich häufig Gewohnheiten und Bräuche, die das Leben des Betriebs mit gewisser Gesetzmäßigkeit bestimmen, ohne dass dies durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder auf sonstiger Rechtsgrundlage festgelegt wäre. Beispiele: Der Arbeitgeber gewährt jedes Jahr an Rosenmontag, Heiligabend und Silvester Arbeitsbefreiung,[510] zahlt jährlich ein zusätzliches Urlaubs- bzw. Weihnachtsgeld[511] oder nimmt Bezug auf einen Tarifvertrag, obwohl er gar nicht an diesen gebunden ist.[512] Probleme entstehen, wenn der Arbeitgeber diese Leistungen einstellen oder

[508] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 73; *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, Rn. 425.
[509] BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168; *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 889.
[510] Vgl. hierzu BAG v. 6.9.1994 – 9 AZR 672/92, NZA 1995, 418.
[511] Vgl. hierzu z.B. BAG v. 16.4.1997 – 10 AZR 705/96, NZA 1998, 423.
[512] Vgl. herzu BAG, v. 11.7.2018 – 4 AZR 443/17, NJW 2018, 3666 m.w.N.

einschränken will. Hier stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer auf Grund des in der Vergangenheit gezeigten Verhaltens auch für die Zukunft Fortgewährung der Leistungen verlangen kann.

- Nach allgemeiner Auffassung bleibt die **regelmäßige Wiederholung gleichförmiger Verhaltensweisen nicht ohne Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis**. Vielmehr kann im Einzelfall ein Anspruch des Arbeitnehmers aus betrieblicher Übung auf Leistungsgewährung auch für die Zukunft erwachsen. Unter betrieblicher Übung wird also die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers verstanden, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden.[513]

b) Anspruchsgrundlage

- Über die dogmatische Begründung der betrieblichen Übung besteht Streit. Bedeutend sind insbesondere zwei Theorien: Nach der ersten Ansicht stellt die betriebliche Übung einen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungstatbestand dar (sog. **Vertragstheorie**).[514] Nach der zweiten Ansicht handelt es sich um einen Tatbestand der Vertrauenshaftung. Die Bindungswirkung beruht darauf, dass der Arbeitgeber durch die mehrmalige vorbehaltlose Leistungsgewährung einen Tatbestand gesetzt hat, auf dessen Fortgeltung der Arbeitnehmer vertrauen darf (sog. **Vertrauenstheorie**)[515].
- Dieser Meinungsstreit hat allerdings für die Begründung des Anspruchs aus betrieblicher Übung keine Bedeutung, weil hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen zwischen beiden Auffassungen keine Unterschiede bestehen. Er gewinnt nur Bedeutung für die Beendigung der betrieblichen Übung, nämlich für die Frage, ob der Arbeitgeber die betriebliche Übung durch einseitige Erklärung wieder beseitigen kann.
- Die besseren Gründe sprechen für die in ständiger Rechtsprechung vom BAG vertretene Vertragstheorie, wonach in der vorbehaltlosen mehrfachen Gewährung einer bestimmten Leistung ein konkludentes Angebot des Arbeitgebers auf Leistungsgewährung auch in der Zukunft zu sehen ist, das der Arbeitnehmer ebenfalls konkludent annimmt, indem er die Leistung entgegennimmt und nicht zurückweist (§ 151 S. 1 BGB). Der Inhalt der betrieblichen Übung geht also kraft konkludenter einzelvertraglicher Vereinbarung in die einzelnen Arbeitsverhältnisse ein. Aus ihr erwachsen vertragliche Ansprüche, sofern und soweit die begünstigten Arbeitnehmer aus ihrer Sicht die tatsächliche Übung dahin verstehen durften, dass der Arbeitgeber sich habe binden wollen.[516] Das gleichförmige Verhalten ist also Grundlage für die Annahme einer konkludenten Willenserklärung.

c) Tatbestandsvoraussetzungen

- Voraussetzung für die Entstehung einer betrieblichen Übung ist, dass es nicht bei einem einmaligen (Leistungs-)Vorgang bleibt, sondern durch **mehrfache, ununterbrochene, gleichförmige und vorbehaltlose Wiederholung** bei dem Arbeitnehmer der Eindruck hervorgerufen wird, der Arbeitgeber werde die betreffenden Leistungen auch zukünftig gewähren. An die Stetigkeit des Verhaltens sind dabei keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Nach ständiger Rechtsprechung des *BAG* reicht bei der Gratifikationsgewährung eine dreimalige, ununterbrochene Leistungsgewährung aus.[517] Hat der Arbeitgeber

[513] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 95.
[514] BAG v. 18.9.2002 – 1 AZR 477/01, NZA 2003, 337 f.; *Walker*, JuS 2007, 1, 3 f.; *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 98.
[515] MüHBAR/*Richardi*, § 8 Rn. 18 f.; *Singer*, ZfA 1993, 487.
[516] BAG v. 4.9.1985 – 7 AZR 262/83, NZA 1986, 521; *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 97.
[517] BAG v. 23.4.1963 – 3 AZR 173/62, NJW 1963, 1893; BAG v. 28.2.1996 – 10 AZR 516/95, NZA 1996, 758; BAG v.

z.B. in drei aufeinanderfolgenden Jahren dem Arbeitnehmer Weihnachtsgeld gezahlt, dann entsteht hieraus grds. ein Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Weihnachtsgeld auch für das vierte und die Folgejahre. Nach neuer Rechtsprechung ist es nicht mehr notwendig, dass die Sonderzuwendung in jedem Jahr in gleicher Höhe gezahlt wird, eine betriebliche Übung kann vielmehr auch bei schwankenden Zahlungen entstehen.[518]

- Weitere Voraussetzung ist allerdings, dass der **Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Art der betreffenden Leistung wirklich auf einen Verpflichtungswillen des Arbeitgebers für die Zukunft schließen durfte**. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Arbeitgeber offensichtlich auf den konkreten Einzelfall bezogene Entscheidungen treffen wollte. Eine betriebliche Übung entsteht also z.B. nicht, wenn – für den Arbeitnehmer erkennbar – aus der Art und Weise der Leistungsgewährung deutlich wird, dass es sich um eine auf das jeweilige Jahr bezogene Vergünstigung handeln soll,[519] bzw. wenn generell für den Arbeitnehmer ersichtlich ist, dass der Arbeitnehmer sich nicht binden wollte.[520]

d) Rechtsgeschäftlich vereinbarte Form und betriebliche Übung

- Geändert hat sich in den letzten Jahren die Rechtsprechung zu der Frage, ob eine (doppelte) **Schriftformklausel** die Entstehung einer betrieblichen Übung verhindern kann. Eine **einfache Schriftformklausel genügt nicht**, denn die Vertragsparteien können das für eine Vertragsänderung vereinbarte Schriftformerfordernis jederzeit schlüssig und formlos aufheben, auch bei einer Vertragsänderung durch betriebliche Übung.[521] Eine **doppelte Schriftformklausel kann** demgegenüber der Begründung eines Anspruchs aus betrieblicher Übung **entgegenstehen**, sofern sie wirksam ist. Eine konkludente Abänderung kommt hier nicht in Betracht, weil die doppelte Schriftformklausel gerade auch für ihre Änderung die Schriftform erfordert. Die betriebliche Übung ist auch keine Individualabrede, da sie nicht einzeln ausgehandelt wird und setzt sich daher nicht gem. § 305b BGB gegenüber der doppelten Schriftformklausel durch.[522]
- Ist die Schriftformklausel aber so weit gefasst, dass sie beim Arbeitnehmer den Eindruck erweckt, jede spätere vom Vertrag abweichende mündliche Abrede sei entgegen § 305b BGB nichtig, benachteiligt sie den Arbeitnehmer unangemessen und ist wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 i.V.m. S. 1 BGB unwirksam.[523] In diesem Fall kann dennoch eine betriebliche Übung entstehen.
- Außerdem ist **§ 309 Nr. 13 BGB n.F.** zu beachten, der seit 1.10.2016 die Vereinbarung einer strengeren Form als der **Textform in AGB** für unwirksam erklärt. Informiert der Arbeitgeber also z.B. per Schreiben oder Email über die Gewährung eines Weihnachtsgeldes und legt man dies gem. der Vertragstheorie als Angebot zur Vertragsänderung aus, so wahrt dies die Textform gem. § 126b BGB. Dies wirft als **Spezialproblem** die Frage auf, ob die Annahme formgerecht erfolgen muss und ob deren Zugang entbehrlich ist.

16.4.1997 – 10 AZR 705/98, NZA 1998, 423 f.

[518] BAG v. 13.5.2015 – 10 AZR 266/14, AuR 2015, 374; anders noch BAG v. 28.2.1996 – 10 AZR 516/95, NZA 1996, 758.

[519] BAG v. 16.4.1997 – 10 AZR 705/98, NZA 1998, 423 f.

[520] BAG, v. 27.2.2019 – 5 AZR 354/18, NJW 2019, 2563.

[521] BAG v. 14.9.2011 − 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81, 82; anders früher: BAG v. 27.3.1987 – 7 AZR 527/85, BB 1987, 1885.

[522] BAG v. 20.5.2008 – 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233, 1236.

[523] BAG v. 20.5.2008 – 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233, 1236 f.; *Schaub*, ArbR-HdB, § 110 Rn. 20.

- Der Entschluss des Antragsempfängers, den **Antrag anzunehmen**, muss auch bei Anwendung des § 151 S. 1 BGB „objektivierbar" nach außen zutage treten.[524] Die Annahme muss also in jedem Fall formgerecht erklärt werden. Grds. muss eine empfangsbedürftige Willenserklärung auch an den Erklärungsempfänger, in diesem Fall den Arbeitgeber, gerichtet werden.[525] Die Willenserklärung, die nicht zugehen muss, ist aber wie eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung zu behandeln.[526] Diese wird bereits mit Vollendung des Erklärungsvorgangs wirksam.[527] Dann würde es ausreichen, wenn der Arbeitnehmer seinen Annahmewillen in Textform gegenüber irgendeinem Empfänger bekundet, es würde also z.B. eine zustimmende Äußerung in einem Chat mit Kollegen genügen.
- Zudem ist fraglich, ob der **Zugang beim Arbeitgeber entbehrlich** ist. Der Zugang ist gem. § 151 S. 1 Alt. 1 BGB entbehrlich, wenn dies nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Dies ist in der Regel der Fall bei einem dem Angebotsempfänger lediglich vorteilhaften Geschäft.[528] Auch der Zugang einer formbedürftigen Annahmeerklärung kann nach der Rechtsprechung des BGH entbehrlich sein.[529] Dem stünde auch der Formzweck nicht entgegen, denn die Textform hat Dokumentations- und Informationsfunktion,[530] die damit gewahrt wäre. Damit ließe sich in diesem Fall ein Zustandekommen einer betrieblichen Übung trotz doppelter Textformklausel konstruieren, sofern der Arbeitnehmer seinen Annahmewillen irgendwie in Textform kundgetan hat. Vertretbar ist selbstverständlich auch das Gegenteil.

e) Neu eingetretene Arbeitnehmer

- Problematisch ist, ob sich **neu eingetretene Arbeitnehmer**, die noch nicht in den Genuss von Leistungen gekommen sind, auf eine im Betrieb bestehende Übung anspruchsbegründend berufen können[113]. Ein unmittelbarer Rückgriff auf die Grundsätze der betrieblichen Übung ist ausgeschlossen, weil gegenüber neu eingetretenen Arbeitnehmern die anspruchsbegründenden Voraussetzungen der Betriebsübung nicht bestehen. Gleichwohl wollen Rechtsprechung und h. L. einen Anspruch im Wege der Vertragsauslegung gewähren, weil diese Arbeitnehmer redlicherweise erwarten könnten, ebenso wie vergleichbare Arbeitnehmer gestellt zu werden.[531] Angesichts des Grundsatzes der Privatautonomie besteht aber für ein solches Vertrauen keine Rechtsgrundlage. Grundlage eines Rechtsanspruchs kann vielmehr nur die zugunsten der übrigen Mitarbeiter bestehende betriebliche Übung i.V.m. dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz sein.[532] Der Unterschied zur h. L. besteht darin, dass der Arbeitgeber sich noch nach Vertragsschluss frei entscheiden kann, bisher allgemein gewährte Leistungen zukünftig neu eingetretenen Mitarbeitern nicht mehr zu gewähren.[533]
  Fall zum Thema: Boemke, Fallsammlung zum Arbeitsrecht, Klausur 6 unter B; Oetker, 30 Klausuren aus dem Individualarbeitsrecht, S. 15, 93, 94 f.

---

[524] BGH v. 21.10.2004 – III ZR 380/03, MMR 2005, 44, 45.
[525] MüKoBGB/*Einsele*, § 130 BGB Rn. 13.
[526] BeckOK BGB/*Eckert*, § 151 BGB Rn. 6.
[527] MüKoBGB/*Einsele*, § 130 BGB Rn. 13.
[528] BGH v. 22.2.1999 – II ZR 99/98, NJW 1999, 1328; BGH v. 14.10.2003 – XI ZR 101/02, NJW 2004, 287 f.; MüKoBGB/*Busche*, § 151 BGB Rn. 5.
[529] BGH v. 22.2.1999 – II ZR 99/98, NJW 1999, 1328; BGH v. 27.4.2004 – XI ZR 49/03, NJW-RR 2004, 1683.
[530] Palandt/*Ellenberger*, § 126b BGB Rn. 1.
[531] BAG v. 5.7.1968 – 3 AZR 134/67, JuS 1969, 97; MüHBAR/*Richardi*, § 8 Rn. 17, 21.
[532] *Backhaus*, AuR 1983, 65, 70 f.; *Schaub*, ArbR-HdB, § 100 Rn. 17a.
[533] BAG v. 13.10.1960 – 5 AZR 284/59, DB 1960, 1425; *Boemke*, Fallsammlung zum Arbeitsrecht, Klausur 6, S. 190 f.

f) Ausschluss der Bindungswirkung

- Ein bestandskräftiger, für die Zukunft vom Arbeitgeber nicht einseitig zu beseitigender Anspruch aus betrieblicher Übung entsteht nur bei vorbehaltloser Gewährung der Leistung durch den Arbeitgeber. Dieser hat jedoch die **Möglichkeit, durch einen Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalt eine Bindung für die Zukunft auszuschließen**.
- Der **Freiwilligkeitsvorbehalt** schließt jede Bindung des Arbeitgebers für die Zukunft aus. Er setzt voraus, dass für den Arbeitnehmer als Empfänger der Erklärung gemäß §§ 133, 157 BGB hinreichend deutlich wird, dass trotz Leistungsgewährung eine Bindung für die Zukunft nicht eingegangen werden soll.[534] Nicht ausreichend ist jedoch die bloße Bezeichnung als „freiwillige soziale Leistung"[535] oder ein pauschaler Freiwilligkeitsvorbehalt im Vertrag[536]. Ein wirksamer Freiwilligkeitsvorbehalt schließt die Entstehung einer anspruchsbegründenden Betriebsübung auch dann aus, wenn der Arbeitgeber jahrelang allgemeine Leistungen, aber unter Vorbehalt, gewährt hat.[537]
- Anders als der Freiwilligkeitsvorbehalt schließt der **Widerrufsvorbehalt** eine Rechtsbindung des Arbeitgebers nicht aus. Er räumt diesem jedoch das Recht ein, sich von der betrieblichen Übung durch einseitigen Widerruf zu lösen. Der Unterschied zwischen Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalt wird deutlich, wenn der Arbeitgeber untätig bleibt. Beim Freiwilligkeitsvorbehalt ist keine Rechtsbindung entstanden; die Arbeitnehmer können daher keine Leistung verlangen.[538] Beim Widerrufsvorbehalt ist der Anspruch aus der Betriebsübung entstanden; die Leistung kann so lange verlangt werden, bis der Arbeitgeber seine Leistungsverpflichtung widerruft. Der Widerruf wirkt nur für die Zukunft, d.h. der Widerruf beseitigt nur solche Ansprüche, die nach Zugang fällig werden.[539]
- Eine **Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt**, dergestalt, dass aus der Zusage kein Rechtsanspruch für die Zukunft folgt und der Anspruch unter bestimmten Voraussetzungen widerrufbar verstößt gegen das Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und ist **unwirksam**. Für den Arbeitnehmer wird nicht klar wird, ob eine Bindung für die Zukunft ausgeschlossen werden oder diese lediglich widerruflich sein soll.[540] Im Ergebnis steht dem Arbeitnehmer dann ein Anspruch auf zukünftige Leistungen ohne Widerrufsvorbehalt zu.

g) Beseitigung der betrieblichen Übung

- Soweit eine betriebliche Übung für den Arbeitgeber Verpflichtungswirkung entfaltet, tritt eine Vertragsbindung ein. Der Anspruch des Arbeitnehmers kann dementsprechend grds. nur durch Abschluss eines **Änderungsvertrags** beseitigt werden. Der Arbeitgeber kann zu diesem Zwecke allerdings auch eine **Änderungskündigung** aussprechen; soweit der Arbeitnehmer Kündigungsschutz genießt, muss die Änderungskündigung aber sozial gerechtfertigt sein (§ 2 KSchG).
- Hat sich der Arbeitgeber den **Widerruf** einer Leistung vorbehalten, dann kann er die Betriebsübung auch durch einseitigen Widerruf beseitigen. Unter welchen Voraussetzungen der Widerruf zulässig ist, richtet sich nach dem Vorbehalt. Stellt die Vorbehaltsregelung hierfür keine Grundsätze auf, dann hat der Arbeitgeber gemäß § 315 BGB

[534] BAG v. 11.4.2000 – 9 AZR 255/99, NZA 2001, 24.
[535] BAG v. 11.4.2000 – 9 AZR 255/99, NZA 2001, 24.
[536] BAG v. 14.09.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81, 83 Rn. 20 ff.
[537] BAG v. 6.9.1994 – 9 AZR 672/92, NZA 1995, 418.
[538] BAG v. 12.1.2000 – 10 AZR 840/98, NZA 2000, 944, 945.
[539] BAG v. 11.4.2000 – 9 AZR 255/99, NZA 2001, 24.
[540] BAG v. 14.09.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81, 82 Rn. 18 f.

billiges Ermessen zu wahren,[541] d.h. ein Widerruf wird nur aus sachlichem Grunde unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Arbeitnehmer zulässig sein. Allerdings ist im Regelfalle ein Widerrufsvorbehalt, der die Voraussetzungen des Widerrufsrechts nicht hinreichend deutlich bestimmt, wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam.[542]

- Nach der Lehre von der Vertrauenshaftung soll ein einseitiger Widerruf durch den Arbeitgeber auch dann in Betracht kommen, wenn auf Grund der eingetretenen Entwicklung unter Berücksichtigung von Art und Gründen der Entstehung der Betriebsübung das Festhalten an der Bindung nicht mehr zumutbar ist, wenn also sachliche Gründe für den Widerruf vorhanden sind.[543] Vom zutreffenden Standpunkt der Vertragstheorie aus kann dem nicht gefolgt werden. Von einer einmal begründeten Vertragsbindung kann sich der Arbeitgeber nach allgemeinen Grundsätzen nur im Wege der (Änderungs-)Vereinbarung lösen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn ihm eine entsprechende Berechtigung zur einseitigen Lösung wirksam vertraglich eingeräumt worden ist.[544]
- Eine einmal entstandene betriebliche Übung kann ihrerseits wiederum durch eine **neue betriebliche Übung** geändert werden, und zwar nicht nur zugunsten, sondern auch zulasten der Arbeitnehmer. Dies folgt daraus, dass die betriebliche Übung der Sache nach eine Vertragsergänzung bzw. -änderung darstellt und deswegen ihrerseits durch vertragliche Vereinbarung abbedungen oder ergänzt werden kann. Voraussetzung ist allerdings, dass dem Gesamtverhalten der Beteiligten die konkludente Willenserklärung zur Änderung einer bestehenden betrieblichen Übung zu entnehmen ist. Teilt der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern mit, er werde wegen der wirtschaftlichen Lage des Betriebs in der Zukunft kein Weihnachtsgeld mehr zahlen, dann liegt in der widerspruchslosen Weiterarbeit der Arbeitnehmer keine konkludente Annahme des Änderungsangebots. Es handelt sich hierbei nämlich um ein bloßes Schweigen des Erklärungsempfängers, das nach allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätzen nicht als Zustimmung zu werten ist, sondern dem kein rechtlicher Erklärungswert ("Nullum") zukommt.[545] Ein Schweigen ist im Rechtsverkehr nämlich grds. als Ablehnung zu verstehen.[546] Nachdem es zwischenzeitlich anders geurteilt hatte, hat sich auch das BAG dieser Sichtweise angeschlossen.[547]

4. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz

Literatur: *Schreiber*, Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, Jura 2010, 499 ff. *Wank*, Übungen, Fall 3, S. 48 ff. Rechtsprechung:	BAG v. 13.11.1985 – 4 AZR 234/84, NZA 1986, 321 ff. BAG v. 17.11.1998 – 1 AZR 147/98, NZA 1999, 606 ff. BAG v. 26.9.2007 – 10 AZR 569/06, NZA 2007, 1424 ff.

[541] BAG v. 12.1.1994 – 5 AZR 41/93, NZA 1994, 694.
[542] ErfK/*Preis*, § 310 BGB Rn. 51.
[543] *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, S. 73.
[544] BAG v. 23.4.1963 – 3 AZR 173/62, NJW 1963, 1893; BAG v. 5.2.1971 – 3 AZR 28/70, NJW 1971, 1422, 1424; *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 108.
[545] BAG v. 14.8.1996 – 10 AZR 69/96, NJW 1997, 212; *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 109.
[546] MüKoBGB/*Busche*, § 147 BGB Rn. 6.
[547] BAG v. 18.3.2009 – 10 AZR 281/08, NZA 2009, 601, 602 Rn. 14.

a) Begriff

- Besondere Bedeutung als **Anspruchsgrundlage** kommt im Arbeitsrecht dem **Gleichbehandlungsgrundsatz** zu, dessen praktische Hauptanwendungsfälle die Gewährung von Gratifikationen, Ruhegeldern und sonstigen Sonderzuwendungen sind. Steht dem Arbeitnehmer auf eine solche Leistung ein Anspruch weder aus Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung noch aus einer einzelvertraglichen Abrede zu, gewährt der Arbeitgeber aber solche Sonderleistungen ganz allgemein an die übrigen Mitarbeiter, dann kann der Arbeitnehmer einen Anspruch u. U. aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten geltend machen. Der **Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber nämlich, seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, gleich zu behandeln**. Der Arbeitgeber darf einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern im Vergleich zu anderen, vergleichbaren Arbeitnehmern nicht willkürlich, also sachfremd, schlechter stellen; untersagt ist die sachlich unbegründete Durchbrechung gruppenbezogener Regelungen zum Nachteil einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen.[548]

b) Rechtsgrundlagen

- Bevor im Rahmen einer Fallbearbeitung auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zurückgegriffen wird, ist zu überprüfen, ob der Gesetzgeber nicht **besondere Gleichbehandlungsgebote** normiert hat. In Betracht kommen insbesondere:

  - Art. 157 AEUV: Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen
  - § 7 i.V.m. §§ 1, 3 Abs. 2 AGG: Keine Benachteiligung aus Gründen der Rasse[549] oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. [550]
  - § 4 Abs. 1 TzBfG: Gleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten mit Vollzeitkräften
  - § 4 Abs. 2 TzBfG: Gleichbehandlung von befristeten und unbefristeten Beschäftigten

- Erst wenn keiner der speziellen Gleichbehandlungsgrundsätze eingreift, kann der Anspruch auf Gleichbehandlung auf den all**gemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** gestützt werden. Für dessen Geltung werden die unterschiedlichsten Rechtsgrundlagen genannt;[551] in der Fallbearbeitung kann diese Frage aber letztlich dahinstehen, weil dieses Rechtsinstitut inzwischen **gewohnheitsrechtlich anerkannt** ist.[552]

c) Tatbestandsvoraussetzungen

- Die besonderen Gleichbehandlungsgebote unterscheiden sich vom allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz insoweit, als sie eine Differenzierung nur im Hinblick auf bestimmte Tatbestandsmerkmale (Mann/Frau; Teilzeitkraft/Vollzeitkraft) oder im Hinblick auf bestimmte Rechtsfolgen verbieten. Trotz der Unterschiede im Tatbestand stimmen die Gleichbehandlungsgebote in ihrer sachlichen Struktur überein. **Untersagt ist**

---

[548] BAG v. 19.8.1992 – 5 AZR 513/91, NZA 1993, 171 f.; BAG v. 19.4.1995 – 10 AZR 344/94, NZA 1995, 985 f.; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 58 f.; *Reichold*, Arbeitsrecht, § 8 Rn. 26.
[549] Zur Problematik der Verwendung des Rassebegriffs *Nickel*, NJW 2001, 2668, 2670.
[550] Nach BAG v. 25.2.2010 – 6 AZR 911/08, NZA 2010, 561 f. Rn. 16, gibt § 7 Abs. 1 AGG einen Erfüllungsanspruch auf Gleichbehandlung. Auch ein Anspruch aus dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, unmittelbar aus § 15 Abs. 1 AGG oder aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 7 Abs. 3 AGG kann diskutiert werden. Inhaltlich geht es aber immer darum, ob ein Verstoß gegen die §§ 1, 7 AGG vorliegt. Vgl. dazu *Boemke*, JuS 2016, 249 ff.
[551] Ausführlicher Überblick bei *Marhold/Beckers*, AR-Blattei SD 800.1 Rn. 7 ff.
[552] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 52; *Reichold*, Arbeitsrecht, § 8 Rn. 26.

jede Diskriminierung, also sachwidrige Ungleichbehandlung, sodass die Prüfungsfolge grds. die gleiche ist; Besonderheiten bestehen nur beim Institut der mittelbaren Diskriminierung.

- Im Allgemeinen werden für die Anwendung des **Gleichbehandlungsgrundsatzes drei Voraussetzungen** genannt:
  - der Arbeitgeber muss eine gruppenbezogene, allgemeingültige Regel aufstellen;
  - einzelne Arbeitnehmer oder auch Gruppen von Arbeitnehmern müssen von der Regelung ausgenommen werden;
  - es muss eine Ungleichbehandlung vorliegen, d.h. trotz Vergleichbarkeit von begünstigten und nicht begünstigten Arbeitnehmern besteht kein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung.
- Hieraus folgt:
  - **Kein Verbot der individuellen Bevorzugung**: Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet nur die sachwidrige Benachteiligung einzelner Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, nicht aber die willkürliche Bevorzugung einzelner Arbeitnehmer.[553] Der Arbeitgeber ist also nicht gehindert, einzelne Mitarbeiter aus einer kollektiven Entgeltregelung herauszunehmen und diesen zusätzliche Sonderleistungen zu gewähren.[554]
  - **Kein Erfordernis der Bevorzugung einer Mehrheit**: Die Benachteiligung einzelner Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern bedeutet nicht, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz erst eingreift, wenn mindestens 50 v. H. der vergleichbaren Arbeitnehmer an einer günstigeren Ordnung teilnehmen. Vielmehr kann Gleichbehandlung immer dann verlangt werden, wenn der Arbeitgeber keine individuellen Einzelfallentscheidungen trifft, sondern Leistungen nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt.[555] Er muss dann sämtlichen Arbeitnehmern, bei denen die von ihm normierten Voraussetzungen vorliegen, die Leistung gewähren, und zwar auch dann, wenn die Zahl der übergangenen größer ist als die der begünstigten Arbeitnehmer.
  - **Vorliegen einer Ungleichbehandlung**: Dies ist gleichbedeutend damit, dass kein sachlicher Grund für die Differenzierung vorliegt, weil ansonsten beide Gruppen gerade nicht vergleichbar sind.[556] Eine Differenzierung scheidet aus, wenn sie entweder an ein unzulässiges Kriterium[557] oder ein unzulässiges Ziel[558] anknüpft oder wenn zwischen Differenzierungskriterium und -ziel kein sachlicher Zusammenhang besteht. Bei letzterem ist regelmäßig zu fragen, ob die von der Leistung ausgeschlossenen Arbeitnehmer dieselben Gründe für sich in Anspruch nehmen können, die für die Leistung an die Begünstigten maßgeblich sind.[559]
- Nicht notwendig ist eine unmittelbare Diskriminierung. Den Begriff der **mittelbaren Diskriminierung** definiert **§ 3 Abs. 2 AGG**. Voraussetzung ist danach, dass dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien und Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen, es sei denn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich. Für eine **mittelbare Diskriminierung** ist dementsprechend erforderlich[560]:
  - Regelung, die eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern ausschließt (= Ungleichbehandlung);

---

[553] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 58a.
[554] BAG v. 19.8.1992 – 5 AZR 513/91, NZA 1993, 171.
[555] BAG v. 17.5.1978 – 5 AZR 132/77, NJW 1979, 181 f.; BAG v. 25.1.1984 – 5 AZR 251/82, NZA 1984, 323, 325; BAG v. 19.4.1995 – 10 AZR 344/94, NZA 1995, 985 f.
[556] *Boemke*, Studienbuch, § 5 Rn. 130.
[557] Z. B. die oben genannten Kriterien oder eine Unterscheidung zwischen organisierten und nichtorganisierten Arbeitnehmern, die gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstößt. Allerdings können die Nichtorganisierten keine tariflichen Leistungen nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz verlangen, da die Tarifbindung gem. §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG ein sachlicher Grund ist, vgl. BAG v. 17.10.1995 – 3 AZR 882/94, NZA 1996, 656.
[558] Bspw. regelmäßig die nachträgliche Gewährung von Streikbruchprämien, da dies gegen das Maßregelungsverbot gem. § 612a BGB verstößt, vgl. BAG v. 13.7.1993 – 1 AZR 676/92, NZA 1993, 1135, 1138.
[559] BAG v. 20.7.1993 – 3 AZR 52/93, NZA 1994, 125 f. So darf bei der Höhe des Weihnachtsgeldes nicht zwischen Arbeitern und Angestellten unterschieden werden, vgl. BAG v. 25.1.1984 – 5 AZR 251/82, NZA 1984, 323.
[560] BAG v. 14.10.1986 – 3 AZR 66/83, NZA 1987, 445 f.

- Betroffensein von wesentlich mehr Arbeitnehmern der einen als der anderen Gruppe;
- ausnahmsweise ist die Diskriminierung gerechtfertigt, wenn die Differenzierung einem rechtmäßigen Ziel dient und für die Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist (= sachlicher Grund[561]).

Wird z.B. eine gute Beherrschung der deutschen Sprache zur Voraussetzung für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit erhoben, kann eine mittelbare Benachteiligung wegen ethnischer Herkunft vorliegen, weil die Mehrzahl der davon nachteilig Betroffenen nicht deutscher Herkunft ist; zu prüfen ist dann, ob eine sachliche Rechtfertigung vorliegt.[562]

d) Rechtsfolge eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz

- Aus einem Verstoß des Arbeitsgebers gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz können **verschiedene Rechtsfolgen** resultieren.[563] Für den Arbeitnehmer **nachteilige Rechtsgeschäfte,** wie z.B. eine Kündigung, sind gem. § 134 BGB **nichtig**.[564]
- Fraglich ist, wie eine **positive Ungleichbehandlung** beseitigt wird. Das heißt, ob der Arbeitnehmer bei gleichheitswidriger Vergütung verpflichtet ist, den benachteiligten Arbeitnehmern die vorenthaltenen Leistungen zu zahlen („Anpassung nach oben") oder ob er die Gleichbehandlung auch durch Streichung der Leistung bei den begünstigten Arbeitnehmern herstellen darf. Nach herrschender Meinung hat der Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz jedenfalls **für die Vergangenheit anspruchserzeugende Wirkung**, da eine Rückforderung von den begünstigten Arbeitnehmern wegen des Vertrauensschutzes rechtlich nicht in Frage kommt und die Gleichbehandlung daher nur durch Gewährung der Leistung an diese hergestellt werden kann.[565] **Für die Zukunft hingegen ist zu differenzieren**: Wurden einzelne Arbeitnehmer von der Leistung ausgeschlossen, so ist ihnen diese zu gewähren.[566] Wurden hingegen die Arbeitnehmergruppen falsch abgegrenzt und würde die Erstreckung der Leistung auf einen sehr viel größeren Personenkreis u. U. zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen, so ist es in sein Ermessen gestellt, wie er die Gleichheit herstellt.[567] Nach anderer Ansicht ist dies nicht dem Ermessen des Arbeitgebers überlassen, sondern es ist an § 139 BGB anzuknüpfen, wonach der hypothetische Parteiwille entscheidet.[568]

---

[561] *Gamillscheg*, Arbeitsrecht I, S. 66.
[562] ErfK/*Schlachter*, § 1 AGG Rn. 5.
[563] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 59.
[564] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 59; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 33 Rn. 1480.
[565] BAG v. 28.7.1992 – 3 AZR 173/92, NZA 1993, 215; BAG v. 25.11.1993, NZA 1994, 788; *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 141; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 53; *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, Rn. 147; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 33 Rn. 1482.
[566] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 140.
[567] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 140; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 53; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 33 Rn. 1486; *Reichold*, Arbeitsrecht, § 8 Rn. 26.
[568] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 59.

e) **Prüfungsschema**

I. Rechtsgrundlage für Gleichbehandlung
1. Spezialgesetzliche Ausprägungen
2. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz
Dogmatische Grundlagen sind streitig, inzwischen gewohnheitsrechtliche Anerkennung

II. Tatbestandsvoraussetzungen
1. Gruppenbezogene Regelung
a) Allgemeine Vergünstigung für eine Gruppe von Arbeitnehmern
b) Nicht: Individuelle Begünstigung einzelner Arbeitnehmer
2. Herausnahme einzelner Arbeitnehmer oder einer Gruppe von Arbeitnehmern
3. Ungleichbehandlung
a) Vergleichbarkeit der begünstigten und der nichtbegünstigten Arbeitnehmer
b) Fehlen eines sachlichen Grunds für die Differenzierung

III. Rechtsfolge
1. Grundsatz: Unwirksamkeit der allgemeinen Regelung
Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Gesamtzusage ist unwirksam mit der Folge, dass für die Zukunft Ansprüche grds. nicht mehr entstehen können
2. Ausnahme: Erstreckung der Regelung auf die ausgenommenen Arbeitnehmer
Voraussetzung: Privilegierte haben bestandskräftige Zusage

III. Lohn ohne Arbeit

Literatur:
Boemke, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 143 ff.
Dütz, Arbeitsrecht, § 5 Rn. 110 ff.
Hromadka/*Maschmann*, Arbeitsrecht Band 1, § 8 Rn. 1 ff.
Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 1, §§ 69-76
Preis, Individualarbeitsrecht, §§ 41 - 50
Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, §§ 95 – 103
Fälle:
Wank, Übungen, Fall 4, S. 59 ff

1. Regelungssystematik

- Erbringt der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung nicht zum vereinbarten Zeitpunkt, dann tritt damit in aller Regel zugleich auch **Unmöglichkeit** ein; die Leistungsverpflichtung des Arbeitnehmers hat nämlich im allgemeinen **Fixschuldcharakter**.[569] Die Rechtsfolgen einer solchen Unmöglichkeit regeln sich nach allgemeinem Schuldrecht (§§ 275 ff., 320 ff. BGB). Als rechtlicher **Grundsatz** gilt: **Ohne Arbeit kein Lohn**.[570] Kann der Arbeitnehmer nicht arbeiten oder ist ihm die Erbringung der Arbeitsleistung unzumutbar, wird er nach § 275 Abs. 1 bzw. 3 BGB von seiner Leistungspflicht frei (bei Vertretenmüssen können Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers nach §§

[569] BAG v. 17.3.1988 – 2 AZR 576/87, NZA 1989, 261; BAG v. 19.8.2015 – 5 AZR 975/13, NZA 2015, 1460, 1461 Rn. 23; ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 676; MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 611 BGB Rn. 1040.
[570] *Reichold*, Arbeitsrecht, § 8 Rn. 42.

280 Abs. 1, 283 BGB bestehen); zugleich verliert er aber auch nach § 326 Abs.1 BGB seinen Anspruch auf die Gegenleistung.[571]

- Etwas **anderes gilt nur dann, wenn eine Gegennorm dem Arbeitgeber das Gegenleistungsrisiko überbürdet**, den Arbeitgeber also weiterhin zur Gegenleistung verpflichtet, obwohl dieser seine Leistung nicht erhält. Gerade im Arbeitsrecht gibt es von der Regel keine Leistung ohne Gegenleistung zahlreiche wichtige Ausnahmen, sodass der Arbeitnehmer häufig trotz Nichtleistung der Arbeit weiterhin den Lohn verlangen kann.
- Kommt ein Anspruch auf Lohn ohne Arbeit in Betracht, dann muss in der **Prüfungssituation** sauber zwischen der Anspruchsgrundlage sowie der Begründung, dem Erlöschen und der Durchsetzbarkeit des Anspruchs unterschieden werden. **Anspruchsgrundlage** bleibt auch in diesen Fällen § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. dem Arbeitsverhältnis, nicht etwa kann der Anspruch aus der Gegennorm hergeleitet werden; vgl. z.B. § 616 Satz 1 BGB, wonach der Dienstverpflichtete des Anspruchs auf die Vergütung nicht "verlustig" wird, also vorausgesetzt wird, dass nach allgemeinen Vorschriften ein Lohnanspruch besteht. Die **Entstehung des Anspruchs** setzt lediglich die wirksame Begründung des Arbeitsverhältnisses, nicht aber die Erbringung der Arbeitsleistung voraus.[572] Dies ist nur von Bedeutung für ein etwaiges Erlöschen des Anspruchs, ggf. dessen Durchsetzbarkeit.
- Steht fest, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht erbracht hat, liegt damit in der Regel (Teil-)Unmöglichkeit vor, mit der Folge, dass damit grds. auch der Anspruch auf die Gegenleistung nach § 326 Abs. 1 BGB (zeitanteilig) **erlischt**. Im Einzelfall kann § 326 Abs. 1 BGB abbedungen, also vereinbart sein, dass der Arbeitnehmer trotz Nichtleistung der Arbeit seine Vergütung weiter erhält. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn der Arbeitnehmer nach Kündigung, aber vor Ablauf der Kündigungsfrist unter Lohnfortzahlung freigestellt wird.
- Erst wenn festgestellt worden ist, dass nach allgemeinen Grundsätzen der Entgeltanspruch mangels Arbeitsleistung entfallen würde, ist zu prüfen, ob die **Voraussetzungen einer Gegennorm** erfüllt sind, die abweichend von § 326 Abs. 1 BGB den Anspruch des Arbeitnehmers auf den Lohn trotz Nichtleistung der Arbeit aufrecht erhält.
- Allgemein ist daher wie folgt zu prüfen:

I. Entstehung des Lohnanspruchs gem. § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. Arbeitsverhältnis
II. Erlöschen des Lohnanspruchs gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB
  1. Unmöglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung gem. § 275 BGB wegen Fixschuldcharakter
  2. Eingreifen einer anspruchserhaltenden Gegennorm – Hier ist jeweils die Gegennorm zu prüfen, das jeweilige Schema bei diesen kann hier also als „Baustein" eingesetzt werden.

[571] *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, Rn. 354.
[572] Grundlegend *Boemke/Jäger*, RdA 2016, 141 ff.

2. Entgeltfortzahlungstatbestände – Überblick

Die wichtigsten individualrechtlichen Entgeltfortzahlungstatbestände:

- §§ 3 ff. EFZG (Krankheit des Arbeitnehmers);
- §§ 1, 11 BUrlG (Erholungsurlaub);
- § 2 EFZG (Feiertag);
- § 326 Abs. 2 BGB (vom Arbeitgeber zu vertretende Unmöglichkeit)
- § 615 BGB (Annahmeverzug des Arbeitgebers);
- § 11 MuSchG (Beschäftigungsverbot nach §§ 3 Abs. 1, 4, 6 Abs. 2 oder Abs. 3, 8 Abs. 1, Abs. 3 oder Abs. 5 MuSchG);
- § 616 BGB (sonstige vorübergehende Verhinderung des Arbeitnehmers);
- Bildungsurlaub nach den entsprechenden Landesgesetzen (in Sachsen nicht erlassen).

3. Krankheit des Arbeitnehmers (§§ 3 ff. EFZG)

Literatur:
Boecken, Probleme der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle, NZA 1999, 673 ff.
Fälle:
Gitter, Arbeitsrecht, Fall 17, S. 6, 56 ff.
Heckelmann/Franzen, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 7, S. 79 ff.
Oetker, 30 Klausuren aus dem Individualarbeitsrecht, Fall 8, S. 11, 76 und Fall 9, S. 12, 80.

a) Voraussetzungen

Die Voraussetzungen bestimmen sich, soweit nicht für den Arbeitnehmer günstigere einzel- oder kollektivvertragliche Regelungen eingreifen (vgl. § 12 EFZG), nach §§ 3 ff. EFZG wie folgt:

aa) Arbeitnehmereigenschaft

- Es muss ein **Arbeitsverhältnis** bestehen.

bb) Arbeitsunfähigkeit

- Der Arbeitnehmer muss wegen der Schwere der Erkrankung seiner **Tätigkeit nicht oder doch nur auf die Gefahr hin nachgehen können, dass sich sein Gesundheitszustand verschlechtert**.[573] Ob dies der Fall ist, beurteilt sich stets nach der zu verrichtenden Tätigkeit und dem konkreten Arbeitnehmer.[574] Krankheitsbefunde, durch die der Arbeitnehmer an der Erbringung seiner Arbeitsleistung nicht verhindert wird, sind arbeitsrechtlich ohne Bedeutung. Keine Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer sich während der Arbeitszeit zu einem Arzt begibt, obwohl er beschwerdefrei arbeiten könnte (z.B. Vorsorgeuntersuchung); in einem solchen Falle kann allerdings § 616 BGB eingreifen.[575]
- Die Beweislast für die Arbeitsunfähigkeit trägt der Arbeitnehmer; er kann diesen Nachweis durch die Vorlage einer **ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung** führen. Der Arbeitgeber kann den Beweiswert der ärztlichen Bescheinigung nur erschüttern,

[573] BAG v. 25.6.1981 – 6 AZR 940/78, NJW 1982, 712.
[574] BAG v. 25.6.1981 – 6 AZR 940/78, NJW 1982, 712 f.
[575] Dazu *Gutzeit*, BB 1997, 737 f.

wenn er Umstände darlegt und beweist, die zu ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers Anlass geben.[576] Seiner Verpflichtung zur Lohnzahlung kann der Arbeitgeber nur durch den Nachweis entgehen, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit lediglich vorgetäuscht hat; es reicht nicht aus, wenn hieran lediglich ernste Zweifel bestehen.[577]

cc) Infolge Krankheit

- Die **Arbeitsunfähigkeit muss auf Krankheit beruhen**, diese also die **alleinige Ursache** für den Arbeitsausfall sein. Daher besteht kein Entgeltanspruch, wenn z.B. auf Grund vereinbarten Ruhens des Arbeitsverhältnisses oder vereinbarter Freistellung keine Arbeitspflicht bestand. Eine Ausnahme gilt nach § 9 BUrlG für den bezahlten Erholungsurlaub.

dd) Ohne ein Verschulden

- Im Allgemeinen richtet sich der Verschuldensmaßstab im Zivilrecht nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB (Vorsatz und jede Fahrlässigkeit, sofern nicht eine strengere oder mildere Haftung bestimmt oder aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist); eine solche mildere Haftung ist dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses zu entnehmen[578]: Für den Ausschluss der Entgeltfortzahlung reicht nach allgemeiner Auffassung nicht jeder noch so leichte Sorgfaltsverstoß aus, vielmehr ist entsprechend § 617 Abs. 1 S. 1 BGB nur ein Verhalten schädlich, das gröblich gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten verstößt, es muss also **grobe Fahrlässigkeit** vorliegen.[579] Danach wird die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle nur ganz ausnahmsweise ausgeschlossen sein, so z.B. wenn der Arbeitnehmer einen zwar unverschuldeten Verkehrsunfall erlitten hat, die Arbeitsunfähigkeit aber auf dem Nichtanlegen des Sicherheitsgurtes beruht (Verstoß gegen § 21a StVO).[580]
- Demgegenüber sind **Sportverletzungen** in aller Regel unverschuldet, auch wenn es sich um sog. gefährliche Sportarten handelt, soweit nicht der Arbeitnehmer in grober und leichtsinniger Weise gegen anerkannte Regeln der jeweiligen Sportart verstößt oder wenn er sich in einer Weise sportlich betätigt, die seine Kräfte und Fähigkeiten deutlich übersteigt.[581] Auch Arbeitsunfähigkeit infolge eines fehlgeschlagenen **Suizidversuchs**[582] oder einer **Suchterkrankung**[583] ist häufig unverschuldet. Kein Verschulden ist darin zu sehen, dass der Arbeitnehmer einen Unfall bei einer Nebentätigkeit erleidet[584], auch wenn diese verbotswidrig ausgeübt wurde[585].

---

[576] BAG v. 15.7.1992 – 5 AZR 312/91, NZA 1993, 23 f.; BAG v. 19.2.1997 – 5 AZR 83/96, NZA 1997, 652, 653 f.
[577] EuGH v. 2.5.1996 – C-206/94, NZA 1996, 635 Rn. 26 – Paletta II.
[578] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 182.
[579] BAG v. 30.3.1988 – 5 AZR 42/87, NJW 1988, 2323 f.; BAG v. 7.8.1991 – 5 AZR 410/90, NZA 1992, 69; MüHBAR/*Schlachter*, § 73 Rn. 40; Schmitt/*Schmitt*, § 3 EFZG Rn. 123 ff.
[580] BAG v. 7.10.1981 – 5 AZR 1113/79, NJW 1982, 1013 f.; MüHBAR/*Schlachter*, § 73 Rn. 51; Schmitt/*Schmitt*, § 3 EFZG Rn. 166.
[581] BAG v. 21.1.1976 – 5 AZR 593/74, NJW 1976, 1367.
[582] BAG v. 28.2.1979 – 5 AZR 611/77, NJW 1979, 2326 f.
[583] BAG v. 1.6.1983 – 5 AZR 536/80, NJW 1983, 2659 ff.; BAG v. 11.11.1987 – 5 AZR 497/86, NZA 1988, 197 f.; BAG v. 7.8.1991 – 5 AZR 410/90, NZA 1992, 69.
[584] BAG v. 7.11.1975 – 5 AZR 459/74, NJW 1976, 823 f.; *Otto*, Arbeitsrecht, Rn. 539.
[585] Schmitt/*Schmitt*, § 3 EFZG Rn. 145.

ee) Erfüllung der Wartezeit (§ 3 Abs. 3 EFZG)

- Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall entsteht gem. § 3 Abs. 3 EFZG nach **vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses**. Entscheidend ist wegen des Wortlauts der Norm nach ganz herrschender Ansicht allein der **rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses**, eine Arbeitsfähigkeit und tatsächliche Beschäftigung ist nicht nötig.[586] Dies bedeutet, dass Arbeitnehmer, die während der ersten vier Wochen des Arbeitsverhältnisses fortwährend erkranken, ab dem ersten Tag der fünften Woche Entgeltfortzahlung verlangen können, und zwar ab dann für die Dauer von sechs Wochen; die Wartezeit wird auf die Anspruchsdauer auch nicht angerechnet.[587] Es scheidet aber ebenfalls eine Rückwirkung auf den ersten Krankheitstag aus.[588]

b) Durchsetzbarkeit

- Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG kann der Arbeitgeber die Fortzahlung des Arbeitsentgelts **verweigern, wenn der Arbeitnehmer seine Erkrankung nicht nach §5 Abs.1 EFZG nachweist**. Dabei kann der Arbeitgeber nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung auch bei Kurzerkrankungen von weniger als drei Kalendertagen verlangen.[589] Steht allerdings anderweitig fest, dass der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt war, ist der Arbeitgeber auch dann zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer nicht den Nachweis nach § 5 Abs. 1 EFZG führt.[590]

c) Anspruchsumfang

- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle wird **bis zur Dauer von sechs Wochen** gewährt (§ 3 Abs. 1 S. 1 EFZG) und zwar **in Höhe von 100%** des dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehenden Arbeitsentgelts (§ 4 Abs. 1 EFZG). Für krankheitsbedingte Fehlzeiten können Sondervergütungen im nach § 4a EFZG festgelegten Umfang auch dann gekürzt werden, wenn Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht.

---

[586] BAG v. 26.5.1999 – 5 AZR 476/98, NZA 1999, 1273, 1274 f.; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 224; ErfK/*Reinhard*, § 3 EFZG Rn. 3; *Gaumann/Schafft*, NZA 2000, 811, 814; MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 3 EFZG Rn. 48; a.A. *Sieg*, BB 1996, Beil. 17, S. 18, 19.
[587] BAG v. 26.5.1999 – 5 AZR 476/98, NZA 1999, 1273, 1274 f.; *Boemke*, JuS 2000, 508.
[588] BAG v. 26.5.1999 – 5 AZR 476/98, NZA 1999, 1273, 1274 f.; a.A. *Buschmann*, AuR 1996, 285, 290.
[589] BAG v. 1.10.1997 – 5 AZR 726/96, NZA 1998, 369 f.
[590] BAG v. 1.10.1997 – 5 AZR 726/96, NZA 1998, 369, 371f.

d) **Prüfungsschema**

1. Bestehendes Arbeitsverhältnis (§ 1 EFZG)
2. Tatbestandsvoraussetzungen nach § 3 Abs.1 S. 1 EFZG
   a) Arbeitsunfähigkeit
   b) Infolge Krankheit: Krankheit als alleinige Ursache für den Ausfall der Arbeitsleistung
   c) Kein Vertretenmüssen durch Arbeitnehmer: Nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit schaden
3. Erfüllen der Wartezeit (§ 3 Abs. 3 EFZG)
4. Durchsetzbarkeit (§ 7 Abs. 1 EFZG)
5. Anspruchsdauer
   – § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG: sechs Wochen
   – § 3 Abs. 1 S. 2 EFZG: Einschränkungen bei wiederholter Arbeitsunfähigkeit

4. Annahmeverzug des Arbeitgebers (§ 615 BGB)

Literatur:	Rechtsprechung:
Rückert, Unmöglichkeit und Annahmeverzug im Dienst- und Arbeitsvertrag, ZfA 1983, 1 ff. *Stahlhacke*, Aktuelle Probleme des Annahmeverzuges im Arbeitsverhältnis, AuR 1992, 8 ff.	BAG v. 24.11.1994 – 2 AZR 179/94, NZA 1995, 263 ff. BAG v. 13.07.2005 – 5 AZR 578/04, NZA 2005, 1348 ff. Fälle: *Löwisch/Denck*, Die voreilige Kündigung, JuS 1975, 800 ff. *Oetker*, Fälle zum Individualarbeitsrecht, Fall 7, S. 10, 71 ff. *Wank*, Übungen zum Arbeitsrecht, Fall 4, S. 59, 66 f.

a) **Verhältnis zum Annahmeverzug im allgemeinen Schuldrecht**

- Der Arbeitgeber kommt nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts in Annahmeverzug, wenn er die ordnungsgemäß angebotene Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht annimmt. Ob Annahmeverzug vorliegt, **bestimmt sich nach §§ 293 ff. BGB**, nicht nach § 615 BGB. **§ 615 BGB modifiziert lediglich die Rechtsfolgen** des Annahmeverzugs: Nach allgemeinem Schuldrecht bleibt trotz Annahmeverzugs der Schuldner weiterhin zur Leistung verpflichtet, die Leistung muss also nachgeholt werden, will der Schuldner nicht seinen Gegenleistungsanspruch verlieren. Abweichend hiervon regelt § 615 BGB, dass bei Annahmeverzug des Arbeitgebers der Arbeitnehmer für den fraglichen Zeitraum den Lohnanspruch behält, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, selbst wenn diese trotz des grds. Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung ausnahmsweise noch möglich sein sollte.

b) **Voraussetzungen**

aa) Möglichkeit der Leistung

- Dies setzt insbesondere eine **bestehende Arbeitspflicht des Arbeitnehmers** voraus. Daher kein Annahmeverzug, wenn die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers aufgehoben (z.B. Freistellung[591], Unzumutbarkeit gemäß § 275 Abs. 3 BGB, z.B. Nichtleistung der wirksam zugewiesenen Arbeit aus Gewissensgründen[592]) oder suspendiert (z.B. Elternzeit, Teilnahme an Streik) ist.

bb) Leistungsbereitschaft

- Leistungsbereitschaft, d.h. **Leistungsfähigkeit und -willigkeit**[593] des Arbeitnehmers (§ 297 BGB); daher kein Annahmeverzug bei Erkrankung des Arbeitnehmers, die Aufrechterhaltung des Entgeltanspruchs bestimmt sich in diesem Falle nach §§ 3 ff. EFZG.

cc) Ordnungsgemäßes Leistungsangebot des Arbeitnehmers (§§ 294 ff. BGB)

- Der Arbeitnehmer muss **am Erfüllungsort** (in der Regel am Arbeitsplatz) **erscheinen** und zur Arbeitsaufnahme bereit sein. **Allerdings genügt** nach § 295 BGB **ein wörtliches Angebot, wenn der Arbeitgeber vorher erklärt hat, die Arbeitsleistung nicht anzunehmen** (Beispiele: unwirksame Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber, unberechtigte Suspendierung durch den Arbeitgeber, Freistellung infolge Auftragmangels o. ä.), **oder wenn für die Erbringung der Arbeitsleistung eine Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers erforderlich ist**, was regelmäßig der Fall sein wird, weil der Arbeitnehmer im Allgemeinen seine Arbeitsleistung nur erbringen kann, wenn der Arbeitgeber ihm einen Arbeitsplatz zuweist. Das wörtliche Angebot muss nicht ausdrücklich, sondern kann **auch konkludent** abgegeben werden; so reicht im Falle einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung die Erhebung der Kündigungsschutzklage oder sogar der Protest gegen eine Kündigung[594].
- In den **Fällen der unwirksamen Arbeitgeberkündigung** hält des **BAG** seit den 1980er Jahren ein **wörtliches Angebot des Arbeitnehmers** sogar für **überflüssig**, weil der Arbeitgeber einen funktionsfähigen Arbeitsplatz bereitzustellen und dem Arbeitnehmer die Arbeit zuzuweisen habe, sodass eine kalendermäßig festgesetzte Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers i.S.v. § 296 BGB für die Leistungserbringung durch den Arbeitnehmer erforderlich sei.[595] Selbst wenn der Arbeitnehmer zunächst erkrankt war, sodass nach § 297 BGB Annahmeverzug nicht eintreten konnte, soll der Arbeitgeber mit der Wiedergenesung unabhängig davon in Annahmeverzug geraten, ob der Arbeitnehmer die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit anzeigt.[596] Diese Rechtsprechung ist auf die Fälle der einseitigen Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit durch den Arbeitgeber übertragen worden.[597] Diese Auffassung ist zwar in sich konsequent, weil § 296 BGB weder eine Anzeige der Leistungsbereitschaft durch den Schuldner noch Kenntnis von der Leistungsfähigkeit durch den Gläubiger verlangt; sie ist aber in ihrem **Ausgangspunkt unzutreffend**, weil sie die Rechtsnatur der Arbeitsleistung als Bringschuld

[591] BAG v. 23.1.2001 – 9 AZR 26/00, NZA 2001, 597.
[592] BAG v. 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144.
[593] Siehe dazu: BAG v. 7.6.1973 – 5 AZR 563/72, BB 1973, 1073.
[594] BAG v. 26.8.1971 – 2 AZR 301/70, BB 1971, 1508.
[595] BAG v. 9.8.1984 – 2 AZR 374/82, NZA 1985, 119 f.; BAG v. 21.3.1985 – 2 AZR 201/84, NZA 1985, 778 f.
[596] BAG v. 19.4.1990 – 2 AZR 591/89, NZA 1991, 228 ff.
[597] BAG v. 18.9.2001 – 9 AZR 307/00, NZA 2002, 268.

nicht beachtet und deswegen die **Reihenfolge der Leistungs- und Mitwirkungshandlungen im Arbeitsverhältnis nicht richtig bestimmt**. Der Arbeitnehmer muss sich nicht erst dann zur Dienstleistung einfinden, wenn ihm der Arbeitgeber vorab die zu verrichtenden Dienste mitgeteilt hat. Vielmehr muss er von sich aus seine Arbeitsleistung am Arbeitsort anbieten, und nur wenn er erscheint, muss der Arbeitgeber ihm einen Arbeitsplatz und eine Tätigkeit zuweisen.[598] Anders als in dem von § 296 BGB geregelten Fall hat die Initiative zur Erbringung der Arbeitsleistung vom Arbeitnehmer auszugehen, ehe der Arbeitgeber seine Mitwirkungshandlung vornehmen muss. Daher gerät der Arbeitgeber bei einer unwirksamen Kündigung nach zutreffender Auffassung nicht schon mit Erreichen des Kündigungstermins per se in Annahmeverzug, sondern erst dann, wenn er auf ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers diesem keine Tätigkeit zuweist.[599] Allerdings bleibt der durch das Angebot der Arbeitsleistung begründete Annahmeverzug bestehen, bis der Arbeitgeber seinerseits den Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung auffordert; der Arbeitnehmer muss sein Arbeitsangebot nicht täglich erneuern.

- Steht dem Arbeitnehmer ein **Zurückbehaltungsrecht** zu, z.B. weil der Arbeitgeber den Arbeitsplatz in Widerspruch zu Arbeitsschutzgesetzen oder sonstigen Verpflichtungen nicht gefahrfrei gestalten kann, dann kann der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung unter dem Vorbehalt anbieten, dass der Arbeitgeber seinen Schutzpflichten nachkommt (§ 273 Abs. 1 BGB). Trägt der Arbeitgeber dem nicht Rechnung, dann gerät er mangels ordnungsgemäßer Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug (§ 295 BGB)[600]. Da es sich hierbei um eine **Einrede** handelt, **muss der Arbeitnehmer** diese **erheben**. Solange das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB nicht geltend gemacht worden ist, kann der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug geraten.[601]

dd) Nichtannahme der angebotenen Leistung (§ 293 BGB)

- Der Arbeitgeber kommt auch dann in **Annahmeverzug**, wenn er zwar bereit ist, die Arbeitsleistung entgegenzunehmen, seinerseits aber **nicht die Gegenleistung erbringen will (§ 298 BGB)**. Trotz der Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers (vgl. § 614 BGB) kommt der Arbeitgeber daher in Annahmeverzug, wenn er für zurückliegende Lohnzeiträume die Vergütung schuldet oder von vornherein erklärt, die vereinbarte Vergütung nicht zahlen zu wollen. Soweit es sich nicht um ganz geringfügige Lohnrückstände handelt, kann der Arbeitnehmer nämlich in diesen Fällen die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben (§ 320 BGB).[602]

ee) Nicht: Vertretenmüssen des Arbeitgebers

- Der Annahmeverzug tritt **unabhängig von einem Vertretenmüssen des Arbeitgebers** ein, weil die Annahme der Leistung keine Pflicht, sondern eine Obliegenheit des Gläubigers ist. Der Arbeitgeber gerät daher grds. auch dann in Annahmeverzug, wenn er unverschuldet nicht in der Lage ist, die Dienste des Arbeitnehmers zu verwerten.[603]

---

[598] *Stahlhacke*, AuR 1992, 8 ff.
[599] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 162; *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, Rn. 365.
[600] *Söllner*, ZfA 1973, 1, 15 ff.
[601] BAG v. 7.6.1973 – 5 AZR 563/72, BB 1973, 1073.
[602] *Söllner*, ZfA 1973, 1, 5 ff.; vgl. auch BAG v. 21.5.1981 – 2 AZR 95/79, NJW 1982, 121 f. – Für Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB allerdings BAG v. 25.10.1984 – 2 AZR 417/83, NZA 1985, 355 ff.
[603] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 166.

c) **Betriebsrisiko**

- Umstritten war früher, ob § 615 BGB auch dann Anwendung findet, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung auf Grund von Störungen im betrieblichen Bereich (z.B. Maschinenschäden, Brand in der Betriebsstätte[604], Unterbrechung der Energieversorgung[605]) oder externer Ursachen (Naturereignisse, behördliche Anordnungen[606]) nicht entgegennehmen kann. Der Gesetzgeber hat diese Fälle durch die Bestimmung des § 615 S. 3 BGB den Regeln über den Annahmeverzug unterstellen wollen. Die Bestimmung ist allerdings missglückt, weil sie sachlich nur bestimmt, dass § 615 S. 1 und 2 BGB anwendbar sind, wenn der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt; das ist aber gerade Regelungsgegenstand der Bestimmungen über den Annahmeverzug. Entscheidend für die Anwendung von § 615 S. 1 BGB ist vielmehr, in welchen Fällen der Arbeitgeber dieses Gegenleistungsrisiko tragen muss. Die Rechtsprechung hat früher in diesen Fällen eine Anwendung der Vorschriften des BGB (§§ 323 ff. a. F., 615 BGB) abgelehnt und eine Lösung über die Grundsätze der Betriebsrisikolehre gesucht. Danach sollte der Arbeitgeber das Beschäftigungsrisiko tragen, soweit nicht die Störung in der Sphäre der Arbeitnehmer ihre Ursache hat[607] oder ein Ausmaß erreicht, das die Existenz des Betriebes bedroht (umstritten)[608].
- Für dieses Ergebnis bedarf es jedoch keiner speziellen Betriebsrisikolehre. Nach allgemeinen Bestimmungen liegt das Verwendungsrisiko grds. beim Gläubiger der Leistung. Kann der Arbeitgeber als Betriebsinhaber eine von ihm gekaufte Maschine nicht verwenden, weil die Betriebsstätte abgebrannt ist, bleibt er gleichwohl zur Kaufpreiszahlung verpflichtet. Insoweit darf der Arbeitnehmer deswegen als Schuldner nicht schlechter stehen, weil zur Erbringung seiner Leistung eine Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers erforderlich ist. § 615 BGB lässt sich daher der allgemeine Gedanke entnehmen, dass dem Arbeitnehmer sein Lohnanspruch ohne Nachleistungsverpflichtung immer dann erhalten bleiben soll, wenn er arbeitswillig und -fähig war.[609] Dies muss auch dann gelten, wenn die Lohnzahlungsverpflichtung den Fortbestand des Unternehmens gefährden würde, weil es keinen sachlichen Zurechnungsgrund gibt, abweichend von den allgemeinen Regelungen in diesen Fällen das Gegenleistungsrisiko auf den Arbeitnehmer zu verlagern. Fraglich ist allein, ob man die Lösung über § 326 Abs. 2 BGB sucht, weil mit der Nichtannahme der Arbeitsleistung zugleich Unmöglichkeit eintritt,[610] oder ob sich die Lösung unmittelbar aus § 615 BGB ergibt.[611] Dogmatisch sauberer scheint die letztgenannte Auffassung; § 615 BGB ist danach eine dienstrechtsspezifische Sonderregelung zu § 326 Abs. 2 BGB, indem § 615 BGB die Nachholbarkeit der Leistung unterstellt, aber gleichwohl den Arbeitnehmer unter Aufrechterhaltung seines Lohnanspruchs von einer Nachleistung freistellt: Der Annahmeverzug wird damit durch § 615 BGB zur Annahmeunmöglichkeit.[612]
- Dem Arbeitgeber sind im Rahmen des § 615 Abs. 3 BGB diejenigen Umstände zuzurechnen, welche ihm die Arbeitsleistung und die Entgegennahme derselben aus Gründen unmöglich machen, die im betrieblichen Bereich liegen. Erfasst sind damit sowohl betriebsinterne Störungen, die auf ein Versagen der sachlichen und persönlichen Mittel

---

[604] BAG v. 28.9.1972 – 2 AZR 506/71, NJW 1973, 342.
[605] BAG v. 30.1.1991 – 1 AZR 388/90, NZA 1991, 519 ff.
[606] BAG v. 30.5.1963 – 5 AZR 282/62, JuS 1964, 251.
[607] Grundlegend RG v. 6.2.1923 – III 93/22, RGZ 106, 272; BAG v. 28.9.1972 – 2 AZR 506/71, NJW 1973, 342.
[608] BAG v. 28.9.1972 – 2 AZR 506/71, NJW 1973, 342; BAG v. 9.3.1983 – 4 AZR 301/80, NJW 1983, 2159; ablehnend: MüHBAR/*Boewer*, § 69 Rn. 55 ff.; *Waltermann*, Arbeitsrecht, § 12 Rn. 230, 234.
[609] MüHBAR/*Boewer*, § 69 Rn. 13 ff.; *Lieb/Jacobs*, ArbR, Rn. 174 ff.; *Rückert*, ZfA 1983, 1, 15 ff.; *Wank*, Übungen, Fall 4, S. 59, 65 ff.; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, ArbR, § 21 IV., S. 48 ff.
[610] So z.B. *Dütz/Thüsing*, ArbR, Rn. 249 jedenfalls für nachholbare Arbeitsleistungen.
[611] BAG v. 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144 ff.
[612] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 168.

des Betriebes zurückzuführen sind, als auch von außen auf die Betriebsmittel einwirkende Umstände, die sich für den Arbeitgeber als Fälle höherer Gewalt darstellen, sowie die Einstellung des Betriebs aufgrund behördlicher Anordnung. Das Wegerisiko hingegen trägt nach wie vor der Arbeitnehmer.[613]

- § 615 S. 3 BGB ordnet die entsprechende Anwendung der Sätze 1 und 2 an. Umstritten ist, ob daraus folgt, dass der Arbeitnehmer gem. §§ 294 ff. BGB die Arbeit anbieten muss, damit der Lohnanspruch aufrechterhalten bleibt[614] oder ob es sich lediglich um eine Rechtsfolgenverweisung handelt[615].

d) Arbeitskampfrisiko

- Eine abweichende Beurteilung des Lohnrisikos ist allerdings dann gerechtfertigt, wenn **Betriebsstörungen oder Arbeitsausfälle durch einen Arbeitskampf** verursacht worden sind. Insoweit lässt sich von einer Arbeitskampfrisikolehre sprechen, deren dogmatische Begründung und Einzelheiten umstritten sind.[616] Bei den verschiedenen Konstellationen wird das Entgeltrisiko unterschiedlich verteilt, zu berücksichtigen sind dabei insbesondere der **Partizipationsgedanke** (Können die Arbeitnehmer, die wegen dem Streik nicht beschäftigt werden können, von einem möglichen Tarifabschluss profitieren?) und der **Paritätsgedanke** (Können die Gewerkschaften durch Streik an Schlüsselstellen die Beschäftigung vieler Arbeitnehmer verhindern?). Für Details ist auf den **Schwerpunktbereich Arbeitsrecht** zu verweisen.[617]

e) Prüfungsschema

1. Erbringbarkeit der Leistung
   Abgrenzung zur Unmöglichkeit
2. Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers
3. Ordnungsgemäßes Leistungsangebot des Arbeitnehmers (§§ 294 ff. BGB)
   a) Tatsächliches Leistungsangebot (§ 294 BGB)
   b) Wörtliches Leistungsangebot (§ 295 BGB)
      aa) Alt. 1: Erklärung des Arbeitgebers, die Leistung nicht anzunehmen
      bb) Alt. 2: Nichtvornahme einer Mitwirkungshandlung durch den Arbeitgeber
   c) Ausnahme: Nichterforderlichkeit des Leistungsangebots (§ 296 S. 1 BGB): Nichtvornahme einer kalendermäßig bestimmten Mitwirkungshandlung durch den Arbeitgeber
4. Nichtannahme der angebotenen Leistung durch den Arbeitgeber (§ 293 BGB)
5. Nicht: Vertretenmüssen durch Arbeitgeber
6. Nichtanwendbarkeit des § 615 Satz 1 BGB nach den Grundsätzen der Arbeitskampfrisikolehre

5. Anspruch auf Erholungsurlaub (§§ 1, 11 BUrlG)

Fälle:
Michalski, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 15, S. 6, 63 ff.

[613] *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, Rn. 369 ff.
[614] MüKoBGB/*Henssler*, § 615 BGB Rn. 90.
[615] ErfK/*Preis*, § 615 BGB Rn. 122; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 290.
[616] Siehe BAG v. 22.12.1980 – 1 ABR 2/79, NJW 1981, 937 ff.
[617] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 5 Rn. 169 ff.

Heckelmann/Franzen, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 7, S. 79 ff.
von Hoyningen-Huene, Arbeitsrecht – Der Urlaubsanspruch der gekündigten Küchenhilfe, JuS 1986, 897, 900 ff.
Oetker, Fälle zum Individualarbeitsrecht, Fall 16, S. 19, 110 ff. und Fall 17, S. 20, 113 ff.

a) Abgrenzung als Freistellungsanspruch von der Arbeitsbefreiung kraft Gesetzes

- Der Unterschied zwischen der Arbeitsbefreiung kraft Gesetzes und der Freistellung durch den Arbeitgeber besteht dogmatisch darin, dass bei der Arbeitsbefreiung kraft Gesetzes allein das Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale den Arbeitnehmer von seiner Arbeitspflicht entbindet. Demgegenüber besteht bei einem Freistellungsanspruch **nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Freistellung**; die Arbeitsbefreiung tritt erst dann ein, wenn der Arbeitgeber seiner Verpflichtung nachgekommen ist. Praktisch wirkt sich dies dahingehend aus, dass der Arbeitnehmer in den Fällen der Arbeitsbefreiung kraft Gesetzes der Arbeit sofort fernbleiben darf, ohne sich vertragswidrig zu verhalten; er muss sich lediglich beim Arbeitgeber abmelden (vgl. auch § 5 EFZG), damit dieser den Arbeitsausfall des Arbeitnehmers anderweitig überbrücken kann. Steht dem Arbeitnehmer nur ein Freistellungsanspruch zu, dann besteht **kein Recht, eigenmächtig der Arbeit fern zu bleiben**, und zwar auch dann nicht, wenn der Arbeitgeber seiner Freistellungspflicht nicht oder nicht rechtzeitig nachkommt.[618]

b) Anspruchsgrundlage

- Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub ergibt sich für jeden Arbeitnehmer aus §§ 1, 3 BUrlG im Mindestumfang von 24 Werktagen. Da Werktage nach § 2 Abs. 2 BurlG alle Kalendertage mit Ausnahme der Sonn- und gesetzlichen Feiertage sind, rechnet der Samstag als Urlaubstag mit. Arbeitet der Arbeitnehmer – wie heute im Allgemeinen üblich – an weniger als sechs Tagen in der Woche, muss der Urlaubsanspruch den tatsächlichen Arbeitszeiten angepasst werden. Dies geschieht dadurch, dass die im Gesetz genannte Dauer des Urlaubs durch sechs geteilt und mit der Anzahl der Arbeitstage, an denen in der Woche eine Arbeitsverpflichtung besteht, multipliziert wird. [619] Der in einer Fünf-Tage-Woche beschäftigte Arbeitnehmer hat also Anspruch auf 20 Arbeitstage Urlaub im Jahr.
- Vielfach werden durch Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen bestehen. Im Zweifel gelten die Bestimmungen des BUrlG auch für zusätzliche Urlaubszeiten oder Urlaubsgelder. Unter den Voraussetzungen des § 5 BUrlG besteht nur ein Anspruch auf Teilurlaub. Bei dem Anspruch auf Erholungsurlaub handelt es sich um einen echten Anspruch, der vom Arbeitnehmer geltend gemacht werden muss; den Arbeitgeber trifft nach überwiegender Auffassung keine Verpflichtung, von sich aus dem Arbeitnehmer Urlaub zu gewähren.[620] Ihn treffen allerdings Mitwirkungsobliegenheiten: Er muss dafür sorgen, dass der Arbeitnehmer den Urlaubsanspruch wahrnehmen kann.[621]

---

[618] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn. 8, 17.
[619] BAG v. 27.1.1987 – 8 AZR 579/84, NZA 1987, 462 ff.; ErfK/*Gallner*, § 3 BUrlG Rn. 8. Vgl. auch § 125 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 SGB IX.
[620] *Leinemann/Linck*, BUrlG, § 1 Rn. 77. Vgl. aber BAG, Vorlagebeschl. v. 13.12.2016 – 9 AZR 541/15 (A), NZA 2017, 271 f.; auch nicht nach neuester Rspr.: EuGH, v. 6.11.2018 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft/Tesuji Shimizu), NJW 2019, 495; BAG, v. 19.2.2019 – 9 AZR 423/16, NJW 2019, 2643.
[621] EuGH, v. 6.11.2018 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft/Tesuji Shimizu), NJW 2019, 495; BAG, v. 19.2.2019 – 9 AZR 423/16, NJW 2019, 2643.

- Der Anspruch wird erfüllt durch Urlaubsgewährung, d.h. Freistellung von der Arbeitspflicht. Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Urlaub erteilt, dann kann er ihn – selbst in Notfällen – nicht aus dem Urlaub zurückrufen und die Wiederaufnahme der Arbeit fordern; eine abweichende Abrede ist, soweit es um den gesetzlichen Mindesturlaub geht, wegen Verstoßes gegen § 13 Abs. 1 BUrlG rechtsunwirksam. [622]

c) Einfluss des EU-Rechts auf das Urlaubsrecht

- Das Recht des Erholungsurlaubs ist mittlerweile stark durch **europäisches Recht** geprägt. Unionsrechtliche Grundlage des Urlaubsrechts ist im Primärrecht Art. 31 Abs. 2 GRCh, die im Sekundärrecht durch Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG näher ausgestaltet ist.[623] Im Sinne einer unionsre**chtskonformen Auslegung bzw. Fortbildung des nationalen Rechts** musste das BAG in den vergangenen Jahren mehrfach seine Rechtsprechung zu einzelnen Fragen des Urlaubsrechts ändern, [624] denen daher eine gewisse Examensrelevanz zukommt:
- Der volle Urlaubsanspruch entsteht erstmalig nach vollendeter **Wartezeit** (§ 4 BUrlG). Fraglich ist, ob ein Arbeitnehmer auch dann den Urlaubsanspruch geltend machen kann, wenn er im Urlaubsjahr (= Kalenderjahr, § 1 BUrlG) dauernd oder zumindest überwiegend arbeitsunfähig erkrankt war. Die neuere Rechtsprechung des BAG geht davon aus, dass der **Urlaubsanspruch in seiner Entstehung nicht von geleisteter Arbeit abhängig** ist und demzufolge auch nicht allein deswegen als rechtsmissbräuchlich ausgeschlossen werden kann, weil der Arbeitnehmer im Urlaubsjahr keine Arbeit geleistet hat.[625] Der Urlaubsanspruch ist nämlich keine Gegenleistung für erbrachte oder noch zu erbringende Arbeit, sondern soll dem Arbeitnehmer die Möglichkeit geben, sich während einer gewissen Zeitspanne im Jahr unabhängig von den Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis selbst zu verwirklichen; dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer gearbeitet hat oder nicht. Daraus folgt: Stehen einem Arbeitnehmer kraft Tarifvertrags sechs Wochen Erholungsurlaub zu und ist dieser von Januar bis November arbeitsunfähig erkrankt, dann kann er gleichwohl im Dezember Erholungsurlaub nehmen![626]
- Der Urlaubsanspruch ist grundsätzlich **an das Kalenderjahr gebunden**. Eine zeitlich befristete Übertragung des Urlaubsanspruchs auf das nächste Kalenderjahr ist dann nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG zulässig. [627] Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub erlischt bei einer mit Art. 7 der RL 2003/88/EG konformen Auslegung von § 7 BUrlG nur dann am Ende des Kalenderjahres (§ 7 Abs. 3 S. 1 BUrlG) oder eines zulässigen Übertragungszeitraums (§ 7 Abs. 3 S. 3 und 4 BUrlG), wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat. [628] Den Arbeitgeber trifft also eine Mitwirkungsobliegenheit.[629] Kann der Arbeitgeber nicht nachweisen, dass er mit aller gebotenen Sorgfalt gehandelt hat, um den Arbeitnehmer tatsächlich in die Lage zu versetzen, den ihm zustehenden bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, verliert der Arbeitnehmer weder seine erworbenen Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub, noch entsprechend – im

[622] BAG v. 20.6.2000 – 9 AZR 405/99, NZA 2001, 100, 101 f.
[623] *Schaub*, ArbR-HdB, § 104 Rn. 5.
[624] Vgl. zu den Auswirkungen *Schaub*, ArbR-HdB, § 104 Rn. 8.
[625] EuGH v. 24.1.2012 – C-282/10, NZA 2012, 139 Rn. 20 f. – Dominguez; BAG v. 28.1.1982 – 6 AZR 571/79, NJW 1982, 1548; BAG v. 18.3.2003 – 9 AZR 190/02, BeckRS 2003, 40839 unter II 1 b bb.
[626] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn. 24.
[627] Fallbeispiel: *Oetker*, JuS 2002, 459, 460 f.
[628] BAG, v. 19.2.2019 – 9 AZR 423/16, NJW 2019, 2643.
[629] EuGH, v. 6.11.2018 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft/Tesuji Shimizu), NJW 2019, 495; BAG, v. 19.2.2019 – 9 AZR 423/16, NJW 2019, 2643.

Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses – die finanzielle Vergütung für nicht genommenen Urlaub.[630] Der Urlaubsanspruch tritt dann zum Anspruch des Folgejahres hinzu.[631]

- Ist ein Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt und kann den Urlaub daher nicht nehmen, so erlischt der Urlaubsanspruch nach der EU-Rechts-konformen Rechtsprechung des BAG ebenfalls nicht.[632]
- Nach dem EuGH ist der Urlaubsanspruch auch – im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung des BAG[633] – vererblich, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet und wandelt sich in einen Anspruch auf Abgeltung um, der den Erben zusteht.[634]

d) Rechtsfolge

- Wie bereits oben dargestellt, folgt aus dem Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ein **Anspruch** gegen den Arbeitgeber **auf Freistellung** von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung. Darüber hinaus muss die Zeit der Freistellung „bezahlt“ sein (vgl. § 1 BUrlG). Anspruch auf Freistellung bedeutet, dass sich der Arbeitnehmer **nicht selbst beurlauben** kann, wenn der Arbeitgeber seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht nachkommt, sondern diesen ggf. auf Befreiung von der Arbeitspflicht verklagen muss.[635] Hierbei stellen sich praktische Probleme, da der Urlaubszeitraum bis zur Entscheidung häufig verstrichen sein wird; der Freistellungsanspruch kann daher trotz Vorwegnahme der Hauptsache nach überwiegender Ansicht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gem. §§ 935, 940 ZPO durchgesetzt werden, wenn keine andere, rechtzeitige Möglichkeit besteht.[636]

e) Krankheit während des Urlaubs

- Erkrankt ein Arbeitnehmer während des Urlaubs (verschuldet oder unverschuldet), so werden die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit gem. § 9 BUrlG nicht angerechnet. Der Urlaub „verlängert“ sich jedoch nicht um die entsprechenden Tage, vielmehr muss der Arbeitnehmer diese gegenüber dem Arbeitgeber erneut geltend machen.[637]

---

[630] BAG, v. 19.2.2019 – 9 AZR 423/16, NJW 2019, 2643.
[631] BAG, v. 19.2.2019 – 9 AZR 423/16, NJW 2019, 2643.
[632] EuGH v. 20.1.2009 – C-350/06, NZA 2009, 135 – Schultz-Hoff; BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983//07, NZA 2009, 538 Rn. 47 ff.
[633] BAG v. 12.3.2013 – 9 AZR 532/11, NZA 2013, 678 Rn. 12. – Siehe jetzt auch BAG, Vorlagebeschl. v. 18.10.2016 – 9 AZR 196/16 (A), NZA 2017, 207.
[634] EuGH v. 12.6.2014 – C-118/13, NZA 2014, 651 Rn. 30 – Bollacke.
[635] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn. 17.
[636] *Schaub*, ArbR-HdB, § 104 Rn. 34, 36.
[637] *Schaub*, ArbR-HdB, § 104 Rn. 57, 60.

6. Persönliche Verhinderung des Arbeitnehmers (§ 616 BGB)

Literatur:
Moll, Dienstvergütung bei persönlicher Verhinderung, RdA 1980, 138 ff.
Fälle:
Oetker, Der praktische Fall - Handels-, Gesellschafts- und Arbeitsrecht - Die gescheiterte GmbH und ihre Auflösung, JuS 2002, 459 f.
Ehmann/Brosette, Lohnansprüche bei SMOG-Alarm, Jura 1988, 152 ff.
Michalski, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 21, S. 8, 77 ff.

a) Voraussetzungen

- § 616 BGB erhält ganz allgemein den Lohnanspruch des Arbeitnehmers aufrecht, wenn dieser für eine nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert wird. § 616 BGB greift allerdings nur ein, **soweit keine vorrangigen Sonderregelungen** bestehen (z.B. EFZG, MuSchG)[638] und ist in vollem Umfang **dispositiv** (Umkehrschluss aus § 619 BGB). Allerdings unterlegen Ausschluss und Einschränkung in vorformulierten, vom Arbeitgeber gestellten Verträgen einer Angemessenheitskontrolle. **Im Einzelnen verlangt § 616 S. 1 BGB**:

– **Verhinderung für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit**: Maßgeblich ist das Verhältnis der Verhinderungszeit zur Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der bereits verflossenen und noch zu erwartenden Dauer; aus den Bestimmungen des EFZG lässt sich schließen, dass mehr als sechs Wochen stets erheblich sind, [639] u. U. kommt auch ein kürzerer Zeitraum in Betracht,[640] bei der Pflege erkrankter Kinder kann nach dem Gedanken aus § 45 SGB V eine Dauer von zehn Tagen (bei Alleinerziehenden: zwanzig Tage) als nicht erheblich angesehen werden[641]. Dauert die Verhinderung eine verhältnismäßig erhebliche Zeit, dann entfällt der Lohnanspruch für den gesamten Verhinderungszeitraum.[642]
– **In der Person des Arbeitnehmers liegender Grund**: z.B. Arztbesuche, soweit nicht außerhalb der Arbeitszeit möglich;[643] Todesfälle; Niederkunft der Ehefrau; Konfirmation oder Kommunion von Kindern;[644] Eheschließung;[645] Erfüllung öffentlicher Pflichten, wie Tätigkeit als ehrenamtlicher Richter[646]. Demgegenüber greift § 616 BGB nicht ein, wenn der Arbeitnehmer auf Grund objektiver Hindernisse, z.B. starken Schneefalls,[647] Glatteises[648] oder Überschwemmungen, nicht in der Lage ist, die Arbeitsstelle zu erreichen[649]. Dies wird damit begründet, dass es sich hierbei um objektive Leistungshindernisse handelt, die nicht auf den einzelnen Arbeitnehmer bezogen sind, sondern eine Vielzahl von Personen betreffen können.[650] Dies ist nur im Ergebnis zutreffend; richtigerweise wird der Lohnanspruch deswegen nicht aufrechterhalten, weil § 616 BGB dem Arbeitnehmer bei vorübergehenden Verhinderungen nur das Leistungsrisiko

[638] Vgl. die Übersicht bei MüKoBGB/*Henssler,* § 616 BGB Rn. 6.
[639] Vgl. BAG v. 20.7.1977 – 5 AZR 325/76, BB 1977, 1651 unter 1: Verhinderung von mehr als acht Wochen nicht mehr unerheblich.
[640] Kasseler Handbuch/*Künzl,* Band 1, 2.1 Rn. 560.
[641] Kasseler Handbuch/*Künzl,* Band 1, 2.1 Rn. 550; MüKoBGB/*Henssler,* § 616 Rn. 32. – Siehe auch BAG v. 19.4.1978 – 5 AZR 834/76, NJW 1978, 2316 f.
[642] BAG v. 18.12.1959 – GS 8/58, NJW 1960, 741; Erman/*Belling/Riesenhuber,* § 616 BGB Rn. 55; MüKoBGB/*Henssler,* § 616 Rn. 61. A.A. BAG v. 24.2.1955 – 2 AZR 10/54, NJW 1956, 77; *Zöllner/Loritz/Hergenröder,* ArbR, § 21 Rn. 37.
[643] MüKoBGB/*Henssler,* § 616 Rn. 22.
[644] BAG v. 11.2.1993 – 6 AZR 98/92, NZA 1993, 1003 f.
[645] BAG v. 27.4.1983 – 4 AZR 506/80, NJW 1983, 2600 ff.
[646] LAG Bremen v. 14.6.1990 – 3 Sa 139/89, BB 1990, 2050.
[647] BAG v. 8.9.1982 – 5 AZR 283/80, NJW 1983, 1078 f.
[648] BAG v. 8.12.1982 – 4 AZR 134/80, NJW 1983, 1079.
[649] Fallbeispiel: *Ehmann/Brosette,* Jura 1988, 152, 156, und *Michalski,* Fälle zum ArbR, Fall 21, S. 8, 77 ff.: Fahrverbot wegen Smogalarms.
[650] MüKoBGB/*Henssler,* § 616 Rn. 18; *Schmitt/Schmitt,* EFZG, § 616 BGB Rn. 10.

abnehmen will, nicht aber das Wegerisiko.[651] Daher entfällt der Vergütungsanspruch auch dann, wenn der Arbeitnehmer deswegen nicht am Arbeitsplatz erscheinen kann, weil er eine Autopanne gehabt[652] oder unverschuldet öffentliche Verkehrsmittel verpasst hat[653].

– **Ohne Verschulden des Arbeitnehmers**: auch hier gilt, wie bei § 3 EFZG, dass **nur grob fahrlässiges Verhalten** zum Verlust des Vergütungsanspruchs führt.[654]

b) **Prüfungsschema**

1. Keine vorrangige Sonderregelung, keine rechtsgeschäftliche Abbedingung
2. Verhinderung für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit
3. In der Person des Arbeitnehmers liegender Grund
4. Ohne Verschulden des Arbeitnehmers: Nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit schaden

IV. Prüfungsschema zum Entgeltanspruch

- Für den Entgeltanspruch ergibt sich folgendes Gesamtprüfungsschema:

I. Anspruch entstanden (§ 611 Abs.1 BGB)
  1. Entgeltanspruch
     Voraus.: Bestehendes Arbeitsverhältnis
  2. Anspruchshöhe
     a) Individualrechtliche Regelung
        aa) Ausdrückliche Vereinbarung
        bb) Betriebliche Übung
        cc) Gleichbehandlung
     b) Kollektivrechtliche Regelung
        aa) Tarifvertrag
        bb) Betriebsvereinbarung
II. Anspruch untergegangen
  1. Erfüllung (§ 362 Abs.1 BGB)
  2. (Teilweise) Unmöglichkeit (§ 326 Abs.1 BGB)
     a) Teilweise Unmöglichkeit
        aa) (Teilweise) Nichterbringung der Arbeitsleistung
        bb) Vom Arbeitgeber nicht zu vertreten
     b) Anspruchserhaltende Gegennormen
        aa) Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle (§§ 3 f. EFZG)
        bb) Annahmeverzug (§ 615 Satz 1 BGB)
        cc) Erholungsurlaub (§§ 1, 11 BUrlG)
        dd) Persönliche Arbeitsverhinderung (§ 616 Satz 1 BGB)
        ee) Sonstige Regelungen
III. Durchsetzbarkeit

[651] Vgl. Erman/*Belling/Riesenhuber*, § 616 BGB Rn. 34.
[652] A.A. MüHBAR/*Boewer*, § 70 Rn. 14; MüKoBGB/*Henssler*, § 616 Rn. 53.
[653] Erman/*Belling/Riesenhuber*, § 616 BGB Rn. 34.
[654] MüKoBGB/*Henssler*, § 616 Rn. 56.

§ 8 Ansprüche im Zusammenhang mit der Arbeitspflicht

- Der Arbeitnehmer hat nicht nur die Pflicht zu arbeiten, sondern umgekehrt können ihm in Zusammenhang mit der Erbringung der Arbeitsleistung seinerseits Ansprüche gegen den Arbeitgeber zustehen, bei denen es sich allerdings in aller Regel nicht um Hauptleistungspflichten, sondern lediglich um Nebenpflichten des Arbeitgebers handelt.[655]

I. Beschäftigungsanspruch

- Nach heute fast unbestrittener Auffassung ist der Arbeitgeber nicht nur zur Lohnzahlung verpflichtet, sondern er muss den Arbeitnehmer auch tatsächlich beschäftigen, soweit ihm dies zuzumuten ist.[656] Da die Beschäftigung erforderlich ist, um die beruflichen Fähigkeiten zu erhalten und fortzubilden, besteht der Beschäftigungsanspruch generell und nicht nur, wenn der Arbeitnehmer an der Beschäftigung ein besonderes Interesse hat.[657] Umstritten ist die Rechtsgrundlage hierfür; genannt werden § 242 BGB i.V.m. Art. 1 und 2 GG[658] sowie die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Richtigerweise kann der Beschäftigungsanspruch mittelbar aus § 102 Abs. 5 BetrVG hergeleitet werden (argumentum a fortiori); wenn schon im gekündigten Arbeitsverhältnis unter besonderen Voraussetzungen ein Weiterbeschäftigungsanspruch besteht, dann muss der Arbeitnehmer im ungekündigten Arbeitsverhältnis erst Recht Beschäftigung verlangen können.[659]
- Voraussetzung für den Beschäftigungsanspruch ist lediglich der Bestand des Arbeitsverhältnisses; er ist daher bei dessen unstreitigem Bestehen in aller Regel unproblematisch. Schwieriger und ausbildungsrelevanter sind die unter dem Stichwort "Weiterbeschäftigungsanspruch" diskutierten Fälle, in denen, z.B. nach einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen und vom Arbeitnehmer angegriffenen Kündigung, Streit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses besteht.[660]

II. Freistellungsansprüche

1. Überblick

- Der Arbeitnehmer kann aber nicht nur Beschäftigung vom Arbeitgeber verlangen, sondern ihm kann unter bestimmten Voraussetzungen auch ein **Anspruch** darauf zustehen, **von seiner Arbeitspflicht entbunden zu werden**. Es handelt sich hierbei um eine **leistungsbegrenzende Nebenpflicht**, für die es unerheblich ist, ob der Arbeitnehmer Entgeltfortzahlung oder nur unbezahlte Freistellung verlangen kann.[661]
- Eine Freistellung von der Arbeitspflicht kann auf vertraglicher Grundlage erfolgen. Daneben kommen aber auch verschiedene gesetzliche Regelungen in Betracht. In der betrieblichen Praxis besonders wichtig, aber auch für die Ausbildung bedeutsam, ist der Anspruch des Arbeitnehmers auf **bezahlten Erholungsurlaub** (§ 1 BUrlG).[662] Daneben

---

[655] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn. 1.
[656] Grundlegend BAG v. 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, NJW 1956, 359. Siehe auch BAG v. 27.2.1985 – GS 1/84, NZA 1985, 702, 703; MüHBAR/*Reichold*, §84 Rn. 1 ff.; *Dütz*, FS 25 Jahre BAG, 1979, S. 71 ff. A.A. *Heinze*, DB 1985, 111, 114 ff.
[657] Fallbeispiel: *Heckelmann/Franzen*, Fälle zum ArbR, Fall 1, S. 1, 4 ff.; *Hohmeister*, JA 1995, 766, 767 f.
[658] BAG v. 27.2.1985 – GS 1/84, BeckRS 9998, 150642 unter C I 2 b; *Heckelmann/Franzen*, Fälle zum ArbR, Fall 1, S. 1, 4 f.; MüKoHGB/*v. Hoyningen-Huene*, § 59 Rn. 396; *Otto*, ArbR, § 7 Rn. 573.
[659] BAG v. 27.2.1985 – GS 1/84, BeckRS 9998, 150642 unter C I 2 c.
[660] Siehe dazu unten § 15 I.
[661] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn. 4.
[662] Der Anspruch auf Erholungsurlaub wurde aus Gründen der Übersichtlichkeit in diesem Skript bereits oben beim Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltzahlung als eine anspruchserhaltende Norm dargestellt.

ist auf § 629 BGB (**Freizeit zur Stellungssuche**) sowie Art. 48 Abs. 1 GG (Freistellung zur Wahlvorbereitung für den Bundestag) hinzuweisen.

- **Abzugrenzen** sind die Freistellungsansprüche von der Arbeitskraftbefreiung kraft Gesetzes,[663] der Unzumutbarkeit für den Arbeitnehmer[664] oder der Erhebung anderer Einreden.[665]

2. Rechtsfolgen

- Liegen im Einzelfall die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Freistellungsnorm vor, dann hat der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber einen **Anspruch auf Befreiung von der Arbeitspflicht**, den er ggf. auch gerichtlich einklagen kann. Dem Arbeitnehmer steht hingegen **kein Recht auf Selbstbeurlaubung** zu. Auch wenn der Arbeitgeber den Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers nicht erfüllt, verhält sich der Arbeitnehmer vertragswidrig, wenn er eigenmächtig der Arbeit fernbleibt.[666]
- Mit dem Anspruch auf Freistellung ist nicht zugleich darüber entschieden, ob der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber auch Entgeltfortzahlung verlangen kann. **Die Lohnzahlungspflicht bleibt nur dann bestehen, wenn die Voraussetzungen einer Gegennorm erfüllt sind**, die dem Arbeitgeber das Entgeltrisiko zuweist. Dies ist z.B. beim Anspruch auf Erholungsurlaub gem. § 11 BUrlG der Fall. Bei der Freistellung zur Stellungssuche nach § 629 BGB besteht der Vergütungsanspruch mangels abweichender Vereinbarung nach § 616 Satz 1 BGB fort.[667]
- Auch hinsichtlich des Anspruchs auf Freistellung bestimmen sich die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen mangels abweichender gesetzlicher oder vertraglicher Regelung nach allgemeinem Leistungsstörungsrecht (§§ 275 ff., 280 ff., 320 ff. BGB). Zu beachten ist dabei insbesondere, dass der Anspruch auf Freistellung nach § 275 Abs. 1 BGB ersatzlos erlischt, wenn die Freistellung aus Gründen, die keine Seite zu vertreten hat, nicht gewährt werden kann. Eine Ausnahme gilt nach § 9 EFZG nur dann, wenn der Arbeitnehmer während des Erholungsurlaubs arbeitsunfähig erkrankt; die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit werden auf den Jahresurlaub in diesem Falle nicht angerechnet.[668]

III. Teilzeitansprüche

Literatur:
Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 43 Rn. 58 ff.

- Nach verschiedenen gesetzlichen Vorschriften kann dem **Arbeitnehmer** ein **Anspruch gegen den Arbeitgeber** zustehen, **ihn in Teilzeit zu beschäftigen**.
- Zentrale Vorschrift ist **§ 8 TzBfG**, wonach jeder Arbeitnehmer (auch leitende Angestellte, vgl. § 6 TzBfG) vom Arbeitgeber verlangen kann, die vertragliche vereinbarte Arbeitszeit zu verringern, sofern die folgenden **Voraussetzungen** vorliegen:
- Der Arbeitgeber muss in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigen (§ 8 Abs. 7 TzBfG).

[663] Siehe § 7 III.
[664] Siehe § 11 IV. 1. e).
[665] Siehe § 11 IV. 1.
[666] Anders zu § 629 BGB z.B. Erman/*Belling/Riesenhuber*, § 629 BGB Rn. 6.
[667] BAG v. 11.6.1957 – 2 AZR 15/57, NJW 1957, 1292; BAG v. 13.11.1969 – 4 AZR 35/69, DB 1970, 211; Erman/*Belling/Riesenhuber*, § 629 BGB Rn. 7.
[668] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn. 19.

- Das **Arbeitsverhältnis** muss **mindestens sechs Monate ununterbrochen**[669] **bestanden** haben (§ 8 Abs. 1 TzBfG). Da der Arbeitnehmer die Verringerung spätestens drei Monate vor deren Beginn geltend machen muss (§ 8 Abs. 2 S. 1 TzBfG), was jedoch erst nach sechs Monaten möglich ist, bedeutet dies eine faktische Wartezeit von neun Monaten.[670]
- Der Arbeitnehmer muss die Verringerung der Arbeitszeit und deren gewünschten Umfang **drei Monate vor deren Beginn formlos geltend machen**, § 8 Abs. 2 TzBfG. Er soll daneben auch die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit angeben.
- Eine vorherige Verringerung oder berechtigte Ablehnung dieses Verlangens muss mindestens zwei Jahre zurückliegen, § 8 Abs. 6 TzBfG.
- **Es dürfen keine betrieblichen Gründe entgegenstehen**, § 8 Abs. 5 S. 1 TzBfG. Als Regelbeispiele für betriebliche Gründe nennt S. 2 eine wesentliche Beeinträchtigung der Organisation, des Arbeitsablaufs oder der Sicherheit im Betrieb oder die Verursachung unverhältnismäßiger Kosten. Aus dem systematischen Vergleich mit anderen Normen (z.B. dringende betriebliche Belange/Gründe in § 7 Abs. 1, 2 BUrlG; § 9 TzBfG) wird von der herrschenden Meinung gefolgert, dass an diese Gründe **kein strenger Maßstab** zu stellen sei.[671] Allerdings ist die Unteilbarkeit des Arbeitsplatzes vom Arbeitgeber **nicht nur arbeitsplatz-, sondern betriebsbezogen zu belegen**[672] und daher praktisch hohen Anforderungen unterworfen[673].

- Möchte der Arbeitgeber einem Verlangen des Arbeitnehmers nach Verringerung der Arbeitszeit nicht stattgeben, so muss er dies dem Arbeitnehmer **spätestens einen Monat** vor dem gewünschten Beginn der Verringerung **schriftlich** mitteilen, ansonsten wird seine **Zustimmung** zu der begehrten Verringerung und Lage der Arbeitszeit **fingiert** (§ 8 Abs. 5 S. 1-3 TzBfG).
- Bei Scheitern einer einvernehmlichen Einigung muss der Arbeitnehmer den Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit **gerichtlich geltend machen**, eine „Selbstvollstreckung“ hingegen kann einen außerordentlichen Kündigungsgrund darstellen.[674]
- Wurde der Arbeitsvertrag durch Einigung oder gerichtliches Urteil geändert und die Arbeitszeit verringert, so gibt es bisher **keinen gesetzlichen „Rückkehranspruch“** zur Vollzeit, was von den Gewerkschaften rechtspolitisch bemängelt wird.[675]
- **Weitere Ansprüche auf Verringerung der Arbeitszeit** können sich aus den persönlichen Verhältnissen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen ergeben. So besteht ein einklagbarer Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung während der **Elternzeit** (§ 15 Abs. 5-7 BEEG), während einer begrenzten Zeit zur **Betreuung pflegebedürftiger Angehöriger** (§ 3 PflegezeitG und § 2 FamPflegeZG) oder bei **schwerbehinderten Arbeitnehmern**, wenn Art oder Schwere der Behinderung eine kürzere Arbeitszeit erforderlich machen (§ 81 Abs. 5 S. 3 SGB IX). Die näheren Voraussetzungen regeln jeweils die Fachgesetze.

---

[669] ErfK/*Preis*, § 8 TzBfG Rn. 8.
[670] *Bauer*, NZA 2000, 1039, 1040.
[671] BAG v. 18. 2. 2003 – 9 AZR 164/02, NZA 2003, 1392, 1395; ErfK/*Preis*, § 8 TzBfG Rn. 23.
[672] BAG v. 13. 11. 2012 – 9 AZR 259/11, NZA 2013, 373.
[673] *Lunk/Leder*, NJW 2016, 1705, 1707 f.
[674] LAG Hessen v. 23.10.2015 – 10 Sa 254/15, BeckRS 2016, 67034.
[675] *Bauer/Klebe/Schunder*, NZA 2013, 827, 830.

IV. Schutzpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB)

Literatur:	Rechtsprechung:
Waltermann, Arbeitsrecht, Rn. 201 ff.	BAG v. 10.5.2016 – 9 AZR 347/15, NJW 2017, 285 Fall: *Oetker*, Der praktische Fall - Handels-, Gesellschafts- und Arbeitsrecht - Die gescheiterte GmbH und ihre Auflösung, JuS 2002, 459 f.

1. Überblick

a) Begriff

- Besonders wichtig in Zusammenhang mit der Erbringung der Arbeitsleistung sind die **Schutzpflichten des Arbeitgebers** für die Rechtsgüter des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer begibt sich nämlich im Allgemeinen durch die Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers in den von diesem gestalteten Gefahren- und Einwirkungsbereich. Der Arbeitgeber muss sich daher so verhalten, insbesondere seinen Betrieb so organisieren, dass Leib, Leben, Gesundheit, Eigentum und sonstige Rechtsgüter des Arbeitnehmers nicht verletzt werden.[676]

b) Rechtsgrundlagen

- Die Schutzpflichten des Arbeitgebers sind **z. T. ausdrücklich normiert** (vgl. z.B. §§ 618 Abs. 1 BGB, 62 Abs. 1 HGB, 3 ff. ArbSchG, 12 AGG) und werden durch zahlreiche Bestimmungen des **öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts** konkretisiert (vgl. z.B. ArbStättV, ProdSG, ASiG, §§ 28 ff. JArbSchG). Soweit keine spezialgesetzlichen Regelungen bestehen, ergibt sich die Schutzpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB.

2. Inhalte

- Hinsichtlich des Inhalts der Schutzpflichten kann zwischen **drei großen Teilaspekten** unterschieden werden, nämlich der Schutzpflicht für Leib, Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers, der Schutzpflicht für immaterielle Güter des Arbeitnehmers sowie der Schutzpflicht für materielle Vermögensgüter.[677]
- **Erstens** bezieht sich die Schutzpflicht auf die **körperliche Integrität des Arbeitnehmers**. Der Arbeitgeber hat sich bei der Leistungsabwicklung so zu verhalten und seinen Betrieb so einzurichten, dass Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers, soweit nach Umständen und Art der Arbeitsleistung möglich, nicht mehr als unvermeidbar beschädigt oder gefährdet werden.
- **Zweitens** bezieht sich die Schutzpflicht auf die **immateriellen Interessen des Arbeitnehmers**. Der Arbeitgeber muss sich so verhalten und seinen Betrieb so einrichten, dass immaterielle Interessen des Arbeitnehmers, insbesondere dessen **Persönlichkeitsrecht** und datenschutzrechtliche Belange, nicht unzulässig beeinträchtigt werden. Nach § 12 Abs. 1, 3, 4 AGG ist der Arbeitgeber insbesondere verpflichtet, den Arbeitnehmer vor

[676] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn. 26.
[677] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn. 28.

Benachteiligungen aus einem in § 1 AGG genannten Grund zu schützen, auch wenn diese von anderen Arbeitnehmern oder betriebsfremden Dritten ausgehen. Diese Pflicht umfasst auch das Ergreifen der erforderlichen vorbeugenden Maßnahmen, z.B. von Schulungen, Stellungnahmen gegen eine Bagatellisierung einschlägiger Vorfälle, die Einführung von Verhaltensregeln und die entsprechende Ausgestaltung der Arbeitsumgebung, des Arbeitsplatzes und der sanitären Einrichtungen.[678]

- **Drittens** bezieht sich die Schutzpflicht auf die **materiellen Vermögensinteressen des Arbeitnehmers**. Der Arbeitgeber muss seinen Betrieb so organisieren und sich so verhalten, dass die materiellen Rechtsgüter des Arbeitnehmers nicht beschädigt werden. Hierzu gehört insbesondere die Schutzpflicht des Arbeitgebers für eingebrachte Sachen, die allerdings auf solche Gegenstände begrenzt ist, deren **Verbringung in den betrieblichen Gefahrenbereich** in einem inneren Zusammenhang mit der Arbeitsleistung steht, die also entweder für die Ausführung der Arbeitsleistung unentbehrlich sind oder zumindest üblicherweise mit in den Betrieb eingebracht werden.[679]
- Diese Unterscheidung ist aus zwei Gründen wichtig: Zum einen kann die Verletzung von Gegenständen, auf die sich die Schutzpflicht erstreckt, Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB begründen, während i. Ü. nur eine deliktische Haftung in Betracht kommt. Zum anderen können den Arbeitgeber hinsichtlich der im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis eingebrachten Sachen auch **Sicherungspflichten** treffen. Hat der Arbeitnehmer Berufskleidung zu tragen, dann muss der Arbeitgeber für die Straßenkleidung und persönliche Wertgegenstände sicherbare Schränke bzw. Kleiderablagen zur Verfügung stellen (vgl. auch § 34 ArbStättVO); die Sicherung selbst (z.B. durch Vorhängeschloss) obliegt dann allerdings dem Arbeitnehmer.[680]
- Aus dem Schutz der materiellen Interessen des Arbeitnehmers kann sich darüber hinaus sogar eine Verpflichtung des Arbeitgebers zum **Aufwendungsersatz** analog §§ 670, 675 BGB ergeben, wenn der Arbeitnehmer eigenes Vermögen im Interesse des Arbeitgebers einsetzt.

3. Rechte des Arbeitnehmers

a) Erfüllungsanspruch

- Kommt der Arbeitgeber seinen arbeitsrechtlichen Schutzpflichten nicht ordnungsgemäß nach, dann soll ihm nach verbreiteter Auffassung ein Erfüllungsanspruch zustehen, also **auf Herstellung eines arbeitsschutzkonformen Zustands geklagt** werden können.[681] Dabei ist aber zu beachten, dass die Schutzpflichten zunächst einmal nur einen Anspruch auf Nichtvornahme der schutzpflichtwidrigen Handlungen, also ein **Unterlassen der arbeitsschutzwidrigen Beschäftigung** gewähren. Welche Tätigkeiten der Arbeitnehmer im Einzelfalle ausüben soll, entscheidet der Arbeitgeber im Wege des Direktionsrechts nach billigem Ermessen (§ 106 GewO). Zur Wahrung dieses Leistungsbestimmungsrechts des Arbeitgebers muss der Arbeitnehmer seinen Antrag darauf richten, dass der Arbeitgeber ihm einen ordnungsgemäßen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt. Eine konkrete Handlung des Arbeitgebers kann der Arbeitnehmer nicht verlangen, weil diesbezüglich ein **Auswahlermessen des Arbeitgebers** besteht.[682] Ein solcher Antrag ist trotz der weiten Bezeichnung hinreichend bestimmt i.S.v. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.[683]

---

[678] BeckOK ArbR/*Roloff*, § 12 AGG Rn. 3.
[679] BAG v. 25.6.1975 – 5 AZR 260/74, BB 1975, 1343; MüHBAR/*Reichold*, § 85 Rn. 16; *Schaub*, ArbR-HdB, § 106 Rn. 28.
[680] BAG v. 1.7.1965 – 5 AZR 264/64, NJW 1965, 2173 = JuS 1966, 84.
[681] BAG 10.3.1976 – 5 AZR 34/75, BeckRS 2011, 78063 unter 1; ErfK/*Wank*, § 618 BGB Rn. 23; *Kock*, NJW 2017, 198, 199.
[682] *Buchner*, Anm. zu BAG v. 19.5.2009 – 9 AZR 241/08, AP BGB § 618 Nr. 30 = NJW 2009, 2698 = NZA 2009, 775.
[683] BAG v. 10.5.2016 – 9 AZR 347/15, NJW 2017, 285 Rn. 11; BAG v. 19.5.2009 – 9 AZR 241/08, NJW 2009 Rn. 17, 2698.

Der Arbeitgeber kann seine Verpflichtung auch dadurch erfüllen, dass er dem Arbeitnehmer eine andere, nach dem Grundverhältnis geschuldete Tätigkeit an einem sicheren Arbeitsplatz zuweist.

b) Schadensersatzanspruch[684]

- Entsteht dem Arbeitnehmer infolge der Missachtung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften durch den Arbeitgeber ein Schaden, dann steht ihm im Rahmen der gesetzlichen Schutzvorschriften Anspruch auf **Schadensersatz** zu. Dabei wird häufig nicht hinreichend beachtet, dass sich der **Schadensersatzanspruch nicht unmittelbar aus der Schutzpflicht** ergibt (vgl. z.B. § 618 BGB); diese verpflichtet den Arbeitgeber zum Schutz der Rechtsgüter, nicht aber zum Schadensersatz im Verletzungsfalle. Anspruchsgrundlage sind insoweit §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bzw. deliktische Regelungen, insbes. § 823 Abs. 2 BGB.[685] Bei Personenschäden ist allerdings der Haftungsausschluss gemäß §104 SGB VII zu beachten.[686]

c) Zurückbehaltungsrecht

- Nach ganz überwiegender Auffassung ist der Arbeitnehmer nicht zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber seinen Schutzpflichten nicht nachkommt, sondern dem Arbeitnehmer Tätigkeiten unter Missachtung von Bestimmungen des Arbeitsschutzes zuweist. Dem Arbeitnehmer soll in diesen Fällen ein **Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB** zustehen.[687] Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Bei schwerwiegenden Gesetzesverstößen wird man allerdings schon die Zuweisung der Tätigkeit als solche für unwirksam betrachten müssen, sodass es in diesen Fällen der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht bedarf.[688] Dies wird man annehmen dürfen bei der Zuweisung von Arbeiten, die mit einer unmittelbaren, konkreten Gefährdung für Leben oder Gesundheit des Arbeitnehmers oder sonstigen schwerwiegenden Beeinträchtigungen verbunden sind. Im Einzelfall wird man auf die Schwere des Verstoßes sowie den Sinn und Zweck der jeweiligen Bestimmung abstellen müssen. Ausdrücklich normiert ist daneben ein **Leistungsverweigerungsrecht in § 14 S. 1 AGG**, falls der Arbeitnehmer keine oder unzureichende Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ergreift und die Einstellung der Tätigkeit zum Schutz des betroffenen Beschäftigten erforderlich ist.

---

[684] Siehe dazu ausführlich § 7.

[685] Zur Rechtsnatur der Arbeitsschutzvorschriften als Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB siehe *Herschel,* RdA 1978, 69, 71 f.*; Nipperdey,* FG RG IV (1929), S. 203, 213. – Umstritten ist dies für § 618 BGB, vgl. befürwortend BAG v. 25.4.2001 – 5 AZR 368/99, NZA 2002, 1211; BAG v. 12.6.1996 – 5 AZR 960/94, NJW 1997, 962; ablehnend MüKoBGB/*Henssler,* § 618 BGB Rn. 103.

[686] Siehe dazu unten § 7 V. 2.

[687] *Dütz/Thüsing,* ArbR, § 5 Rn. 219; *Henssler,* AcP 190 (1990), 538, 564 f.; MüHBAR/*Reichold,* § 83 Rn. 16; *Wlotzke,* FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 723, 747 ff. – Siehe auch BAG v. 2.2.1994 – 5 AZR 273/93, NZA 1994, 610 ff.

[688] Vgl. in diesem Sinne auch *Herschel,* RdA 1964, 44, 45; *Herschel,* RdA 1978, 69, 72 f.; *Otto,* AR-Blattei SD 1880 Rn. 68 ff.

§ 9 Schadensersatzansprüche

I. Überblick

- Verletzt der Arbeitgeber seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis und entsteht dem Arbeitnehmer hieraus ein Schaden, dann kommen zugunsten des Arbeitnehmers Schadensersatzansprüche in Betracht. Diese **vertraglichen und deliktischen Ansprüche unterliegen grundsätzlich den allgemeinen Voraussetzungen**. Im Folgenden sollen daher nur wichtige Normen bei der verspäteten Zahlung des Lohns, bei den deliktischen Ansprüchen sowie die arbeitsrechtlichen Besonderheiten hinsichtlich Personenschäden dargestellt werden.

II. Vertragliche Schadensersatzansprüche

- Vertragliche Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers können gem. §§ 611a Abs. 1, 280 Abs. 1 BGB bestehen. **Voraussetzung** ist (1) das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, (2) eine Verletzung von Hauptleistungs-, Nebenleistungs- oder Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) durch ein positives Tun oder Unterlassen des Arbeitgebers sowie (3) ein ersatzfähiger Schaden (§§ 249 ff. BGB). Ein Unterlassen ist dabei nur tatbestandsmäßig, wenn den Arbeitgeber eine Handlungspflicht traf.
- Der **Schadensersatzanspruch** ist nach **§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen**, wenn der **Arbeitgeber** die **Pflichtverletzung nicht zu vertreten** hat. Will der Arbeitgeber der Schadensersatzpflicht entgehen, muss er also darlegen und ggf. beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Dabei besteht auch für den Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis grds. keine Gefährdungshaftung. Ein Schadensersatzanspruch kommt nicht in Betracht, wenn Vorsatz und Fahrlässigkeit i.S.v. § 276 Abs. 1 BGB nicht gegeben ist.[689] Der Arbeitgeber steht zunächst unmittelbar für eigenes Fehlverhalten ein; **Verhalten seiner Mitarbeiter oder gar betriebsfremder Personen** wird ihm nur zugerechnet, wenn er diese willentlich mit Schutzaufgaben in Bezug auf die geschädigten Arbeitnehmer betraut hat oder wenn diesen Arbeitgeberfunktionen übertragen worden sind.[690] Daher sind (einfache) Arbeitskollegen des Geschädigten grds. keine Erfüllungsgehilfen des Arbeitgebers in Bezug auf die Erfüllung von Schutzpflichten, sodass für Schutzpflichtverletzungen unter Arbeitnehmern der Arbeitgeber im Allgemeinen nicht über § 278 BGB einstehen muss.[691]
- Für Schädigungen des Arbeitnehmers durch Arbeitskollegen oder Dritte ist der Arbeitgeber allerdings dann verantwortlich, wenn ihn ein **eigenes Verschulden**, insbesondere ein Überwachungs- oder Organisationsverschulden trifft. Dies ist z.B. der Fall, wenn die Schädigung auf mangelnde Sicherungsmaßnahmen, etwa auf eine unterbliebene Aufsicht über die Kollegen des Geschädigten oder auf fehlende Information über die von ihnen ausgehenden Gefahren, zurückzuführen ist.[692] Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu Arbeiten heranzieht, die dessen Kräfte offensichtlich übersteigen, oder er Mitarbeiter nicht über die besonderen Gefahren einer Tätigkeit und die Möglichkeiten, diese zu vermeiden, belehrt.[693]

---

[689] BAG v. 10.11.1961 – GS 1/60, NJW 1962, 411, 412 = JuS 1962, 184; MüHBAR/*Reichold*, § 85 Rn. 20. Wegen des verschuldensunabhängigen Ersatzanspruchs analog § 670 BGB bei Eigenschäden des Arbeitnehmers siehe unten § 8 II 1.

[690] BAG v. 17.12.1968 – 5 AZR 149/68, unter II; LAG Frankfurt v 12.3.1990, DB 1991, 552; MüHBAR/*Reichold*, § 85 Rn. 20; *Heckelmann/Franzen*, Fälle zum ArbR, Fall 4, S. 39, 41; MüKoBGB/*Henssler*, § 618 Rn. 97; Palandt/*Grüneberg*, § 278 BGB Rn. 16.

[691] RG v. 6.1.1922 – Rep. III 489/21, RGZ 103, 374, 375 f.; RG v. 13.2.1923 – III 395/22, RGZ 106, 293 f.; Staudinger/*Oetker*, § 618 BGB Rn. 294; *Stoffels*, AR-Blattei SD 860.1 Rn. 61 ff. – Weitergehend MüKoBGB/*Hanau*, 3. Aufl., § 278 Rn. 21.

[692] Staudinger/*Oetker*, § 618 BGB Rn. 295.

[693] *Michalski*, Fälle zum ArbR, Fall 27, S. 10, 91.

III. Insbesondere: Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB)

1. Grundsatz

- Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Arbeitnehmer nur unter **den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB** verlangen (§ 280 Abs. 2 BGB), wenn sich der Arbeitgeber im Verzug befunden hat. Ob Verzug vorliegt, beurteilt sich nach den allgemeinen Bestimmungen. Verzugsbegründende, vom Arbeitnehmer darzulegende Voraussetzungen sind (1) Nichtleistung, (2) Möglichkeit der Leistung (Abgrenzung zur Unmöglichkeit), (3) Fälligkeit sowie (4) Mahnung oder Mahnungssurrogat (§ 286 Abs. 2 und Abs. 3 BGB). Der Schadensersatz ist auch hier ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber die Nichtleistung nicht zu vertreten hat (§ 286 Abs. 4 BGB).

2. Geldforderungen

a) Fälligkeitszeitpunkt

- In der Praxis von besonderer Bedeutung ist die **verspätete Lohnzahlung** durch den Arbeitgeber.[694] **Verzug tritt hier regelmäßig mit Nichtzahlung bei Fälligkeit ein**; entweder ist der Zahlungszeitpunkt nämlich durch Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung (vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG) konkret bestimmt (z.B. Monatserster, Monatsmitte, 15. eines Monats, Ultimo) oder es bleibt bei der gesetzlichen Regelung des § 614 Satz 2 BGB, wonach eine nach Zeitabschnitten bemessene Vergütung nach deren Ablauf zu entrichten ist, was für eine kalendermäßige Bestimmtheit i.S.v. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB ausreicht.[695]

b) Verzinsung und Pauschale (§ 288 Abs. 1 und 5 BGB)

- Geldforderungen sind im Verzug des Arbeitgebers zu verzinsen (§ 288 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der **Zinssatz beträgt grds. 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz** (§ 288 Abs. 1 Satz 2 BGB).[696] Nach § 288 Abs. 4 BGB ist die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen, z.B. wenn der Arbeitnehmer infolge der verspäteten Lohnzahlung Bankkredit in Anspruch nehmen und hierfür höhere Zinsen aufwenden muss.
- **Bemessungsgrundlage für die Verzugszinsen** ist nach einer Entscheidung des Großen Senats des BAG nicht der Netto-, sondern der **Bruttolohn**.[697] Es sind also auch die Lohnbestandteile zu verzinsen, die der Arbeitgeber nicht an den Arbeitnehmer auszahlen, sondern an das Finanzamt (Lohnsteuer) und an die Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag (Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung, hingegen ist der Arbeitgeberanteil nicht zu verzinsen) abführen muss.
- Im Jahr 2014 wurde zudem die Vorschrift des § 288 Abs. 5 S. 1 BGB eingeführt, wonach der Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzug des Schuldners, wenn dieser kein

---

[694] Daneben kann der Arbeitgeber selbstverständlich auch mit der Erfüllung anderer Pflichten in Verzug geraten, vgl. z.B. BAG v. 17.4.2002 – 5 AZR 89/01, NZA 2002, 1096.
[695] ErfK/*Preis*, BGB § 614 Rn. 15.
[696] Wer den Arbeitnehmer entgegen der h.M. nicht als Verbraucher ansieht, muss im Regelfall § 288 Abs. 2 BGB anwenden, wonach der Zinssatz sogar neun Prozentpunkte über dem Basiszinssatz beträgt oder diese Bestimmung richtlinienkonform einschränkend auslegen, um zur Anwendung von § 288 Abs. 1 S. 2 BGB zu kommen (so *Joussen*, NZA 2001, 745, 749).
[697] BAG v. 7.3.2001 – GS 1/00, NZA 2001, 1195 ff.

Verbraucher ist, außerdem einen Anspruch auf Zahlung einer **Pauschale in Höhe von 40 Euro** hat. Da die Mahnung regelmäßig gem. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich ist, also bei verspäteten Zahlungen direkt Verzug eintritt und der Arbeitgeber im Regelfall Unternehmer ist, ist die Norm richtigerweise sowohl ihrem Wortlaut nach als auch von ihrem Telos her (Schutz der schwächeren Partei vor unpünktlichen Zahlungen) **auf das Arbeitsverhältnis anwendbar**.[698] Nach einer Mindermeinung verdränge hingegen die analoge Anwendung der prozessualen Norm des § 12a S. 1 ArbGG die Norm des § 288 Abs. 5 S. 1 BGB im Arbeitsrecht.[699] Dem kann nicht zugestimmt werden, weil diese Norm die Erstattung der Rechtsverfolgungskosten ausschließt, um den Arbeitnehmer vor Prozessrisiken zu schützen.[700] Hingegen soll § 288 Abs. 5 S. 1 BGB die durch den Verzug entstandenen Verwaltungskosten entschädigen sowie den Schuldner zur pünktlichen Zahlung anhalten soll, also einem gänzlich anderen Zweck dienen.[701] Es fehlt daher an der für eine Analogie notwendigen vergleichbaren Interessenlage.

IV. Deliktische Ansprüche

- Neben den vertraglichen können auch deliktische Schadensersatzansprüche in Betracht kommen. Deren **Voraussetzungen unterscheiden sich nicht vom allgemeinen Zivilrecht**, sodass der folgende Teil nur eine kurze Wiederholung darstellt. Deliktische Ansprüche können **im Arbeitsrecht vor allem wegen Ausschlussfristen Bedeutung** erhalten. Diese beziehen sich zum Teil nur auf vertragliche Ansprüche, nicht aber Ansprüche aus unerlaubter Handlung, sodass Letztere noch zu einem Zeitpunkt geltend gemacht werden können, in dem vertragliche Ansprüche wegen Fristablaufs bereits untergegangen sind.[702]
- Deliktischer Grundtatbestand ist § 823 Abs. 1 BGB. Neben den genannten Rechtsgütern kommt insbesondere eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Betracht. Bei diesem sonstigen Recht wird die **Rechtswidrigkeit** im Gegensatz zu den in § 823 Abs. 1 BGB aufgezählten Rechtsgütern nicht bereits durch die Verletzung indiziert, sondern es bedarf einer umfassenden Abwägung mit den entgegenstehenden Rechtsgütern und Interessen des Arbeitgebers. Beim **Verschulden** ist zu beachten, dass dieses bei § 823 Abs. 1 BGB stets einen persönlichen Schuldvorwurf voraussetzt. Eine Zurechnung wie bei den vertraglichen Ansprüchen gem. § 278 BGB kommt bei den deliktischen Ansprüchen nicht in Betracht. Den Arbeitgeber kann aber dennoch ein Schuldvorwurf treffen, wenn er den Schaden nicht aktiv und unmittelbar herbeigeführt hat, z.B. bei der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten oder einem Organisationsverschulden.[703]
- Daneben kann ein Schadensersatzanspruch auch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem **Schutzgesetz** bestehen. Als Schutzgesetz werden solche Rechtsnormen angesehen, die nicht nur den Belangen der Allgemeinheit dienen, sondern gerade auch bestimmte Rechtsgüter oder Interessen des Einzelnen schützen wollen.[704] Im Arbeitsrecht kommen hier z.B. öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschriften, § 78 BetrVG und Art. 9 Abs.

[698] LAG Niedersachsen v. 20.4.2017 – 5 Sa 1263/16, AuR 2017, 417; LAG Köln v. 22.11.2016 – 12 Sa 524/16, ZTR 2017, 105; LAG Baden-Württemberg v. 13.10.2016 – 3 Sa 34/16, BeckRS 2016, 73949 Rn. 63; ausführlich: *Lembke*, NZA 2016, 1501.
[699] LAG Köln v. 4.10.2017 – 5 Sa 229/17, BeckRS 2017, 132843; *Diller*, NZA 2015, 1095.
[700] *Lembke*, NZA 2016, 1501, 1505.
[701] *Lembke*, NZA 2016, 1501, 1502.
[702] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 7 Rn. 32.
[703] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 7 Rn. 33 f.
[704] MüKoBGB/*Wagner*, § 823 BGB Rn. 498.

3 GG in Betracht.[705] Zu beachten ist noch, dass es hinsichtlich des Verschuldens grundsätzlich auf die subjektiven Voraussetzungen des Schutzgesetzes ankommt.[706] Da z.B. eine fahrlässige Sachbeschädigung nach §§ 303, 15 StGB nicht strafbar ist, erfüllt sie den Tatbestand einer Schutzgesetzverletzung nicht.

- Schließlich haftet der Arbeitgeber unter Umständen für Schäden durch Dritte gem. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB. Dafür muss der Schädiger zunächst **Verrichtungsgehilfe** sein, worunter nach allgemeinen Grundsätzen derjenige zu verstehen ist, der bei der Ausübung der Verrichtung den Weisungen des Geschäftsherrn unterliegt.[707] **Arbeitnehmer sind Verrichtungsgehilfen**,[708] während es bei freien Mitarbeitern und Selbstständigen regelmäßig am Merkmal der Weisungsgebundenheit fehlt.[709] Weitere Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs ist, dass die Schädigung **"in Ausführung der Verrichtung"** verursacht wurde. Es muss also ein unmittelbarer, innerer Zusammenhang zwischen der übertragenen Verrichtung und der schädigenden Handlung bestehen, während Schädigungen "bei Gelegenheit" nicht erfasst sind.[710]

- *Beispiel:* Verschüttet ein Mitarbeiter im Labor bei Experimenten versehentlich Säure und wird hierdurch die Kleidung eines Arbeitskollegen beschädigt, dann kann eine Einstandspflicht des Arbeitgebers nach § 831 Abs. 1 BGB begründet sein. Schnippst hingegen ein Polizist aus Langeweile mit einem Gummi eine Büroklammer auf einen Kollegen und verletzt diesen am Auge,[711] muss der Arbeitgeber hierfür nicht über § 831 Abs. 1 BGB einstehen.

- Der Schadensersatzanspruch ist gem. § 831 Abs. 1 S. 2 BGB auch ausgeschlossen, wenn sich der Arbeitgeber **exkulpieren** kann, also den Nachweis führen kann, dass er den Verrichtungsgehilfen sorgfältig ausgesucht und überwacht hat. An den Entlastungsbeweis werden strenge Anforderungen gestellt. Zulässig ist aber auch ein dezentralisierter Entlastungsbeweis, es genügt also, wenn Vorgesetzte des Verrichtungsgehilfen eine ordnungsgemäße Aufsicht durchführen und diese wiederum vom Unternehmer beaufsichtigt werden. Hinzukommen muss dabei eine ausreichende Organisation, die eine ordnungsgemäße Geschäftsführung und Beaufsichtigung des gesamten Personals gewährleistet.[712]

V. Besonderheiten bei Personenschäden

- Haftungsrechtliche Besonderheiten bestehen bei Personenschäden des Arbeitnehmers.

1. Haftungserweiterung gem. § 618 Abs. 3 BGB

- Verletzt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer schuldhaft an Körper, Gesundheit oder Leben, dann muss er grds. nach § 249 BGB den gesamten hierdurch entstandenen Schaden ersetzen, insbesondere die Kosten einer Heilbehandlung sowie etwaige Folgekosten (z.B. Rehabilitation, Umschulung, kosmetische Operationen) tragen.[713] Auch wenn der

[705] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 7 Rn. 35.
[706] *Jauernig*, § 823 BGB Rn. 59.
[707] MüKoBGB/*Wagner*, § 831 BGB Rn. 14.
[708] *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht 1, § 7 Rn. 136.
[709] *Jauernig*, § 831 BGB Rn. 5.
[710] MüKoBGB/*Wagner*, § 831 BGB Rn. 25.
[711] Vgl. *Grothe*, LVZ, 28.4.2015.
[712] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 7 Rn. 43.
[713] MüKoBGB/*Henssler*, § 618 Rn. 100.

Arbeitgeber insoweit nicht deliktisch, sondern nur nach Sonderverbindung haftet, erstreckt § 618 Abs. 3 BGB den Haftungsumfang durch den Verweis auf §§ 842 bis 846 BGB über die allgemeinen Vorschriften hinaus auf bestimmte Folgeschäden sowie Schäden nicht unmittelbar verletzter Dritter.

- Der Arbeitnehmer kann:
  - Schadensersatz für Nachteile verlangen, die für den Erwerb oder sein Fortkommen entstehen (§ 842 BGB), z.B. Einkommensverluste infolge eines Arbeitsplatzwechsels;
  - eine Geldrente bei einer Minderung der Erwerbsfähigkeit verlangen (§ 843 BGB).
- Abweichend von dem allgemeinen Grundsatz, dass nur der unmittelbar Verletzte ersatzberechtigt ist, dehnen §§ 844, 845 BGB die Ersatzpflicht auf Schäden bestimmter Dritter aus. Der Arbeitgeber muss:
  - bei Tötung des Arbeitnehmers demjenigen die Beerdigungskosten erstatten, der diese zu tragen hat (§ 844 Abs. 1 BGB);
  - demjenigen Unterhalt zahlen, demgegenüber der getötete Arbeitnehmer unterhaltspflichtig war (§ 844 Abs. 2 BGB);
  - bei Tötung, Körperverletzung oder Gesundheitsbeeinträchtigung demjenigen für die entgangenen Dienste durch Geldrente Schadensersatz leisten, dem der verletzte Arbeitnehmer kraft Gesetzes zur Leistung von Diensten in Haushalt oder Gewerbe verpflichtet war; zu denken ist etwa an die Dienstleistungspflicht der Kinder im elterlichen Geschäft nach § 1619 BGB.
- Bei diesen Ersatzansprüchen handelt es sich um eigenständige Schadensersatzansprüche des Dritten. Daher wirkt sich ein Verschulden des Verletzten auf den Anspruchsumfang nur aus, soweit es um die Entstehungsphase geht (§ 846 BGB). Demgegenüber ist nach der Entstehung der weitere Verlauf des Anspruchs vom Verhalten des Arbeitnehmers völlig unabhängig; dieser kann also nicht durch Vergleich mit dem Arbeitgeber auf Ansprüche Dritter verzichten oder diese einschränken.

2. Haftungsausschluss gem. § 104 SGB VII

Fall:
Michalski, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 25 und Fall 26, S. 10, 85 ff., 87 ff.
Heckelmann/Franzen, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 3, S. 25 ff.
Richardi/Annuß, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 11, S. 118 ff.

a) Haftung nur bei Vorsatz oder Wegeunfall

- Trotz des Verweises in § 618 Abs. 3 BGB auf §§ 842 – 846 BGB kommen in der betrieblichen Praxis Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber wegen Personenschäden regelmäßig nicht zum Tragen. Die bürgerlich-rechtlichen Regelungen über die Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen werden **durch das Recht der gesetzlichen Unfallversicherung überlagert** und teilweise modifiziert, wenn die Schädigung auf einem Arbeitsunfall beruht. Nach § 104 Abs. 1 SGB VII ist der Unternehmer Versicherten und deren Angehörigen bzw. Hinterbliebenen zum Ersatz des durch einen Versicherungsfall verursachten Personenschaden nur dann verpflichtet, wenn der Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt wurde (der Vorsatz muss sich dabei auf die Schädigung beziehen) oder es sich um einen Wegeunfall i.S.v. § 8 Abs. 2 Nr. 1 – Nr. 4 SGB VII handelt.[714]

[714] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 7 Rn. 54.

b) Schädigung durch Arbeitskollegen

- Einen entsprechenden Haftungsausschluss sieht § 105 Abs. 1 SGB VII bei der Schädigung des Arbeitnehmers durch einen **Arbeitskollegen** vor. Der sachliche Grund für die Haftungsbefreiung besteht darin, dass bei Arbeitsunfällen im Rahmen der gesetzlichen Unfallversicherung Leistungen der Berufsgenossenschaften erbracht werden (§§ 27 ff. SGB VII), und zwar ohne Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit und ein etwaiges Verschulden des schädigenden Arbeitgebers oder Arbeitskollegen sowie ein etwaiges Mitverschulden des Geschädigten.[715]

c) Voraussetzungen

- Der Schaden muss einer **Person** entstanden sein, die durch die Unfallversicherung des Arbeitgebers geschützt wird. Dies bestimmt sich nach § 2 SGB VII.
- Die versicherte Person muss einen **Versicherungsfall** erleiden; das sind nach § 7 SGB VII Arbeitsunfälle (§ 8 SGB VII) und Berufskrankheiten (§ 9 SGB VII). Der Begriff des Arbeitsunfalls ist in § 8 Abs. 1 S. 1 SGB VII legaldefiniert. Maßgeblich ist, dass ein innerer Zusammenhang mit der versicherten Tätigkeit besteht („infolge").[716] Dies ist aber nicht zu eng zu fassen, umfasst sein können z.B. auch Unfälle bei betriebsinternen Feierlichkeiten, die das Betriebsklima fördern sollen.[717]
- Es darf **keine Ausnahme** (Vorsätzliche Schädigung durch den Arbeitgeber oder Wegeunfall gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 – Nr. 4 SGB VII) vorliegen.

d) Reichweite des Haftungsausschlusses

- Der Haftungsausschluss zugunsten des Unternehmers gilt nicht nur gegenüber den Versicherten, sondern greift **auch gegenüber** deren **Angehörigen und Hinterbliebenen** ein. Der Ausschluss gegenüber dieser Personengruppe rechtfertigt sich daraus, dass auch zu ihren Gunsten Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung gewährt werden können. So bestehen z.B. bei Tötung des Arbeitnehmers Ansprüche auf Hinterbliebenenrente gemäß §§ 63 ff. SGB VII, was den Ausschluss von Unterhaltsansprüchen nach § 844 Abs. 2 BGB sachlich rechtfertigt.[718]
- Der Haftungsausschluss nach § 104 SGB VII erfasst Ansprüche wegen Personenschäden, und zwar **unabhängig vom Rechtsgrund** einer etwaigen Schadensersatzpflicht. Neben den Regelungen des BGB über die Vertrags- und die Deliktshaftung werden also auch Bestimmungen der Gefährdungshaftung außerhalb des BGB, z.B. nach dem StVG, einbezogen.[719]
- Der Haftungsausschluss erfasst nach ganz h.M. **auch den Schmerzensgeldanspruch**, obwohl hierfür Leistungen im Rahmen der gesetzlichen Unfallversicherung nicht erbracht werden.[720] Entscheidend hierfür spricht, dass es sich um ein abgeschlossenes System der Ersatzleistungen bei Personenschäden handelt, das innerbetriebliche Konflikte wegen Arbeitsunfällen ausschließen will. Überdies ist zu beachten, dass das Mit-

---

[715] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 7 Rn. 54.
[716] ErfK/*Rolfs*, § 8 SGB VII Rn. 2.
[717] BSG v. 5.7.2016 – B 2 U 19/14 R, NZS 2017, 25, 26 Rn. 12.
[718] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 7 Rn. 61.
[719] *Gitter/Schmitt*, SozR, 5. Aufl., 2001, § 22 I, S. 189; *Schaub*, ArbR-HdB, § 61 Rn. 62.
[720] BVerfG v. 7.11.1972 – 1 BvL 4/71, 1 BvL 10/72, 1 BvR 355/71, BeckRS 9998, 153362 unter C I; BAG v. 23.9.1969 – 1 AZR 493/68, NJW 1970, 442; *Michalski*, Fälle zum ArbR, Fall 26, S. 10, 89 f.; *Heckelmann/Franzen*, Fälle zum ArbR, Fall 3, S. 25, 33; *Richardi/Annuß*, Fälle zum ArbR, Fall 11, S. 118, 122; *Schaub*, ArbR-HdB, § 61 Rn. 61.

verschulden des Geschädigten für den Leistungsbezug in der gesetzlichen Unfallversicherung keine Rolle spielt; dann soll aber auch ein schuldhaftes Verhalten des Unternehmers nicht einen gegen ihn gerichteten Schmerzensgeldanspruch begründen.

- **Nicht** erfasst von der gesetzlichen Unfallversicherung werden **Sachschäden**. Diese kann der Arbeitnehmer auch dann ersetzt verlangen, wenn Ursache hierfür ein Arbeitsunfall war.[721]

e) **Prüfungsschema**

Für die Prüfung, ob der Haftungsausschluss nach § 104 Abs. 1 SGB VII greift, bietet sich daher folgendes Prüfungsschema an:

1. Bestehen einer Schadensersatzpflicht (§ 280 Abs. 1 BGB, Delikt usw.) des Arbeitgebers
2. Versicherte Person als Geschädigter = Arbeitnehmer des Betriebs (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII) oder wie ein Arbeitnehmer im Betrieb Tätiger (§ 2 Abs. 2 Satz 1 SGB VII)
3. Arbeitsunfall = von außen einwirkendes, körperlich schädigendes, plötzliches Ereignis, das in einem inneren, ursächlichen Zusammenhang mit der Tätigkeit steht
4. Personenschaden = Gesundheits- oder Körperverletzung, Tötung, einschließlich Hilfsmittel i.S.v. § 8 Abs. 3 SGB VII
5. Ausnahme: Fortbestehende Haftung bei Vorsatz oder Wegeunfall i.S.v. § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 4 SGB VII

VI. Exkurs: Schmerzensgeld (§ 253 Abs. 2 BGB)

- Schadensersatz in Form eines Geldausgleichs kann grds. nur bei materiellen, nicht bei immateriellen Schäden erfolgen (§ 253 Abs. 1 BGB). Eine Ausnahme macht § 253 Abs. 2 BGB. Hierbei handelt es sich nicht um eine eigenständige Anspruchsgrundlage. Vielmehr betrifft die Bestimmung nur den Inhalt eines Schadensersatzanspruchs, setzt also voraus, dass nach anderen Bestimmungen eine Verpflichtung zum Schadensersatz besteht.[722] Die Norm umfasst ihrem Wortlaut nach Verletzungen des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der sexuellen Selbstbestimmung.
- Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist hingegen in § 253 Abs. 2 BGB nicht genannt. Auch eine analoge Anwendung scheidet aus, da die Problematik bei der Einführung der Norm bekannt war und daher keine planwidrige Regelungslücke vorliegt.[723] Ein Schadensersatzanspruch ist deshalb für vertragliche wie deliktische Ansprüche gleichermaßen aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1, 2 GG abzuleiten.[724]
- Im Arbeitsrecht sind Schmerzensgeldansprüche wegen Arbeitsunfällen gem. § 104 SGB VII ausgeschlossen. Hingegen kommen sie u.a. wegen Mobbings durchaus in Betracht. Mobbing bezeichnet die systematische Ausgrenzung oder Schlechtbehandlung durch den Arbeitgeber, Vorgesetzte oder Kollegen.[725] Abzustellen ist aber stets auf konkrete Pflichtverletzungen.

- Beispiel:[726] Chefarzt Dr. C hat den ihm unterstellten Oberarzt Dr. O vor Kollegen mehrfach in herablassender und aggressiver Weise vorgeworfen, Operationen schlecht ausgeführt zu haben. Bei anderer Gelegenheit warf er ihm in einer Teambesprechung unlautere Motive wie Faulheit und Gier vor. Auf Kritik von Dr. O reagierte er u.a. mit den Worten „Ich bin hier Operateur und Sie sind mein Handlanger. Sie haben zu tun, was ich Ihnen sage!“. In Folge dessen erkrankte Dr. O psychisch.

[721] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 7 Rn. 65.
[722] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 7 Rn. 65.
[723] MüHBAR/*Reichold*, § 86 Rn. 29.
[724] MüHBAR/*Reichold*, § 86 Rn. 29.
[725] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 265.
[726] Nach BAG v. 25.10.2007 – 8 AZR 593/06, NZA 2008, 223.

- Ein Anspruch von Dr. O gegen den Arbeitgeber könnte gem. §§ 611a, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bestehen. In der systematischen Herabwürdigung vor Kollegen ist eine Verletzung der Pflicht, auf die Interessen und Rechtsgüter des Dr. O Rücksicht zu nehmen, zu sehen. Da Dr. C gegenüber Dr. O weisungsbefugt ist und die Pflichtverletzungen damit in einem inneren Zusammenhang mit den ihm zugewiesenen Aufgaben stehen, können seine vorsätzlichen Pflichtverletzungen dem Arbeitgeber gem. § 278 BGB zugerechnet werden. Damit besteht ein Anspruch auf Schadensersatz dem Grunde nach. Dr. O kann sowohl Heilbehandlungskosten (§ 249 Abs. 2 S. 1 BGB) als auch ein Schmerzensgeld wegen Körperverletzung (§ 253 Abs. 2 BGB) fordern. Ein innerer Zusammenhang zwischen der Arbeitspflicht des Dr. O und der Schädigung besteht nicht, sodass kein Arbeitsunfall vorliegt und die Haftung nicht gem. § 105 SGB VII ausgeschlossen ist. Daneben kommen auch deliktische Ansprüche gem. §§ 823 Abs. 1 (Organisationsverschulden) und 831 Abs. 1 S. 1 BGB gegen den Arbeitgeber in Betracht.

§ 10 Sonstige Ansprüche

- Wegen der Vielzahl an weiteren Ansprüchen des Arbeitnehmers bleibt die Darstellung an dieser Stelle auf einige besonders ausbildungs- bzw. praxisrelevante Beispiele beschränkt.

I. Aufwendungsersatzansprüche

- Setzt der Arbeitnehmer in Zusammenhang mit der Erbringung der Arbeitsleistung eigenes Vermögen ein, macht er z.B. eine Dienstreise mit dem eigenen PKW oder zieht er aus dienstlichen Gründen um, dann kommt zugunsten des Arbeitnehmers ein Aufwendungsersatzanspruch in entsprechender Anwendung von § 670 BGB in Betracht.
- Zwar gilt § 670 BGB unmittelbar nur für unentgeltliche Auftragsverhältnisse sowie gemäß § 675 BGB entsprechend für die entgeltliche Geschäftsbesorgung; dieser Regelung liegt aber der **allgemeine Gedanke zugrunde, dass derjenige, der den Nutzen aus einer Tätigkeit zieht, auch die damit verbundenen Kosten tragen soll** und kann daher **analog im Arbeitsrecht** angewandt werden.[727] Zu berücksichtigen ist aber, dass § 670 BGB unmittelbar für den Auftrag, also eine per se unentgeltliche Leistung, gilt. Daher ist auch eine analoge Anwendung nur möglich, wenn der Arbeitnehmer für die entsprechende Leistung **keine besondere Vergütung** erhält.[728]

Es müssen also die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

1. Der Arbeitnehmer muss freiwillig sein **eigenes Vermögen im Interesse des Arbeitgebers eingesetzt** haben, weil eine Aufwendung begrifflich ein freiwilliges Vermögensopfer meint.
2. Die Aufwendung muss als **Folge einer Arbeitsweisung** entstehen bzw. der Arbeitnehmer muss sie im Rahmen seiner arbeitsvertraglichen Pflichten zumindest den Umständen nach für erforderlich halten dürfen.
3. Die Aufwendung darf **nicht** durch das Arbeitsentgelt **bereits abgegolten** sein.

- Danach kann z.B. **Aufwendungsersatz für Dienstreisen** beansprucht werden. Im Einzelfall muss jedoch stets geprüft werden, ob die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben

[727] BAG v. 10.11.1960 – GS 1/60, BB 1962, 178, 179 f.
[728] BAG v. 10.11.1960 – GS 1/60, BB 1962, 178, 179.

sind; so besteht z.B. ausnahmsweise dann kein Anspruch auf Ersatz der Kosten einer dienstlichen Autofahrt, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer angewiesen hatte, ein öffentliches Verkehrsmittel, das kostenlos in Anspruch genommen werden konnte, zu benutzen, und dem Arbeitnehmer dies auch zumutbar war.[729] Der Arbeitnehmer durfte in diesem Fall seine Aufwendungen nicht für erforderlich halten.

- **Nicht ersatzfähig sind die Kosten der persönlichen Lebensführung**, die der Arbeitnehmer von seinem Lohn zu bestreiten hat. Hierzu rechnen z.B. die Fahrtkosten zwischen Privatwohnung und Arbeitsstelle. Auch die Kosten für die Arbeitskleidung trägt grds. der Arbeitnehmer selbst, soweit sich nicht aus gesetzlicher oder vertraglicher Regelung etwas anderes ergibt. Ist allerdings bestimmte Sicherheitskleidung nach § 618 BGB i.V.m. den einschlägigen Unfallverhütungsvorschriften vorgeschrieben, dann muss der Arbeitgeber die entsprechenden Kosten tragen, wenn er die Sicherheitskleidung nicht zur Verfügung stellt, sondern sich der Arbeitnehmer diese selber beschafft.

II. Ersatz von Eigenschäden

1. Anspruch aus § 670 BGB analog

- Der Arbeitgeber kann unter bestimmten Voraussetzungen gegenüber dem Arbeitnehmer auch in „doppelter“, also **zweifacher Analogie zu § 670 BGB** zum **Ersatz von Sachschäden** verpflichtet sein. Dies ist besonders bedeutsam, da dieser Anspruch im Gegensatz zu Schadensersatzansprüchen (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2; 823 BGB) nicht Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Arbeitgebers voraussetzt.
- Die **erste Analogie** betrifft die soeben dargestellte entsprechende **Anwendung des § 670** BGB, der unmittelbar nur für unentgeltliche Auftragsverhältnisse gilt, **auf das Arbeitsverhältnis**. Bei den Eigenschäden im Speziellen liegen die Voraussetzungen der Analogie vor, da es an einer Grundlage für eine verschuldensunabhängige Ersatzpflicht des Arbeitgebers für Schäden des Arbeitnehmers fehlt (planwidrige Regelungslücke) und es in beiden Fällen um den Ausgleich von Vermögensverlusten des im Interesse des Auftrags- bzw. Arbeitgebers Handelnden geht (vergleichbare Interessenlage).
- **Zweitens** gilt § 670 BGB direkt nur für Aufwendungen und nicht **für Schäden**, was aber zu unbilligen Ergebnissen führen kann, weshalb hier eine analoge Erstreckung auf Schäden geboten ist.[730] Zum einen soll derjenige, der den Nutzen einer Tätigkeit hat, auch die damit verbundenen, nicht abgegoltenen Risiken tragen. Zum anderen rechtfertigt sich dieses Ergebnis auch mit der Überlegung, dass bei Schäden im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis die Tragung des Schadensrisikos nicht von dem eher zufälligen Umstand abhängen darf, ob die Sache im Eigentum des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers steht. Danach besteht eine Verpflichtung des Arbeitgebers zum Aufwendungsersatz dann, wenn er ohne den Einsatz des Eigentums des Arbeitnehmers eigene Betriebsmittel hätte einsetzen und das damit verbundene Risiko tragen müssen.

2. Einschränkung durch Mitverschulden (§ 254 BGB)

- Früher wurde vertreten, ein Mitverschulden des Arbeitnehmers lasse seinen Anspruch unter Umständen ganz entfallen, weil seine „Aufwendungen“ dann nicht als „erforderlich“ im Sinne des § 670 BGB anzusehen seien. Nach nunmehr ganz überwiegender Auffassung führt ein **Mitverschulden des Arbeitnehmers** nicht zum Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs, sondern allenfalls zu einer **Einschränkung nach § 254**

[729] BAG v. 29.8.1991 – 6 AZR 593/88, NZA 1992, 67.
[730] BAG, v. 10.11.1960 – GS 1/60, BB 1962, 178, 179.

BGB. Da es um die Frage geht, wer das Risiko betrieblicher Tätigkeit tragen soll, sind hierbei die **Grundsätze über die Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung** bei betrieblich bedingten Schäden entsprechend heranzuziehen. Als grobe Faustformel kann dabei weiterhin daran festgehalten werden, dass mangels abweichender Abwägungskriterien der Arbeitnehmer bei grober Fahrlässigkeit und der Arbeitgeber bei leichtester Fahrlässigkeit den Schaden insgesamt zu tragen hat, während bei normaler Fahrlässigkeit eine Teilung in Betracht kommt.[731]

3. Besonderheiten bei Schäden am PKW

Fall:
Heckelmann/Franzen: Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 4, S. 2, 33 ff.
Oetker, Individualarbeitsrecht, Fall 11, S. 14, 89 ff.

- Besondere Bedeutung in der Praxis wie in der universitären Ausbildung spielen Schäden, die Arbeitnehmer bei Dienstfahrten **am eigenen PKW** erleiden. Fraglich ist dabei vor allem, wann die Risiken der Fahrzeugnutzung dem persönlichen Lebensrisiko des Arbeitnehmers und wann sie dem Betätigungsbereich des Arbeitgebers zuzurechnen sind. Dabei ist insbesondere darauf abzustellen, ob der Arbeitgeber ohne den Einsatz des Kraftfahrzeuges des Arbeitnehmers ein eigenes Fahrzeug einsetzen und das damit verbundene Unfallrisiko tragen müsste oder nicht.[732]

In der Fallbearbeitung sind also diese **Voraussetzungen** zu prüfen:
1. Doppelt analoge Anwendbarkeit des § 670 BGB.
2. Billigung, d.h. Duldung des Fahrzeugeinsatzes durch den Arbeitgeber.
3. Einsatz des Fahrzeugs im Betätigungsbereich des Arbeitgebers: Das bedeutet, dass der Arbeitgeber sonst ein eigenes Fahrzeug einsetzen und dessen Unfallrisiko tragen müsste.
4. Keine das Unfallrisiko deckende Vergütung für den Fahrzeugeinsatz.
5. Gegebenenfalls Anwendung von § 254 BGB analog bei Verschulden des Arbeitnehmers.

4. Geldstrafen und Strafverfolgungskosten

- Hingegen muss der Arbeitnehmer **Geldstrafen, Bußgelder und Strafverfolgungskosten grds. selbst tragen** und zwar auch dann, wenn die zugrundeliegende Tat im Zusammenhang mit der Erbringung der Arbeitsleistung steht. Diese Risiken gehören zum Lebensbereich des Arbeitnehmers und nicht zum Betätigungsbereich des Arbeitgebers, weil allein der Arbeitnehmer diese Maßnahmen dadurch verhindern kann, dass er die einschlägigen Regeln genau beachtet. Ausnahmen können sich im Einzelfall bei der Strafverfolgung im Ausland ergeben, soweit es sich um für den Arbeitnehmer unzumutbare Verfolgungsmaßnahmen handelt, für deren Übernahme der Arbeitgeber keine angemessene Vergütung zahlt.[733]

[731] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 8 Rn. 10.
[732] BAG v. 8.5.1980 – 3 AZR 82/79, NJW 1981, 702.
[733] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 8 Rn. 15.

III. Haftungsfreistellungsanspruch

- Hat der Arbeitnehmer in Ausführung seiner Beschäftigung einem Dritten Schaden zugefügt, so haftet er diesem nach deliktischen Regeln. Eine Haftungsminderung in diesem Außenverhältnis nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen kommt im Allgemeinen nicht in Betracht, weil zwischen Arbeitnehmer und Drittem zum einen kein Arbeitsverhältnis besteht und zum anderen der Dritte anders als der Arbeitgeber kein betriebliches Risiko geschaffen hat, dass ihm über § 254 BGB analog als Mitverantwortung zugerechnet werden könnte.[734]
- Klausurhinweis: Daher ist dies, falls der Arbeitgeber dem Dritten gegenüber ebenfalls haften sollte, gerade **kein** Fall der gestörten Gesamtschuld. Die gestörte Gesamtschuld setzt nämlich voraus, dass einer der beiden Schädiger **gegenüber dem Geschädigten** privilegiert ist.
- Die volle und endgültige Belastung des Arbeitnehmers stünde allerdings in Widerspruch zu den Grundsätzen über den innerbetrieblichen Schadensausgleich. Soweit der Arbeitgeber im Innenverhältnis verpflichtet wäre, einen eigenen Schaden zu tragen, kann der Arbeitnehmers **nach § 670 BGB analog i.V.m. 257 BGB Freistellung verlangen**. Der Freistellungsanspruch kann an den geschädigten Dritten abgetreten und von diesem gepfändet werden, so dass der Dritte dann unmittelbar gegen den Arbeitgeber vorgehen kann; der Freistellungsanspruch verwandelt sich in einen entsprechenden Zahlungsanspruch.[735]
- Ist der Arbeitnehmer vom geschädigten Dritten bereits erfolgreich in Anspruch genommen worden, kann er nunmehr statt der Freistellung vom Arbeitgeber in der Höhe **Erstattung** verlangen, in der den Arbeitgeber das Schadensrisiko trifft. Rechtsgrundlage hierfür ist **§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB**, wenn der Arbeitgeber dem Dritten gegenüber ebenfalls schadensersatzpflichtig ist; daneben kommt wiederum § 670 BGB analog in Betracht.[736]

IV. Auskunftsansprüche

1. Begriff und Rechtsgrundlage

- Unter **Auskunft** versteht man im Allgemeinen die **Mitteilung von Tatsachen auf Grund einer vorhergehenden Anfrage**. Nach ganz herrschender Auffassung besteht **kein allgemeiner Auskunftsanspruch** des Arbeitnehmers. Der Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers setzt also eine entsprechende Regelung in Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Individualvertrag voraus.
- Obwohl ein allgemeiner Auskunftsanspruch nicht besteht, kann sich unter vier Voraussetzungen auch ohne konkrete normative oder rechtsgeschäftliche Grundlage nach **§ 242 BGB** eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung ergeben:

1. Sonderverbindung, hier das Arbeitsverhältnis.
2. Berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse des Arbeitnehmers an der Auskunft; dies ist dann der Fall, wenn die Auskunft sich auf das Bestehen oder den Umfang von Rechten aus dem Arbeitsverhältnis bezieht.
3. Keine andere zumutbare Möglichkeit des Arbeitnehmers, die Information zu erlangen.
4. Der Arbeitgeber muss unschwer in der Lage sein, die erforderliche Auskunft zu erteilen.

[734] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 8 Rn. 16.
[735] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 8 Rn. 16.
[736] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 8 Rn. 17.

2. Einzelne Auskunftsansprüche

- Im Einzelfall kommen u.a. folgende Auskunftsansprüche in Betracht:

1. Gemäß **§§ 81 Abs. 1, 82 Abs. 2 S. 1 Hs. 2, 83 BetrVG** hat der Arbeitnehmer verschiedene Auskunftsansprüche: Er kann Unterrichtung über seine Aufgabe und Verantwortung sowie über die Art seiner Tätigkeit und ihre Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebs verlangen; er kann Erläuterung der Berechnung und Zusammensetzung seines Arbeitsentgelts sowie Mitteilung seiner Leistungen und Erörterung der Möglichkeiten seiner beruflichen Entwicklung beanspruchen; und er kann Auskunft verlangen, ob und mit welchem Inhalt Personalakten über ihn geführt werden. **Trotz ihrer systematischen Stellung im BetrVG hat der Arbeitnehmer diese Rechte unabhängig davon, ob ein Betriebsrat besteht oder nicht.**
2. Nach **§ 7 Abs. 2 TzBfG** hat der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, der ihm gegenüber den Wunsch nach einer Veränderung von Dauer und Lage seiner Arbeitszeit angezeigt hat, über entsprechende Arbeitsplätze zu unterrichten, die im Betrieb besetzt werden sollen.
3. Im Jahr 2017 wurde das **Entgelttransparenzgesetz** verabschiedet, um bestehenden Lohnunterschieden zwischen Männern und Frauen (sog. Gender Pay Gap, im Jahr 2016 in Deutschland circa 21 Prozent) entgegenzuwirken. Es enthält in § 10 Abs. 1 EntgTranspG einen individuellen Auskunftsanspruch über die Entlohnung bei Benennung einer Vergleichstätigkeit, der allerdings nur in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten (§ 12 Abs. 1) besteht. Siehe zu diesem Gesetz: *Fuhlrott/Ritz*, ArbRAktuell 2017, 211.

§ 11 Arbeitsleistung

I. Überblick

Literatur:	Rechtsprechung:
Boemke, Studienbuch Arbeitsrecht, § 9 Rn. 1 ff. *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, § 4 Rn. 137 ff. *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band 1, § 6 Rn. 1 ff. *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, § 4 Rn. 201 ff. *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 26 Rn. 1066 ff.	BAG v. 9.12.1987 – 4 AZR 584/87, NZA 1988, 289 ff. BAG v. 23.6.1992 – 1 AZR 57/92, NZA 1993, 89 ff.

1. Anspruchsgrundlage

- **Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers** aus dem Arbeitsverhältnis ist die **Leistung der versprochenen (weisungsgebundenen und fremdbestimmten) Arbeit** in persönlicher Abhängigkeit vom Arbeitgeber (§ 611a Abs. 1 S. 1 BGB). Rechtsgrund der Arbeitspflicht und damit **Anspruchsgrundlage** für die Arbeitsleistung ist stets das in der Regel durch den Arbeitsvertrag begründete **Arbeitsverhältnis**. Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder sonstige Rechtsquellen können das Direktionsrecht des Arbeitgebers, d.h. Recht, dem Arbeitnehmer bestimmte Tätigkeiten zuzuweisen, erweitern bzw. einschränken oder den Inhalt der Leistungspflicht näher konkretisieren, bilden aber − schon wegen der grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit des Arbeitnehmers (Art. 12 Abs. 1 GG) − nicht selbst den Rechtsgrund für die Arbeitspflicht.

- Der Anspruch auf die Arbeitsleistung folgt somit stets aus § 611a Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsverhältnis. Er ist mithin allein davon abhängig, dass zwischen den Parteien ein rechtswirksames Arbeitsverhältnis begründet worden ist.

2. Charakteristika der Leistungspflicht

Literatur:
Bayreuther, Was schuldet der Arbeitnehmer?, NZA 2006, Sonderbeil. 1 zu Heft 10, 3 ff.
Maschmann, Die mangelhafte Arbeitsleistung, NZA-Beil. 2006, 13 ff.
Fälle:
Heckelmann/Franzen, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 10, S. 121 ff.
Helml, Examensklausur WF Arbeitsrecht, Jura 1994, 321 ff.
Oetker, Individualarbeitsrecht, Fall 18, S. 21, 117 ff.

a) Höchstpersönliche Leistungsverpflichtung (§ 613 S. 1 BGB)

- Der Arbeitnehmer hat gem. **§ 613 S. 1 BGB** die **Arbeitspflicht im Zweifel höchstpersönlich** zu erbringen. Daraus folgt, dass er nicht berechtigt ist, die Arbeitsleistung durch eine andere Person erbringen zu lassen – im Gegenzug muss er jedoch bei Verhinderung auch nicht für Ersatz sorgen.[737] Z. B. darf und muss ein Außendienstmitarbeiter für die Dauer eines Führerscheinentzugs nicht einen Ersatzfahrer stellen.[738]

b) Geschuldete Arbeitsleistung: Subjektiver oder objektiver Maßstab

- Aus der Höchstpersönlichkeit der Leistungsverpflichtung wird von der herrschenden Meinung auch abgeleitet, dass ein Arbeitnehmer nur die Leistung schuldet, die er bei angemessener Anspannung seiner geistigen und körperlichen Kräfte auf Dauer ohne Gefährdung seiner Gesundheit zu leisten imstande ist (subjektiver Maßstab).[739] Dies lässt sich auf die Formel bringen: **„Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut wie er kann"**[740]. Daraus resultiert eine dynamische Leistungspflicht*:* Wer überdurchschnittlich leisten kann, ist auch zu überdurchschnittlichen Leistungen verpflichtet. Wer umgekehrt nur unterdurchschnittlich leistungsfähig ist, genügt mit einer unterdurchschnittlichen Leistung seiner Arbeitspflicht.[741]
- Eine Mindermeinung möchte die Leistungspflicht hingegen objektiv bestimmen, weil für den Arbeitgeber sonst unmöglich festzustellen sei, ob ein Arbeitnehmer eigentlich leistungsfähiger sei.[742] Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, weil sie im Widerspruch zu § 613 S. 1 BGB steht und ignoriert, dass der Arbeitnehmer nur das Tätigwerden und keinen Erfolg schuldet. Aus diesem Grund kennt das Arbeitsvertragsrecht kein Minderungsrecht. Bei Anerkennen einer objektiven Leistungspflicht könnte der Arbeitgeber jedoch u. U. Schadensersatz wegen Unmöglichkeit[743] (§§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB) fordern und so diese gesetzliche Wertung umgehen.[744]

---

[737] ErfK/*Preis*, § 613 BGB Rn. 2.
[738] LAG Schleswig-Holstein v. 16.6.1986 – 4 (5) Sa 684/85, NZA 1987, 669.
[739] BAG v. 17.3.1988 – 2 AZR 576/87, NZA 1989, 261; v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784; v. 17.1.2008 – 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693; *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13, 15. – Siehe auch *Boemke*, jurisPR-ArbR 29/2015 Anm. 6 unter C I 4.
[740] BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784, 786; *Boemke*, jurisPR-ArbR 29/2015 Anm. 6 unter C I 4.
[741] ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 643.
[742] *Hunold*, BB 2003, 2345, 2346; *Tschöpe*, BB 2006, 213, 214.
[743] Wegen des Fixschuldcharakters der Arbeit wäre eine Nacherfüllung bei einer von der objektiven Leistungspflicht abweichenden Minderleistung nicht möglich, daher ergäbe sich ein ggf. bestehender Schadensersatzanspruch wegen Unmöglichkeit und nicht wegen Schlechtleistung.
[744] *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13, 15 f.

3. Anspruchsinhalt

- Der **Inhalt der Leistungspflicht** des Arbeitnehmers und damit korrespondierend der Inhalt des Anspruchs des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung wird durch das Arbeitsverhältnis festgelegt und ist **im Einzelfall anhand des Arbeitsvertrags unter Berücksichtigung kollektiv-rechtlicher Normen und der Verkehrssitte zu bestimmen**.[745] Aus dem Arbeitsverhältnis ergibt sich, mit welchen Tätigkeiten der Arbeitgeber wann und wo den Arbeitnehmer wie lange beschäftigen darf und wie der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung erbringen muss.

4. Konkretisierung durch Weisung

- In der Regel werden die vom Arbeitnehmer geschuldeten Dienste ihrer Art nach nicht bis ins kleinste Detail im Voraus bestimmt, sondern nur rahmenmäßig abgesteckt. Dies geschieht, indem die Art der Tätigkeit durch Beschreibung des Tätigkeits- oder Arbeitsbereichs, der Berufsbezeichnung o. Ä. allgemein umrissen und Angaben zur Dauer der Arbeitszeit, ggf. auch zu weiteren Einzelheiten, gemacht werden. Damit ist aber noch nicht festgelegt, welche konkrete Leistung der Arbeitnehmer erbringen soll. Wird ein Arbeitnehmer als Schreibkraft mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden eingestellt, dann steht weder fest wann und wo (Abteilung X, Y oder Z) noch was gearbeitet werden soll (welche Texte womit geschrieben werden sollen). **Der konkrete Tätigkeitsinhalt muss erst noch festgelegt werden.** Dies erfolgt i. d. R. durch den Arbeitgeber **im Wege des Direktionsrechts**. Dabei ist die Ausübung des Direktionsrechts sowohl Gläubigerobliegenheit des Arbeitgebers,[746] weil andernfalls der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht erbringen kann und der Arbeitgeber in Annahmeverzug (§ 615 BGB) gerät, als auch dessen Nebenpflicht,[747] weil die Ausübung des Direktionsrechts Voraussetzung dafür ist, dass der Arbeitgeber den Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers erfüllen kann.

5. Bedeutung für die Fallbearbeitung

- Die Arbeitspflicht ist zwar Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers, in Arbeitsprozessen sowie in Ausbildung und Examen wird aber im Allgemeinen nicht unmittelbar nach dem Anspruch des Arbeitgebers auf eine konkrete Arbeitsleistung gefragt. Vielmehr ist der Inhalt der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers häufig nur Vorfrage für die Beurteilung von sonstigen Ansprüchen und Rechten. So kann es für die Wirksamkeit einer Kündigung[748] oder Abmahnung[749] wegen Arbeitsverweigerung darauf ankommen, ob der Arbeitnehmer nach dem Arbeitsverhältnis zur Ausübung der ihm zugewiesenen Tätigkeit überhaupt verpflichtet gewesen ist; trotz Nichtleistung der Arbeit kann der Arbeitnehmer u. U. abweichend von § 326 Abs. 1 BGB den Lohnanspruch geltend machen, wenn der Arbeitgeber sich mangels wirksamer Zuweisung einer Tätigkeit in Annahmeverzug

[745] BAG v. 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, NJW 1956, 359, 360; v. 11.6.1958 – 4 AZR 514/55, BB 1958, 1094; v. 27.3.1980 – 2 AZR 506/78, BB 1980, 1267 unter III 1; v. 6.4.1989 – 6 AZR 622/87, AP Nr. 2 zu § 2 BAT SR 2 r; *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, § 7 IV 1 c bb), S. 265 f.; *v. Hoyningen-Huene/Boemke*, Die Versetzung, S. 84.
[746] *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, § 7 III 4 d cc), S. 253; BAG v. 27.3.1980 – 2 AZR 506/78, BB 1980, 1267; ErfK/*Preis*, § 106 GewO Rn. 19; *Schaub*, ArbR-HdB, § 45 Rn. 14 ff.
[747] Vgl. dazu *Greiner*, RdA 2013, 9 ff., insbes. 14 f.
[748] Fallbeispiel: *Heckelmann/Franzen*, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 10, S. 121 ff.
[749] Fallbeispiele: *Helml*, Jura 1994, 321 ff.; *Oetker*, Individualarbeitsrecht, Fall 18, S. 21, 117 ff.

(§ 615 BGB) befunden hat. **Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers ist also häufig nicht unmittelbarer Streitgegenstand, sondern lediglich präjudiziell für die Entscheidung über den eigentlichen Streitgegenstand**, z.B. in Kündigungs- oder Entgeltfortzahlungsprozessen. Dies muss im Rahmen der Fallbearbeitung und beim Prüfungsaufbau stets beachtet werden.

II. Direktionsrecht des Arbeitgebers

Literatur:	Rechtsprechung:
Boemke, Studienbuch Arbeitsrecht, § 9 Rn. 6 ff. *Boemke*, (Un-)Verbindlichkeit unbilliger Arbeitgeberweisungen, NZA 2013, 6 ff. *Hromadka*/*Maschmann*, Arbeitsrecht Band 1, § 2 Rn. 84, § 6 Rn. 6 ff. *Lakies*, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers – Inhalt und Grenzen, BB 2003, 364 ff. *Preis*, Individualarbeitsrecht, Rn. 707 ff. *Reuter*, Das Gewissen des Arbeitnehmers als Grenze des Direktionsrechts des Arbeitgebers, BB 1986, 385 ff.	BAG v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, NZA 1986, 21 ff. BAG v. 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144 ff. BAG v. 13.6.2007 – 5 AZR 564/06, NZA 2007, 974 ff. BAG v. 22.2.2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858 ff.

1. Begriff, Rechtsgrundlage und Rechtsnatur

- Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers wird im Arbeitsvertrag zumeist nur abstrakt umschrieben. Aus dem Arbeitsvertrag geht nicht unmittelbar hervor, was der Arbeitnehmer wann und wo arbeiten soll. Der Inhalt der konkreten Arbeitspflicht wird durch den Arbeitgeber im Wege des **Direktionsrechts** (Weisungsrechts) festgelegt (§ 106 Satz 1 GewO).[750] **Hierunter versteht man das Recht des Arbeitgebers, die nur rahmenmäßig festgelegte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Ort und Art der Leistung näher zu bestimmen**.[751]
- Das Direktionsrecht **ergibt sich** aus der arbeitsrechtlichen Leistungszusage und damit **aus dem Arbeitsverhältnis selbst**.[752] Der Arbeitnehmer sagt nämlich unselbstständige, weisungsabhängige, also vom Dienstberechtigten (dem Arbeitgeber) näher zu konkretisierende Dienste, zu. Bestünde ein Weisungsrecht des Arbeitgebers nicht, dann läge rechtlich kein Arbeits-, sondern ein (freies) Dienstverhältnis mit einem selbstständig tätigen Dienstverpflichteten vor.[753]
- Seiner Rechtsnatur nach ist das Direktionsrecht ein **Gestaltungsrecht**.[754] Der Arbeitgeber kann durch einseitige Weisung den Inhalt der nur rahmenmäßig umschriebenen Leistungspflicht des Arbeitnehmers für den Einzelfall näher festlegen.

[750] Noch unklar ist das Verhältnis von § 106 GewO zum im Jahr 2018 eingefügten § 611a Abs. 1 S. 2 BGB. *Joussen* sieht in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB lediglich einen Bestandteil der Legaldefinition des Arbeitsvertrages (BeckOK, § 611a BGB Rn. 17). Nach *Preis* erschließe sich der normative Gehalt des § 611a Abs. 1 S. 2 BGB nicht (ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 11).
[751] BAG v. 27.3.1980 – 2 AZR 506/78, BB 1980, 1267 unter III 1; BAG v. 23.1.1992 – 6 AZR 87/90, NZA 1992, 795, 796 f.; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 63.
[752] BAG v. 14.12.1961 – 5 AZR 180/61, BB 1962, 297; BAG v. 27.3.1980 – 2 AZR 506/78, BB 1980, 1267 unter III 1; BAG v. 23.1.1992 – 6 AZR 87/90, NZA 1992, 795, 796 f.; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht I, § 6 Rn. 11.
[753] *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht I, § 6 Rn. 11.
[754] *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, § 7 III 4 d cc), S. 253; *Otto*, Arbeitsrecht, Rn. 179; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 7 Rn. 35; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht I, § 6 Rn. 12; MüKoBGB/*Würdinger*, § 315 BGB Rn. 68.

2. Ausübung des Direktionsrechts

- **Das Direktionsrecht wird** – wie jedes andere Gestaltungsrecht auch – **durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt**.[755] Für die Wirksamkeit dieser Willenserklärung gelten die allgemeinen Regeln. Soweit die wirksame Zuweisung von Arbeiten an den Arbeitnehmer im Mittelpunkt der Fallbearbeitung steht, kann regelmäßig von einem Zugang der entsprechenden Willenserklärung ausgegangen werden. Problematisch ist in der Regel, ob der Arbeitgeber die im Folgenden zu beschreibenden Grenzen des Weisungsrechts beachtet hat.

3. Umfang und Grenzen

- Dem Arbeitgeber steht zwar ein einseitiges Recht zu, den Inhalt der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers näher zu bestimmen. **Dieses Recht besteht aber nicht schrankenlos**, sondern findet seine Grundlage im Arbeitsverhältnis und ist zahlreichen Beschränkungen unterworfen (vgl. § 106 Satz 1 GewO). Kommt es im Rahmen der Fallbearbeitung darauf an, ob dem Arbeitnehmer eine bestimmte Tätigkeit wirksam zugewiesen worden ist, dann bietet sich für die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Arbeitgeberweisung folgende Prüfungsreihenfolge an:

a) Vertraglicher Umfang

- Das Direktionsrecht und damit die Berechtigung des Arbeitgebers zur Zuweisung von Tätigkeiten an den Arbeitnehmer ergeben sich aus dem Arbeitsvertrag. **Der Arbeitgeber darf dem Arbeitnehmer daher nur solche Tätigkeiten zuweisen, zu denen sich der Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag verpflichtet hat**; hiervon nicht mehr umfasste Tätigkeiten sind vom Arbeitnehmer nicht geschuldet, können ihm daher gegen seinen Willen nicht zugewiesen werden. Vielmehr bedürfte es insoweit einer Vertragsänderung.
- Dies gilt sowohl für die **Arbeitszeit** als auch deren **Ort** und **Inhalt**. Stets ist der dem Direktionsrecht belassene Spielraum umso geringer, je enger und konkreter die Arbeitspflicht vertraglich fixiert ist.

aa) Arbeitszeit

Literatur:	Rechtsprechung:
Gutzeit, Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei Fragen der Arbeitszeit, BB 1996, 106 ff. *Hanau*, Möglichkeiten und Grenzen der Vereinbarungen zur Dauer der Arbeitszeit, NZA Beil. 1/2006, 34 ff. *Otto*, Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung von Dauer und Lage der Arbeitszeit, NZA 1992, 97 ff. *Wisskirchen/Bissels*, Arbeiten, wenn Arbeit da ist, NZA Beil. 1/2006, 24 ff.	BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, NZA 2003, 1155 ff. BAG v. 29.4.2004 – 1 ABR 30/02, NZA 2004, 670 ff. BAG v. 26.10.2004 – 1 ABR 31/03, NZA 2005, 538 ff. BAG v. 24.4.2007 – 1 ABR 47/06, NZA 2007, 818 ff. Fälle: *Brosette*, Examensklausur Zivilrecht, Jura 1992, 253, 254 *v. Hoyningen-Huene*, Arbeitsrecht: Die lange Arbeitszeit, JuS 1977, 461 ff.

[755] Boemke/*Kessler*, § 106 GewO Rn. 6; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht I, § 6 Rn. 11; Palandt/*Grüneberg*, § 315 BGB Rn. 11.

	Oetker, Individualarbeitsrecht, Fall 21, S. 24, 131 ff.

- Bei der Arbeitszeit muss zwischen deren Umfang und Lage differenziert werden.

(1) Zeitlicher Umfang

- **Die Dauer der Arbeitszeit ergibt sich in der Regel aus dem Arbeitsvertrag**. Häufig ist hierbei eine Wochenarbeitszeit vereinbart, möglich sind aber auch Monats- oder Jahresarbeitszeitkontingente.[756] Haben die Parteien ausnahmsweise nichts bestimmt, dann ist im Zweifel ein so genanntes Normalarbeitsverhältnis[757] mit der regelmäßigen tariflichen Wochenarbeitszeit vereinbart. Fehlen auch kollektivvertragliche Regelungen, dann gilt die betriebs- oder branchenübliche Arbeitszeit.[758] Auf keinen Fall ist der Arbeitgeber berechtigt, die Dauer der Arbeitszeit im Wege des Weisungsrechts festzulegen,[759] wie sich mittelbar auch § 12 Abs. 1 TzBfG entnehmen lässt.
- **Überstunden** (auch Mehr- oder Überarbeit) liegen vor, wenn die Dauer der individuellen Regelarbeitszeit des Arbeitnehmers vorübergehend überschritten wird. Ohne **ausdrückliche Regelung** ist der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht verpflichtet, Überstunden zu leisten. Der Arbeitgeber kann also nicht ohne eine entsprechende Ermächtigung im Individualarbeits- oder Tarifvertrag dem Arbeitnehmer eine längere als die vereinbarte Arbeitszeit zuweisen, und zwar auch dann nicht, wenn betriebliche Belange die Leistung von Überstunden erforderlich machen.[760] § 14 ArbZG begründet kein Recht des Arbeitgebers zur Anordnung von Überstunden.
- Besteht nach dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses ein Recht zur Anordnung von Überstunden, dann muss sich die **konkrete Weisung des Arbeitgebers innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen** halten. Insbesondere die Anforderungen des Arbeitszeitrechts (§ 3 ArbZG) sind zu beachten; bei der Auswahl der Arbeitnehmer hat der Arbeitgeber den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten,[761] es dürfen nicht einzelne Arbeitnehmer willkürlich zur Überarbeit herangezogen werden, während andere Arbeitnehmer hiervon generell ausgenommen sind. Die Zuweisung der Überstunden muss billigem Ermessen entsprechen, wobei insbesondere die betrieblichen Belange des Arbeitgebers (Anlass für Überstunden und wirtschaftliche Bedeutung für den Betrieb) gegen die persönlichen Interessen des Arbeitnehmers (z.B. Betreuung minderjähriger Kinder) abzuwägen sind.
- **Kurzarbeit** ist das Gegenstück zu Überstunden und liegt vor, wenn die individuelle Regelarbeitszeit des Arbeitnehmers vorübergehend verkürzt wird, wobei auch eine vorübergehende Einstellung der Arbeit unter diesen Begriff fällt ("Kurzarbeit Null"). **Entsprechend bedarf auch die Befugnis zur Anordnung von Kurzarbeit einer Ermächtigungsgrundlage für den Arbeitgeber.** Dabei kann nach ganz überwiegender Auffassung dem Arbeitgeber das Recht zur Anordnung von Kurzarbeit nicht durch individualvertragliche Abmachungen eingeräumt werden;[762] nach Auffassung des *BAG* werden

[756] *Boemke*, NZA 1993, 532, 536.
[757] Zum Begriff des Normalarbeitsverhältnisses siehe *Boemke/Föhr*, Arbeitsformen, Rn. 7 ff.
[758] BAG v. 9.12.1987 – 4 AZR 584/87, NZA 1988, 289, 290. – Vgl. zu den Rechtsfolgen einer intransparenten Durchschnittsarbeitszeit BAG v. 21.6.2011 – 9 AZR 238/10, BeckRS 2011, 77583 mit krit. Anm. *Boemke*, jurisPR-ArbR 3/2012 Anm. 1 unter C.
[759] Vgl. auch BAG v. 12.12.1984 – 7 AZR 509/83, NZA 1985, 321 ff. = NJW 1985, 2151 ff., zur Unzulässigkeit einer Klausel im Arbeitsvertrag, die den Arbeitgeber zur Bestimmung der zeitlichen Dauer der Arbeitsleistung ermächtigt.
[760] MüHBAR/*Reichold*, § 40 Rn. 70; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 144, 152; ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 663; a.A. *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht I, § 6 Rn. 68.
[761] *v. Hoyningen-Huene*, JuS 1977, 461, 463.
[762] MüHBAR/*Reichold*, § 40 Rn. 75; *Lieb/Jacobs*, Arbeitsrecht, Rn. 174; ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 658; a.A. *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht I, § 6 Rn. 74.

hierdurch kündigungsschutzrechtliche Bestimmungen umgangen. Tarifliche Regelungen, die den Arbeitgeber zur Einführung von Kurzarbeit ermächtigen, sind nur wirksam, wenn sie die Voraussetzungen, unter denen der Arbeitgeber die Kurzarbeit anordnen darf, im Wesentlichen eigenständig festlegen. Die Anordnung von Kurzarbeit darf nicht in das Ermessen des Arbeitgebers gestellt werden.[763]

- Hingewiesen sei noch darauf, dass der Betriebsrat bei der Anordnung von Überstunden und Kurzarbeit, also der nur vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit, nach **§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG** ein zwingendes Mitbestimmungsrecht hat.

(2) Lage der Arbeitszeit

- Die Frage, wann der Arbeitnehmer arbeiten muss, also die Lage der Arbeitszeit, insbesondere der Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage, bestimmt sich ebenfalls nach dem **Arbeitsvertrag**. Ist hierin nichts Näheres vereinbart, dann kann der Arbeitgeber im Rahmen seines **Direktionsrechts** die Lage der Arbeitszeit einseitig bestimmen,[764] insbesondere feste Arbeitszeiten einschließlich deren konkreter Lage, gleitende Arbeitszeit oder Wechselschichten einführen. **Auch wenn in der Vergangenheit eine bestimmte Arbeitszeitregelung über einen längeren Zeitraum praktiziert wurde, bleibt dem Arbeitgeber sein diesbezügliches Direktionsrecht erhalten.** Grenzen ergeben sich nur aus den Bestimmungen höherrangigen Rechts, insbesondere den Arbeitsschutzvorschriften, namentlich den Regelungen des ArbZG über die höchstzulässige Arbeitszeit, die Ruhepausen, die Ruhezeiten und die Nachtarbeit.
- Das Direktionsrecht besteht allerdings nur innerhalb der durch den Arbeitsvertrag gesteckten Grenzen. Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer z.B. eine Teilzeitarbeit im Rahmen einer 20-Stunden-Woche am Vormittag vereinbart, weil der Arbeitnehmer nachmittags minderjährige Kinder betreuen muss, dann kann der Arbeitgeber im Wege des Direktionsrechts festlegen, ob der Arbeitnehmer täglich von 7.30 – 11.30 Uhr oder von 8.30 – 12.30 Uhr arbeiten soll. Vom Weisungsrecht nicht mehr gedeckt wäre aber die Zuweisung einer Tätigkeit in den Nachmittagsstunden; hierzu bedürfte es einer Änderungsvereinbarung. **Ob eine das Direktionsrecht einschränkende Vereinbarung über die Lage der Arbeitszeit getroffen wurde** oder im Arbeitsvertrag nur betriebsübliche Arbeitszeiten ohne Regelungswirkung wiedergegeben werden**, kann immer nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles entschieden werden.**[765]
- Besteht ein **Betriebsrat**, so hat dieser gem. **§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG** ein zwingendes Mitbestimmungsrecht in der Frage, wie die Arbeitszeit auf die Wochen- und Arbeitstage verteilt werden soll.[766]

(3) Arbeitszeiterfassung

- Nach Rechtsprechung des EuGH sind die Art. 3, 5 und 6 der Arbeitszeitrichtlinie[767] im Lichte von Art. 31 Abs. 2 der EU-Grundrechtecharta sowie von Art. 4 Abs. 1, Art. 11 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 3 der Richtlinie über die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer bei der Arbeit[768] so zu verstehen, dass Arbeitgeber nach nationalem Recht der

[763] BAG v. 18.10.1994 – 1 AZR 503/93, NZA 1995, 1064 ff.
[764] BAG v. 23.6.1992 – 1 AZR 57/92, NZA 1993, 89, 91; BAG v. 11.2.1998 – 5 AZR 472/97, NZA 1998, 647.
[765] BAG v. 23.6.1992 – 1 AZR 57/92, NZA 1993, 89 ff.
[766] BAG v. 13.10.1987 – 1 ABR 10/86, NZA 1988, 251, 252.
[767] RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung.
[768] RL 89/391/EWG des Rates vom 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und

Mitgliedstaaten verpflichtet werden müssen, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.[769] Das deutsche Recht ging bisher nur für Überstunden gem. § 16 ArbZG und die von § 17 MiLoG erfassten Bereiche von einer Verpflichtung der Arbeitgeber zur Dokumentation der Arbeitszeit aus.

bb) Arbeitsort

- Nach dem **Arbeitsvertrag** bestimmt sich grds. auch der Ort der Arbeitsleistung, also die Stelle, an welcher der Arbeitnehmer arbeiten muss. Die Arbeitspflicht kann dabei örtlich fixiert sein, z.B. auf einen bestimmten Betrieb des Arbeitgebers oder gar einen ganz konkreten Arbeitsplatz innerhalb des Betriebs. Sie kann sich aber auch auf sämtliche Betriebe des Arbeitgebers oder gar auf nicht im Voraus bestimmte, wechselnde Einsatzorte erstrecken.
- Die Vereinbarung ist nach den allgemeinen Regeln dem Vertrag zu entnehmen, ggf. durch Auslegung.[770] Ist **keine Vereinbarung** im Arbeitsvertrag getroffen, dann ist umstritten, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Bundesgebiet versetzen darf[771] oder ob darin eine Beschränkung der Leistungspflicht auf den Betrieb, für den er eingestellt wurde, liegt[772]. Für die erstgenannte Ansicht wird der weite Wortlaut des § 106 GewO angeführt.[773] Für die zweitgenannte wird angeführt, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des § 106 GewO keine Abkehr von der bis dahin herrschenden Meinung bezweckt habe, wonach der Arbeitsort grds. auf den Betrieb, für den der Arbeitnehmer eingestellt wurde, konkretisiert war.[774] Um Unklarheiten zu vermeiden, sind in der Praxis heute **Umsetzungsklauseln** weit verbreitet.
- Außerdem kann sich die Umsetzungsbefugnis des Arbeitgebers auch aus der Tätigkeitsbeschreibung oder dem **Tätigkeitsgegenstand** ergeben. So werden Bau-, Montage- oder Außendiensttätigkeiten in der Regel an wechselnden Einsatzorten erbracht; gehören zum Beruf typischerweise Dienstreisen ins In- und Ausland, darf der Arbeitgeber diese im Rahmen des Direktionsrechts anordnen.[775]
- Zudem ist bei der erstmaligen Tätigkeitsaufnahme in einem Betrieb sowie bei einer Versetzung (§ 95 Abs. 3 BetrVG) in einen anderen Betrieb der **Betriebsrat** gem. **§ 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG** zu beteiligen.[776]

cc) Arbeitsinhalt

- Nach dem Arbeitsvertrag bestimmt sich schließlich auch die Art der zu leistenden Arbeit. Der Arbeitgeber darf dem Arbeitnehmer nur Tätigkeiten zuweisen, die nach dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses geschuldet sind und sich innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen bewegen. Der Rahmen der zuweisbaren Tätigkeiten kann, ähnlich wie bei einer Gattungsschuld, enger oder weiter gesteckt sein; die geschuldete Tätigkeit kann allgemein umrissen oder ganz bestimmt vereinbart sein. Innerhalb dieses umrissenen

des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit.

[769] EuGH (GK), v. 14.5.2019 – C-55/18 (Federación de Servicios de Comisiones Obreras [CCOO]/Deutsche Bank SAE), NJW 2019, 1861

[770] BAG v. 18.10.2012 – 6 AZR 86/11, RdA 2013, 240, 240 f. mit Besprechung *Boemke.*

[771] BAG v. 13.4.2010 – 9 AZR 36/09, BeckRS 2010, 72775, Rn. 27; v. 19.1.2011 – 10 AZR 738/09, NZA 2011, 631, 632, Rn. 15; ErfK/*Preis*, § 106 GewO Rn. 27; Zweifelnd an der bisherigen Rechtsprechung jedoch BAG v. 18.10.2012 – 6 AZR 86/11, RdA 2013, 240 mit Besprechung *Boemke*.

[772] *Hromadka*, NZA 2012, 233, 238.

[773] ErfK/*Preis*, § 106 GewO Rn. 27.

[774] *Hromadka*, NZA 2012, 233, 238.

[775] *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1190.

[776] Weitergehend *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 9 Rn. 52.

Aufgabenkreises ist der Arbeitgeber – unter der Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen – in der Zuweisung von Tätigkeiten nach Art und Umfang grundsätzlich frei.[777]

- Wird die zu leistende Arbeit nur generalisierend umschrieben, dann ist jede Art von Tätigkeit umfasst, die innerhalb des Betriebs von der bezeichneten Arbeitnehmergruppe zu leisten ist.

Beispiel:[778] Ein Arbeitnehmer wird in einer Beratungsstelle einer Bausparkasse als "Angestellter" eingestellt. – Der Arbeitgeber kann diesem Arbeitnehmer sämtliche Angestelltentätigkeiten zuweisen, also z.B. die Kundenbetreuung und/oder die Kreditsachbearbeitung, aber auch buchhalterische Tätigkeiten.

- Ist die Tätigkeit fachlich umschrieben, dann kann der Arbeitgeber im Wege des Weisungsrechts sich innerhalb des üblichen Berufsbilds bewegende Arbeiten zuweisen. Was vom jeweiligen Berufsbild erfasst wird, lässt sich im Bereich des Handwerks auf Grund der Verordnung zur Bestimmung des Berufsbilds nach § 45 Nr. 1 HandwO ermitteln; im Übrigen können die Ausbildungsordnungen nach § 5 BBiG Anhaltspunkte geben.

Beispiel: Ein Arbeitnehmer wird in einem Warenkaufhaus als Verkäufer eingestellt. – Der Arbeitgeber kann kraft seines Weisungsrechts dem Arbeitnehmer sämtliche Verkaufstätigkeiten zuweisen, z.B. in der Kinderabteilung, der Herrenabteilung, im Bereich Sport oder Schuhe. Demgegenüber dürfen dem Arbeitnehmer einseitig nicht Buchhaltertätigkeiten übertragen werden.

- Erfolgt die Einstellung nach dem Arbeitsvertrag für eine bestimmte Tätigkeit, dann kann sich das Weisungsrecht auf "Null" reduzieren.

Beispiel:[779] Die Arbeitnehmerin wird als Chefärztin der Röntgen- und Strahlenabteilung in einem Krankenhaus eingestellt. – Die Zuweisung von Tätigkeiten in anderen Abteilungen oder gewöhnlicher Arzttätigkeiten in der Röntgen- und Strahlenabteilung ist nicht mehr vom Weisungsrecht gedeckt.

- Aber auch eine nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Tätigkeit muss nur dann ausgeübt werden, wenn sie sich innerhalb der durch das höherrangige Recht gezogenen Grenzen bewegt.

Beispiel:[780] Ein Druckereibesitzer weist seinen Drucker an, eine Zeitschrift zu drucken, in welcher der Nationalsozialismus verharmlost und der Völkermord an den Juden als "Auschwitz"-Lüge bezeichnet wird. – Zwar wird die Tätigkeit als solche nach dem Arbeitsvertrag geschuldet, weil der Druck von Zeitschriften zum Tätigkeitsinhalt eines Druckers gehört; die konkret zugewiesene Arbeit würde aber nach § 130 Abs. 3 StGB strafbar und damit gesetzeswidrig sein. Der Arbeitnehmer muss diese Tätigkeit nicht ausüben.

- Das **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates** bei der Einstellung und Versetzung gem. § 99 Abs. 1 BetrVG besteht nicht in räumlich-örtlicher, sondern auch in inhaltlich-funktionaler Hinsicht.

dd) Ordnung und Verhalten

- Das Weisungsrecht erstreckt sich ferner gem. § 106 S. 2 GewO auch auf **Ordnung und Verhalten der Arbeitnehmer** im Betrieb. Der Arbeitgeber kann z.B. regeln, ob im Betrieb Radio gehört oder geraucht werden darf.[781] Allerdings hat er **auch hierbei billiges Ermessen zu wahren**,[782] d.h. die Interessen und insbesondere grundrechtlich geschützten Positionen der Arbeitnehmer zu berücksichtigen: So kann der Arbeitgeber im Inte-

[777] *v. Hoyningen-Huene/Boemke*, Die Versetzung, S. 84.
[778] Siehe hierzu auch BAG v. 27.3.1980 – 2 AZR 506/78, BB 1980, 1267 ff.
[779] BAG v. 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, NJW 1956, 359.
[780] BAG v. 29.1.1960 – 1 AZR 134/58, NJW 1960, 1734.
[781] ErfK/*Preis*, § 106 GewO Rn. 3.
[782] Siehe dazu ausführlich § 9 II. 3. e)

resse des Nichtraucherschutzes ein generelles Rauchverbot im Betriebsgebäude anordnen. Demgegenüber wäre es unter Berücksichtigung des Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers (Art. 2 Abs. 1 GG) nicht mehr zulässig, auch auf dem Freigelände ein generelles Rauchverbot anzuordnen.[783] Bei Bestehen eines **Betriebsrats** ist dieser zwingend gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu beteiligen.

b) Änderungsvorbehalt

- Der Arbeitnehmer hat nach erfolgter Konkretisierung grds. keinen Anspruch darauf, die zugewiesene Arbeit an diesem Ort und zu diesen Zeiten fortzuführen. Vielmehr kann der Arbeitgeber sein **Direktionsrecht erneut ausüben** und innerhalb der Grenzen des Arbeitsvertrages und der Gesetze eine **andere Tätigkeit zuweisen**.[784]
- Der Arbeitgeber kann sich darüber hinausgehend auch vertraglich die Möglichkeit vorbehalten, dem Arbeitnehmer eine nach dem Vertrag nicht geschuldete Arbeit zuweisen zu können.[785]

aa) Vereinbarung

- Eine solche Vereinbarung kann sich hinsichtlich der **Arbeitszeit** auf die Lage und den Umfang der Arbeitsleistung beziehen.[786] Hinsichtlich der **Lage** ist der Arbeitgeber grds. gem. § 106 S. 1 GewO **weisungsbefugt**.[787] Eine Regelung ist daher nur notwendig, wenn die Lage der Zeit arbeitsvertraglich festgelegt wurde, aber sich der Arbeitgeber dennoch eine mögliche Flexibilisierung vorbehalten möchte. Hinsichtlich des **Umfangs** der Arbeitszeit hingegen ist der Arbeitgeber **nicht weisungsbefugt**.[788] Die Anordnung von Überstunden ist daher nur möglich, sofern eine **Überstundenregelung** vereinbart wurde.
- Hinsichtlich des **Ortes** ist der Arbeitgeber nach der überwiegenden Ansicht gem. § 106 S. 1 GewO **weisungsbefugt**.[789] Eine Vereinbarung ist daher nur notwendig, sofern im Arbeitsvertrag ein Arbeitsort festgelegt ist, der Arbeitgeber sich aber dennoch die Flexibilisierung vorbehalten möchte. Eine **Festschreibung einer Versetzungsklausel** ist aber schon zur Vermeidung von Unklarheiten dennoch **empfehlenswert**, weil mit der Versetzung u. U. schwerwiegende Veränderungen für das Leben des Arbeitnehmers einhergehen.
- Hinsichtlich des **Inhalts** der Arbeitsleistung ist der Arbeitnehmer in den Grenzen des Arbeitsvertrages gem. § 106 S. 1 GewO **weisungsbefugt**. Je nachdem, was dort festgelegt ist, ist dementsprechend eine **Umsetzungsklausel**[790] für Veränderungen der Tätigkeit erforderlich oder nicht.

bb) Wirksamkeit der Vereinbarung

- Derartige Vereinbarungen unterliegen **in vorformulierten Arbeitsverträgen** der **AGB-Kontrolle**. Sofern sie inhaltlich nur § 106 S. 1 GewO entsprechen, unterliegen sie

[783] BAG v. 19.1.1999 – 1 AZR 499/98, NZA 1999, 546.
[784] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 9 Rn. 76.
[785] Tschöpe/*Linck*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 45 Rn. 59.
[786] Vgl. oben § 9 II. 3. a) aa)
[787] BAG v. 15.9.2009 – 9 AZR 757/08, NJW 2010, 394; LAG Köln v. 30.7.2009 – 7 Sa 571/09, NZA-RR 2010, 514.
[788] ErfK/*Preis*, § 106 GewO Rn. 32.
[789] Siehe § 9 II. 3. a) bb)
[790] Teilweise wird auch hier der Begriff Versetzungsklausel benutzt, vgl. Tschöpe/*Linck*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 45 Rn. 59.

ausschließlich einer **Transparenzkontrolle** gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.[791] Sehen sie darüberhinausgehende Rechte für den Arbeitgeber vor, so unterliegen sie auch einer **Kontrolle ihrer inhaltlichen Angemessenheit** gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zu gewähren.[792]

c) Gesetzliche Grenzen

- Der Arbeitgeber ist gem. § 106 S. 1 GewO bei der Ausübung seines Direktionsrechts auch **an die gesetzlichen Regelungen gebunden**. Weisungen, die inhaltlich zwar vom Arbeitsvertrag gedeckt sind, aber gegen höherrangiges Recht verstoßen, sind unwirksam.[793]
- Beispiel*:* Anlässlich des hundertjährigen Betriebsjubiläums erteilt Arbeitgeber *Gustav* sämtlichen Mitarbeitern ab 12.00 Uhr Dienstbefreiung; nur Arbeitnehmer *Anton*, der ihm persönlich unsympathisch ist, und Arbeitnehmer *Norbert*, der in der Vergangenheit mehrere Arbeitsgerichtsprozesse gegen *Gustav* angestrengt hatte, werden angewiesen, bis zum regulären Dienstende um 17.00 Uhr zu bleiben. Die Weisung gegenüber *Anton* und *Norbert* ist wegen Verstoßes gegen den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unwirksam; zusätzlich ergibt sich die Nichtigkeit der Weisung gegenüber *Norbert* aus dem Verstoß gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB i.V.m. § 134 BGB.
- Spezielle gesetzliche Begrenzungen des Direktionsrechts bestehen darüber hinaus für besonders geschützte Arbeitnehmergruppen, wie z.B. Betriebsratsmitglieder, werdende und stillende Mütter, Schwerbehinderte. So darf der Arbeitgeber z.B. einer Schwangeren oder stillenden Mutter keine Nacht-, Sonn- oder Feiertagsarbeit (§§ 5 f. MuSchG), keine schwere körperliche Arbeit (§ 11 Abs. 5 MuSchG) und auch keine Beschäftigungen, bei denen Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind gefährdet wird (§ 11 f. MuSchG), zuweisen; und zwar auch dann nicht, wenn er hierzu nach dem Arbeitsvertrag befugt oder diese Tätigkeit sogar gerade der Inhalt der geschuldeten Dienste ist.[794] Allerdings steht dem Arbeitgeber in diesen Fällen nach h. L. eine mutterschutzrechtliche Versetzungsbefugnis zu (§ 13 I Nr. 2 MuSchG); er kann der geschützten Arbeitnehmerin sämtliche erlaubten und zumutbaren Tätigkeiten zuweisen, unabhängig davon, ob sich diese Tätigkeit im Rahmen der vertraglich zugesagten Leistungen hält.[795]

d) Billiges Ermessen (§ 106 S. 1 GewO)

Literatur:
v. Hoyningen-Huene, Billigkeit, S. 122 ff.

Fall:
v. Hoyningen-Huene, Der praktische Fall. Arbeitsrecht: Die Änderung der angenehmen Arbeitsbedingungen, JuS 1986, 139 ff.

[791] BAG v. 25.8.2010 – 10 AZR 275/09, NZA 2010, 1355, 1358, Rn. 24; v. 26.1.2012 − 2 AZR 102/11, NZA 2012, 856, 858, Rn. 21.
[792] BAG v. 25.8.2010 – 10 AZR 275/09, NZA 2010, 1355, 1358, Rn. 26 f.; v. 26.1.2012 − 2 AZR 102/11, NZA 2012, 856, 858, Rn. 22.
[793] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 9 Rn. 16 ff.
[794] BAG v. 31.3.1969 – 3 AZR 300/68, NJW 1969, 1454, 1455.
[795] BAG v. 31.3.1969 – 3 AZR 300/68, NJW 1969, 1454, 1455.

aa) Interessenabwägung

- Auch soweit das Weisungsrecht nicht durch höherrangiges Recht eingeschränkt ist, kann der Arbeitgeber den Inhalt der Arbeitspflicht im Rahmen der durch den Arbeitsvertrag gezogenen Schranken nicht nach Belieben bestimmen. Vielmehr muss die Ausübung des Direktionsrechts als einseitige Leistungsbestimmung – soweit nichts anderes vereinbart ist – **billigem Ermessen** i.S.v. § 106 S. 1 GewO entsprechen.[796] Was der Billigkeit entspricht, ist auf Grund der tatsächlichen Umstände des konkreten Einzelfalls unter angemessener **Berücksichtigung der Interessen beider Seiten** zu bestimmen. Da Billigkeit per definitionem **Einzelfallgerechtigkeit** verlangt, verbietet sich eine pauschale Beurteilung; vielmehr ist auf die Interessenlage beider Vertragsteile im Einzelfall einzugehen.[797] Soweit es für die Fallentscheidung darauf ankommt, ob die Ausübung des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber billigem Ermessen entspricht, empfiehlt sich folgendes Vorgehen bei der **Abwägung**:

- Interessen des Arbeitgebers = betriebliche Gründe und Notwendigkeiten, die der Anweisung zugrunde liegen; insbesondere spielt eine Rolle, inwieweit die Durchführung der Anweisung für einen geregelten Betriebsablauf erforderlich ist, ob der Arbeitnehmer ggf. anderweitig sinnvoll eingesetzt werden kann und ob andere geeignete Arbeitnehmer zur Verfügung stehen, die mit der Tätigkeit beauftragt werden könnten.
- Interessen des Arbeitnehmers = persönliche Gründe und Umstände, die gegen die Durchführung der Tätigkeit sprechen; soweit es um die Tätigkeitsinhalte geht, können insbesondere persönliche Umstände wie Alter, Körper- und Gesundheitszustand, Fähigkeiten und Erfahrungen sowie die bisherige Tätigkeit von Bedeutung sein; soweit es um Ortsveränderungen geht, spielen daneben soziale Belange eine Rolle, z.B. Familienstand, Zahl schulpflichtiger Kinder, Berufstätigkeit des Ehepartners, Ortsbindung durch Immobiliareigentum, Dauer der Betriebszugehörigkeit usw.
- Interessenabwägung: bei der Gewichtung der Interessen sind die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen sowie die Wertungsgrundsätze anderer unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln zu berücksichtigen.[798] Die Abwägung trifft der Arbeitgeber, wobei diesem ein Ermessensspielraum zusteht, den er ausschöpfen kann,[799] sodass die Weisung nur dann unbillig und damit unverbindlich ist, wenn die Grenzen des Ermessens überschritten worden sind.

- Als **Grundsatz für die Interessenabwägung** lässt sich merken, dass wegen der vertraglichen Leistungszusage des Arbeitnehmers die Weisung dann billigem Ermessen entspricht, wenn dem Arbeitnehmer nur diese Tätigkeit zugewiesen werden kann oder keine anderen geeigneten Arbeitnehmer zur Verfügung stehen, die diese Tätigkeit ausüben könnten.
- Nur wenn der betroffene Arbeitnehmer selbst mit einer anderen Tätigkeit befasst werden könnte und andere Arbeitnehmer bereit und in der Lage sind, die betreffende Tätigkeit auszuführen, muss eine Interessenabwägung erfolgen. Hierbei ist insbesondere das Leistungsversprechen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, durch das er dem Arbeitgeber von diesem näher zu konkretisierende Arbeiten versprochen hat. Das Direktionsrecht steht dem Arbeitgeber zu, der **Arbeitnehmer hat grds. kein Ablehnungsrecht**, sodass geringfügige Beeinträchtigungen der Interessen des Arbeitnehmers noch nicht zur Unbilligkeit der Weisung führen: Dies folgt daraus, dass sich erhebliche Beeinträchtigungen des Betriebsablaufs ergeben können, wenn der Arbeitgeber über jede Weisung

[796] BAG v. 27.3.1980 – 2 AZR 506/78, BB 1980, 1267; v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, AP Nr. 27 zu § 611 BGB Direktionsrecht unter B III 2 c bb mit Anm. *Brox* = NZA 1986, 21 ff. = NJW 1986, 85 ff. = JuS 1986, 490 f.; *Boemke-Albrecht*, BB 1991, 541, 542; *v. Hoyningen-Huene*, Billigkeit, S.139 ff.
[797] BAG v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, AP Nr. 27 zu § 611 BGB Direktionsrecht unter B III 2 c bb mit Anm. *Brox* = NZA 1986, 21 ff. = NJW 1986, 85 ff. = JuS 1986, 490 f; v. 25.10.1989 – 2 AZR 633/88, NZA 1990, 561, 562.
[798] Ausführlich *v. Hoyningen-Huene*, Billigkeit, S. 122 f.
[799] MüKoBGB/*Würdinger*, § 315 BGB Rn. 29; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht 1, § 6 Rn. 19.

erst mit dem Arbeitnehmer diskutieren müsste. Eine Weisung ist daher regelmäßig nur dann unbillig, wenn hierdurch Grundrechtspositionen oder sonstige schutzwürdige Interessen des Arbeitnehmers erheblich beeinträchtigt werden und diese Beeinträchtigung nicht durch überwiegende betriebliche Interessen gerechtfertigt ist.

- Die Billigkeitskontrolle setzt allerdings voraus, dass der Arbeitgeber den Inhalt der Arbeitspflicht durch eine Weisung konkretisiert. Sie kommt daher nicht in Betracht, wenn der Arbeitgeber mit seiner Weisung lediglich ranghöheres Recht, wie z.B. Gesetz, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung, vollzieht, ohne dass ihm ein eigener Entscheidungsspielraum verbleibt. In diesem Fall kann dann allenfalls die Wirksamkeit der zugrundeliegenden Rechtsnorm überprüft werden.
- Beispiel: Der Reisedienstunternehmer *Gustav* weist seine Mitarbeiter an, in Omnibussen Fahrtenschreiber zur Aufzeichnung der unmittelbaren Fahrwerte sowie der Lenk- und Ruhezeiten nach § 57a StVZO zu verwenden; eine Billigkeitskontrolle scheidet hier aus, weil diese Maßnahme gesetzlich vorgeschrieben ist.

bb) Gewissenskonflikt

Literatur:
Boemke, Studienbuch Arbeitsrecht, § 9 Rn. 68 ff.
Fall:
Heckelmann/Franzen, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 10, S. 121 ff.

- Nach gefestigter Rechtsprechung des *BAG* und ganz überwiegender Auffassung muss der Arbeitnehmer solche Arbeiten nicht ausüben, die ihn in einen Gewissenskonflikt stürzen.[800]
- Das Vorliegen eines Gewissenskonflikts ist nicht objektiv zu beurteilen, sondern auf Grundlage des subjektiven Gewissensbegriffs der h.M., dass es sich um eine an den Kategorien von “Gut” und “Böse” orientierte Entscheidung handelt, die den Arbeitnehmer aus Gewissensgründen in einer konkreten Situation innerlich bindend verpflichtet, bestimmte Handlungen zu unterlassen.[801]

[800] BAG v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, NZA 1986, 21; v. 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144; *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, Rn. 855; *Preis*, Individualarbeitsrecht, Rn. 722.
[801] BAG v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, NZA 1986, 21; *Kohte*, NZA 1989, 161, 163.

- Beispiele*:* Ein Drucker, im konkreten Fall Kriegsdienstverweigerer und Mitglied der Vereinigung der Verfolgten des Naziregimes, darf sich weigern, kriegsverherrlichende Schriften zu drucken.[802] Ein in einem Pharmakonzern beschäftigter Arzt muss nicht an der Entwicklung eines Medikaments mitarbeiten, das die Symptome der Strahlenkrankheit zeitweise unterdrücken kann und daher die Führbarkeit eines Atomkriegs positiv beeinflusst.[803] Eine strenggläubige, katholische Apothekenhelferin kann nicht gezwungen werden, empfängnisverhütenden Mittel an Kunden verkaufen,[804] ebenso wenig wie ein strenggläubiger, muslimischer Verkäufer, in der Getränkeabteilung alkoholhaltige Getränke einzuräumen.[805]
- Die **Rechtsgrundlage** der Leistungsbefreiung **ist umstritten**. Vorzugswürdig ist, vorrangig bereits die Zuweisung der Tätigkeit als unwirksam anzusehen, weil diese billigem Ermessen i.S.v. § 106 S. 1 GewO widerspricht.[806]
- **Grds. haben aber die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers den Vorrang**, weil der Arbeitnehmer an den Arbeitsvertrag gebunden ist, durch den er die Leistung zu konkretisierender Arbeiten versprochen hat.[807] Eine **Unbilligkeit** der Weisung liegt **daher nur** vor, **wenn** es dem Arbeitgeber möglich und zumutbar ist, einen **anderen Arbeitnehmer** mit der Tätigkeit zu betrauen **und** eine **andere Einsatzmöglichkeit** für den Arbeitnehmer besteht.[808]
- Kann hingegen kein anderer Arbeitnehmer die Tätigkeit ausüben, dann ist die **Weisung wirksam**. Der **Arbeitnehmer kann die Arbeit aber dennoch verweigern**, weil sie ihm **gem. § 275 Abs. 3 BGB** persönlich unmöglich ist.[809]
- Fraglich ist, ob der Arbeitnehmer für die untätige Zeit **dennoch** den **Lohn** verlangen kann. Ist die Weisung unbillig, weil ein anderer Arbeitnehmer die Tätigkeit zumutbar ausführen kann, so gerät der Arbeitgeber in **Annahmeverzug** gem. §§ 293 ff. BGB, weil er seine Konkretisierungsobliegenheit nicht erfüllt. Das **ordnungsgemäße Angebot** des Arbeitnehmers gem. §§ 294 ff. BGB setzt aber voraus, dass er **darlegt, weshalb die Weisung für ihn unbillig ist**.[810]
- Ist die **Weisung wirksam**, entfällt der Anspruch des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung gem. § 275 Abs. 3 BGB. Aufgrund der synallagmatischen Verknüpfung von Arbeit und Lohn würde grds. gem. § 326 Abs. 1 BGB auch der Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnzahlung untergehen („Ohne Arbeit kein Lohn"). **Als anspruchserhaltende Norm kommt hier aber § 616 S. 1 BGB in Betracht.**[811] Danach behält der Arbeitnehmer den Vergütungsanspruch für eine nicht erhebliche Zeit, wenn er aus persönlichen Gründen ohne sein Verschulden an der Dienstleistung gehindert ist. Da Verschulden hier nur grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz meint, entfällt der Anspruch nur, wenn der Konflikt für den Arbeitnehmer bei Übernahme der Tätigkeit mit großer Wahrscheinlichkeit vorhersehbar war.[812]

e) Vertrauensschutz durch langjährige Konkretisierung der Arbeitspflicht

Fall:
Wank, Übungen, Fall 12, 165 ff.

[802] BAG v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, NZA 1986, 21.
[803] BAG v. 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144.
[804] LAG Rheinland-Pfalz v. 16.4.1952 – Sa 125/51, ARSt X, Ziff. 317.
[805] BAG v. 24.2.2011 − 2 AZR 636/09, NZA 2011, 1087, 1089 Rn. 21 – mangels anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeit konnte dem Arbeitnehmer allerdings aus personenbedingten Gründen gekündigt werden.
[806] BAG v. 24.2.2011 − 2 AZR 636/09, NZA 2011, 1087, 1089 Rn. 21 ff.; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht 1, § 6 Rn. 18.
[807] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 9 Rn. 71.
[808] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 9 Rn. 72.
[809] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 9 Rn. 73.
[810] MüHBAR/*Reichold*, § 36 Rn. 29; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht 1, § 6 Rn. 24.
[811] Siehe dazu § 7 III. 6.
[812] *Henssler*, AcP 190 (1990), 538, 567 f.

- Der dem Arbeitgeber durch den Arbeitsvertrag eingeräumte Spielraum zur Zuweisung von Tätigkeiten an den Arbeitnehmer kann im Laufe des Arbeitsverhältnisses eingeschränkt werden. Unter besonderen Voraussetzungen kann sich sogar die Arbeitspflicht auf eine bestimmte Tätigkeit konzentrieren,[813] wenn der Arbeitnehmer **erstens über einen längeren Zeitraum eine bestimmte Art von Tätigkeiten verrichtet** hat und **zweitens besondere Umstände hinzutreten**, die dem Arbeitnehmer eine Tätigkeitsänderung unzumutbar machen. **Dogmatisch** ist die Einschränkung des Direktionsrechts durch Konkretisierung der Arbeitspflicht nach einer Ansicht als **stillschweigende Vertragsänderung** zu betrachten.[814] Nach anderer Ansicht folgt sie aus **Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes**.[815] Folgt man der Lehre vom Vertrauensschutz, ist stets eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen. Der Arbeitnehmer hat zwar keinen vertraglichen Anspruch auf Beibehaltung der ihm über einen längeren Zeitraum zugewiesenen Tätigkeit; eine längere Beschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen ist aber im Rahmen der Billigkeitskontrolle nach § 106 Satz 1 GewO zu berücksichtigen und kann die Voraussetzungen anheben, unter denen der Arbeitgeber im Wege des Direktionsrechts die dem Arbeitnehmer gewohnten und vertraut gewordenen Arbeitsbedingungen ändern darf.
- Die **Rechtsprechung** ist aber bei der Annahme einer Konkretisierung der Arbeitspflicht **sehr zurückhaltend**. Allein der Ablauf einer langen Zeit ohne Hinzutreten weiterer Umstände, aus denen eine Beschränkung der Tätigkeiten erkennbar ist, genügt nicht.[816] So wurde z.B. auch bei einer über 25-jährigen Beschäftigungszeit eine Konkretisierung der zuweisbaren Arbeitstage verneint und die erstmalige Anordnung von Sonntagsarbeit für zulässig erachtet.[817]

4. Rechtsfolgen

a) Rechtmäßige Weisung

- **Rechtmäßige Weisungen konkretisieren den Inhalt** der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers; der **Arbeitgeber hat einen Anspruch auf Erfüllung** der von ihm zugewiesenen Tätigkeit, soweit die Erbringung der Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer möglich ist und kein Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers besteht. Kommt der Arbeitnehmer gleichwohl der Weisung nicht nach, verliert er den Anspruch auf den Arbeitslohn (§ 326 Abs. 1 BGB) und macht sich u. U. schadensersatzpflichtig (§ 280 Abs. 1 BGB). Darüber hinaus kommen eine Abmahnung bzw. eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber in Betracht.

b) Rechtswidrige Weisung

- **Eine rechtswidrige Weisung konkretisiert den Inhalt der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers nicht**; der Arbeitgeber hat keinen Anspruch auf Erfüllung einer nicht geschuldeten, gesetzwidrigen oder aus sonstigen Gründen nicht wirksam zugewiesenen Tätigkeit. Da die wirksame Zuweisung einer Tätigkeit Voraussetzung für die Erbringung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer ist, unterlässt der Arbeitgeber eine

[813] Ausführlich hierzu *v. Hoyningen-Huene/Boemke*, Die Versetzung, S. 100 ff.
[814] *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht 1, § 6 Rn. 21; vgl. auch *Preis*, Individualarbeitsrecht, Rn. 719.
[815] BAG v. 10.11.1992 – 1 AZR 185/92, NZA 1993, 331, 333; *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 9 Rn. 28; *v. Hoyningen-Huene/Boemke*, Die Versetzung, S. 101.
[816] BAG v. 15.9.2009 – 9 AZR 757/08, NZA 2009, 1333, 1336, Rn. 54.
[817] BAG v. 15.9.2009 – 9 AZR 757/08, NZA 2009, 1333, 1336, Rn. 54.

gebotene Mitwirkungshandlung und gerät daher bei einem entsprechenden Leistungsangebot des Arbeitnehmers in Annahmeverzug (§ 295 BGB). Allerdings ist der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet, den Arbeitgeber auf die Überschreitung seines Weisungsrechts aufmerksam zu machen, soweit die Unrechtmäßigkeit der Weisung nicht offensichtlich ist.

- Eine **andere Ansicht** wurde für einige Jahre vom 5. Senat des BAG vertreten. Nach dieser Ansicht sollte zwischen unbilligen und aus anderen Gründen unwirksamen Weisungen zu differenzieren sein.[818] Einer unbilligen Weisung müsse der Arbeitnehmer vorläufig nachkommen, bis gem. § 315 Abs. 3 S. 2 BGB ein Gericht entschieden habe.[819] Diese Ansicht lässt jedoch den Wortlaut des § 315 Abs. 3 S. 1 BGB außer Acht, wonach eine unbillige Weisung für den anderen Teil unverbindlich ist.[820] Der Arbeitgeber ist daher nicht berechtigt, die unbillig festgesetzte Tätigkeit zu fordern, auch nicht vorläufig.[821] Der 5. Senat hat seine Ansicht im Jahr 2017 wieder aufgegeben.[822]

5. Prüfungsschema

I. Zuweisung der Tätigkeit
  1. Ausübung des Direktionsrechts durch empfangsbedürftige Willenserklärung
  2. Ggf. Inhalt der Erklärung

II. Wirksamkeit der Weisung
  1. Weisung vom Arbeitsverhältnis gedeckt
    a) Vertraglicher Umfang der Tätigkeitspflicht
      aa) Art der Tätigkeit
      bb) Ort der Tätigkeit
      cc) Inhalt der Tätigkeit
    b) Ggf. Erweiterung durch Versetzungs- oder Umsetzungsklauseln
  2. Ggf. Mitbestimmung des Betriebsrats als Wirksamkeitsvoraussetzung
  3. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht
    a) Gesetzliche Grenzen
    b) Vereinbarkeit mit einschlägigen Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen
    c) Billiges Ermessen (§ 106 GewO)
      aa) Interessen des Arbeitgebers
      bb) Interessen des Arbeitnehmers
      cc) Interessenabwägung

III. Erlöschen des Anspruchs

1. Erfüllung

- Der Anspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Erbringung der Arbeitsleistung erlischt im (praktischen) Regelfall durch Erfüllung gem. § 362 Abs. 1 BGB, **indem also der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeit leistet**.[823]
- Wodurch Erfüllung eintritt, welche Dienste der Arbeitnehmer hierfür leisten muss, richtet sich im Einzelfall nach dem Arbeitsverhältnis, wobei der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts den Inhalt der Leistungspflicht des Arbeitnehmers konkretisiert.

[818] BAG v. 22.2.2012 − 5 AZR 249/11, NJW 2012, 2605, 2607, Rn. 24.
[819] BAG v. 22.2.2012 − 5 AZR 249/11, NJW 2012, 2605, 2607, Rn. 24; a.A. BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452, 1459, Rn. 63.
[820] *Boemke*, NZA 2013, 6, 8.
[821] *Boemke*, NZA 2013, 6, 10.
[822] BAG v. 14.9.2017 – 5 AS 7/17, NZAaktuell, H. 19/2017, S. VII, zustimmend *Preis/Rupprecht*, NZA 2017, 1353.
[823] Zum Problem der Schlechtleistung siehe § 12 II 2. b).

- In diesem Rahmen kann dann auch **vorübergehende Untätigkeit** die Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung und damit Erfüllung sein. Zu unterscheiden sind Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft.
- **Arbeitsbereitschaft** wird definiert als „Zeit wacher Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung“[824]. Es handelt sich um **Arbeitszeit**.[825]

Beispiel: Eine Verkäuferin wartet im Ladenlokal darauf, Kunden zu bedienen.

- **Bereitschaftsdienst** liegt vor, wenn der Arbeitnehmer sich außerhalb seiner regelmäßigen Arbeitszeit an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle innerhalb oder außerhalb des Betriebes aufzuhalten hat, um bei Bedarf die volle Arbeitstätigkeit unverzüglich auszuüben.[826] Es handelt sich um **Arbeitszeit** und nicht um Ruhezeit.[827]

Beispiel:[828] Ein Taxifahrer wartet am Taxistand auf Fahrgäste.

- **Rufbereitschaft** bedeutet, dass sich der Arbeitnehmer außerhalb seiner regelmäßigen Arbeitszeit an einem frei gewählten Ort aufhalten darf, sich aber verpflichtet, auf Abruf kurzfristig die Arbeit aufzunehmen.[829] Als Vollarbeit, die den Anspruch auf die Arbeitsleistung erfüllt, gilt regelmäßig nur die Zeit, in der der Arbeitnehmer „abgerufen“ wird; die restliche Zeit der Rufbereitschaft wird durch Zulagen oder Freizeitausgleich vergütet.[830]
- Beispiel: Ein Techniker kann seine Zeit grds. frei nutzen, muss aber bei Störungen der IT-Technik binnen einer Stunde am Arbeitsort sein.

2. Unmöglichkeit wegen Fixschuldcharakter (§ 275 Abs. 1 BGB)

- Nach § 275 Abs. 1 BGB erlischt der Anspruch auf die Arbeitsleistung auch dann, wenn die Erbringung der Leistung dem Arbeitnehmer unmöglich ist, und zwar unabhängig davon, ob er die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht.
- Ob mit der **Nichterbringung der Arbeitsleistung zugleich Unmöglichkeit** eintritt, hängt maßgeblich davon ab, ob die Arbeitsleistung noch nachgeholt werden kann. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Arbeitsleistung entweder aus tatsächlichen oder betrieblichen Gründen im Regelfalle in so starkem Maße zeitbezogen ist, dass durch Zeitablauf Unmöglichkeit eintritt, weil die Arbeitsleistung nicht mehr nachgeholt werden kann; die Arbeitsleistung hat daher **in der Regel Fixschuldcharakter**.[831]
- Aber auch wenn die Arbeitszeit fest fixiert oder durch Weisung des Arbeitgebers im Vorhinein festgelegt ist, wird mit dem Verstreichen der Leistungszeit die Leistung unmöglich, und zwar auch dann, wenn der Arbeitgeber an einer nachträglichen Leistungserbringung weiterhin interessiert ist. **Die vereinbarte Leistung, nämlich Arbeit zu einem bestimmten Zeitpunkt, kann nicht mehr erbracht werden**; der Arbeitgeber kann den Leistungszeitpunkt nicht nachträglich einseitig verändern.[832] Im Rahmen der Privatautonomie können sich die Arbeitsvertragsparteien allerdings einvernehmlich darauf verständigen, dass ausgefallene Arbeit nachgeholt wird.
- Grds. führt die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung auch zum **Entfallen des** im synallagmatischen Verhältnis stehenden **Anspruch auf den Arbeitslohn** (§ 326 Abs. 1 BGB). Davon gibt es im Arbeitsrecht **jedoch zahlreiche Ausnahmen**, in denen der Lohnanspruch dennoch aufrechterhalten wird.[833]

---

[824] BAG v. 28.1.1981 – 4 AZR 892/78, DB 1981, 1195.
[825] ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 669.
[826] BAG v. 10.09.1959 – 4 AZR 597/56, DB 1959, 1031.
[827] ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 670.
[828] LAG Berlin-Brandenburg v. 7.2.2014 – 2 Sa 25/14, BeckRS 2014, 69766.
[829] BAG v. 31.1.2002 – 6 AZR 214/00, NZA 2002, 871.
[830] BAG v. 12.12.1990 – 4 AZR 269/90, NZA 1991, 306.
[831] BAG v. 17.3.1988 – 2 AZR 576/87, NZA 1989, 261, 262 = NJW 1989, 546 ff.
[832] *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 23 Rn. 3 f.
[833] Siehe § 7 III.

IV. Durchsetzbarkeit

1. Einreden des Arbeitnehmers

a) Überblick

- Auch wenn der Anspruch des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung besteht, also entstanden und nicht wieder untergegangen ist, kann im Einzelfall die **Durchsetzbarkeit** daran **scheitern**, dass der Arbeitnehmer hiergegen Einreden, insbesondere Leistungsverweigerungsrechte, erheben kann. Normalerweise führt die Erhebung einer Einrede dazu, dass der Anspruch nicht untergeht, also weiter fortbesteht, und nur dessen Durchsetzbarkeit gehemmt wird.[834] Allerdings besteht im Arbeitsverhältnis die **Besonderheit, dass mit der Nichterbringung der Arbeitsleistung zugleich Unmöglichkeit eintritt, die Leistungsverweigerung also zur Leistungsunmöglichkeit führt**.[835] Es wäre jedoch eine durch nichts gerechtfertigte Schlechterstellung des Arbeitnehmers, wenn er wegen dieser Eigenart des Arbeitsverhältnisses gezwungen wäre, seine Arbeitsleistung zu erbringen, obwohl sich der Arbeitgeber vertragswidrig verhält. Der Arbeitnehmer darf also Leistungsverweigerungsrechte auch dann ausüben, wenn hierdurch Unmöglichkeit eintritt,[836] soweit es sich nicht um ganz geringfügige Beeinträchtigungen handelt (Rechtsgedanke aus § 320 Abs. 2 BGB). Wegen der einschneidenden Folgen (Verlust des Leistungsanspruchs) ist der **Arbeitnehmer nach Treu und Glauben verpflichtet, dem Arbeitgeber den Grund mitzuteilen**, aus dem er die Leistung verweigert. Der Arbeitnehmer trägt allerdings das Risiko einer Abmahnung oder Kündigung wegen Arbeitsverweigerung, sollte das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht nicht bestehen.[837]

b) Einrede des nichterfüllten Vertrags (§ 320 BGB)

- Der Arbeitnehmer kann die Einrede des nichterfüllten Vertrags erheben und die Erbringung der Arbeitsleistung verweigern, **wenn** entweder **der Arbeitgeber mit dem Lohn** für vergangene Lohnzahlungsperioden **im Rückstand ist** oder bei Vorleistungspflicht des Arbeitgebers dieser den Lohn nicht gezahlt hat. Das Leistungsverweigerungsrecht besteht dann nicht, wenn es sich um ganz geringfügige Lohnrückstände handelt (§ 320 Abs. 2 BGB); hält der Arbeitgeber allerdings monatlich einen zunächst nur geringfügigen Teil des Lohns zurück, kann sich dies zu erheblichen und damit die Einrede rechtfertigenden Beträgen addieren. Besteht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Streit über die Lohnhöhe, muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zunächst Zeit für eine rechtliche Prüfung lassen; erst nach Ablauf einer angemessenen Frist kann er die Einrede erheben.[838]

c) Spezielle gesetzliche Leistungsverweigerungsrechte

- Der Arbeitnehmer kann weiter die Leistung verweigern, wenn der Arbeitgeber gegen **Schutzpflichten** aus dem Arbeitsverhältnis verstößt und ein Leistungsverweigerungsrecht ausdrücklich gesetzlich normiert ist.

---

[834] Siehe allgemein zu den Einreden *Brox/Walker*, AT, Rn. 663 ff.; *Medicus*, BR, Rn. 732 ff.
[835] Siehe § 11 III. 2.
[836] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 231; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 15 Rn. 35.
[837] BAG v. 22.10.2015 – 2 AZR 569/14, FD-ArbR 2016, 377433.
[838] MüHBAR/*Reichold*, § 40 Rn. 12 ff.

- Beispiele:
- § 14 AGG: Unterlassen von geeigneten Maßnahmen zum Schutz vor sexuellen Belästigungen
- § 21 Abs. 6 GefStoffVO: Überschreitung festgelegter Gefahrstoffkonzentrationen mit unmittelbarer Gefahr für Leben oder Gesundheit.

d) Zurückbehaltungsrecht (§ 273 Abs. 1 BGB)

- Ist das Recht zur Leistungsverweigerung nicht spezialgesetzlich normiert, dann kann der Arbeitnehmer nach § 273 Abs.1 BGB die Leistung verweigern, wenn ihm ein fälliger Anspruch gegen den Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis zusteht. Hier ist insbesondere daran zu denken, dass der Arbeitgeber **Nebenpflichten nicht erfüllt** hat.
- Nach verbreiteter Auffassung soll dem Arbeitnehmer ein Zurückbehaltungsrecht insbesondere dann zustehen, wenn der Arbeitgeber **Arbeitsschutzvorschriften** nicht einhält. Bei genauer Betrachtung muss man hierbei allerdings unterscheiden: Beachtet der Arbeitgeber Schutzvorschriften nicht, die sich aus der Natur des Arbeitsplatzes ergeben, stellt er z.B. einem Bauarbeiter die vorgeschriebene Sicherheitskleidung nicht zur Verfügung, dann fehlt es schon an einer ordnungsgemäßen Zuweisung der Tätigkeit, zumindest ist der Arbeitgeber seiner Obliegenheit, einen vertragsgemäßen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen, nicht nachgekommen. Eines Zurückbehaltungsrechts bedarf es in diesen Fällen nicht;[839] soweit der Grund für die Leistungsverweigerung nicht offensichtlich ist, muss der Arbeitnehmer sich allerdings nach Treu und Glauben hierzu äußern.
- Hängen die Ursachen weniger mit der Art der Tätigkeit als vielmehr mit der **Person des Arbeitnehmers** zusammen, verlangt z.B. ein Arbeitnehmer, der in einem Großraumbüro beschäftigt wird, einen rauchfreien Arbeitsplatz, weil er durch Tabakrauch in seiner Gesundheit beeinträchtigt wird, dann ist die Zuweisung der Tätigkeit durch den Arbeitgeber wirksam; die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes kommt erst dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer das Leistungshindernis geltend macht. Und dann ist wiederum zu unterscheiden: Kann eine andere Tätigkeit zugewiesen werden, kommt der Arbeitgeber aber dem nicht nach, so gerät er in Annahmeverzug, ohne dass es der Konstruktion eines Zurückbehaltungsrechts bedürfte. Steht hingegen kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung, dann ist dem Arbeitnehmer, soweit es nicht nur um geringfügige Beeinträchtigungen geht, die Erbringung der Arbeitsleistung unzumutbar. Er muss die Arbeitsleistung nach § 275 Abs. 3 BGB nicht erbringen; § 273 Abs. 1 BGB ist hingegen nicht einschlägig, weil es keinen fälligen Gegenanspruch gibt.

e) Persönliche Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 3 BGB)

Literatur:
Scholl, Die Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung nach § 275 Abs. 3 BGB, Jura 2006, 283 ff.

- Vorrangige Sonderregelung für die Leistungsverweigerung wegen **Unzumutbarkeit bei höchstpersönlichen Leistungen** ist § 275 Abs. 3 BGB. Der Arbeitnehmer kann die Leistung verweigern, wenn sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. Der Arbeitnehmer hat die Wahl, ob er sich auf die Einrede berufen möchte oder nicht.
- Beispiel: Der Arbeitnehmer muss schwer erkrankte Angehörige pflegen.[840]

[839] Zum Meinungsstand *Söllner*, ZfA 1973, 1, 15 ff., der ein (zusätzliches) Zurückbehaltungsrecht zur Durchsetzung des gebotenen Arbeitsschutzes bejahen möchte.
[840] BT-Drs. 14/6040, S. 130.

- Ein Verschulden ist irrelevant. Auch nimmt die Norm keine Beschränkung auf in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe vor, es können also auch andere objektive Umstände berücksichtigt werden. Beides spielt erst bei der Frage des Fortbestandes des Entgeltanspruchs gem. § 616 BGB eine Rolle.

2. Gerichtliche Durchsetzbarkeit (§ 888 Abs. 3 ZPO)

- Der Arbeitgeber kann gegen den Arbeitnehmer auf (zukünftige) Erfüllung der Arbeitsleistung klagen. Wegen § 888 Abs. 3 ZPO wäre eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil aber nur dann möglich, wenn es sich bei der Erbringung der Arbeitsleistung um eine vertretbare Handlung handelt. Dagegen spricht aber, dass die Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung höchstpersönlicher Natur ist, Erfüllungsgehilfen dürfen weder vom Arbeitnehmer eingesetzt werden, noch darf der Arbeitgeber seinerseits den Einsatz eines Erfüllungsgehilfen, z.B. bei persönlicher Leistungsverhinderung des Arbeitnehmers, fordern. **Die Arbeitsleistung ist daher stets eine unvertretbare Handlung.** Dies muss auch bei der Zwangsvollstreckung beachtet werden, sodass § 888 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 ZPO Anwendung findet.[841]
- Der Arbeitgeber kann allerdings mit der Erfüllungsklage zugleich einen Antrag nach § 61 Abs. 2 ArbGG auf **Zahlung einer Entschädigung** verbinden, wobei die Entschädigung nicht über den eingetretenen Schaden hinausgehen darf.[842] Nach allgemeinen Grundsätzen ist im Ausnahmefall auch eine einstweilige Verfügung zulässig.[843]

[841] *Schaub*, ArbR-HdB, § 45 Rn. 65; grds. auch MüHBAR/*Reichold*, § 42 Rn. 1; Germelmann/Matthes/Prütting/*Schleusener*, § 62 ArbGG Rn. 62.
[842] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 188a.
[843] Zum Problemstand *Schaub*, ArbR-HdB, § 45 Rn. 66.

§ 12 Schadensersatzansprüche

Literatur:
Richardi, Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis, NZA 2003, Heft 16, Sonderbeilage, S. 14 ff.
Reiter, Arbeits- und Schadensrecht, Jura 2006, 71 ff.
Weyand, Der praktische Fall: Arbeitgeber- und Arbeitnehmerhaftung, JuS 2003, 675 ff.
Blomeyer, Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung bei nicht gefahrgeneigter Arbeit, JuS 1993, 903 ff.
Maschmann, Die mangelhafte Arbeitsleistung, NZA Beil. 1/2006, 13 ff.
Richardi, Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZA 2002, 1004 ff.
K. Schreiber, Beschränkte Arbeitnehmerhaftung, Jura 2009, 26 ff.
Schwab, Die Schadenshaftung im Arbeitsverhältnis – 1. Teil: Die Haftung des Arbeitnehmers, NZA-RR 2006, 449 ff.
Servatius, Die Haftung des Arbeitnehmers für Nicht- und Schlechtleistung, Jura 2005, 838 ff.
Walker, Die eingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der Schuldrechtsmodernisierung, JuS 2002, 736 ff.
Waltermann, Besonderheiten der Haftung im Arbeitsverhältnis, JuS 2009, 193 ff.

Rechtsprechung:
BAG v. 18.1.2007 – 8 AZR 250/06, NZA 2007, 1230 ff.

I. Überblick

- Anders als viele andere gesetzlich geregelte Vertragstypen[844] sehen die Regelungen über den Dienst- und den Arbeitsvertrag in den §§ 611 ff. BGB **keine speziellen Bestimmungen über Leistungsstörungen** vor. Es muss daher auf die allgemeinen Regelungen zurückgegriffen werden. Diese sehen eine Nacherfüllung oder Minderung nicht vor. Es handelt sich um eine bewusste gesetzgeberische Wertung, die nicht umgangen werden darf.[845] Verletzt der Arbeitnehmer seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, dann kommen also **Schadensersatzansprüche zugunsten des Arbeitgebers** in Betracht.[846]

II. Vertragliche Schadensersatzansprüche – Voraussetzungen und Besonderheiten

1. Arbeitsverhältnis

- Voraussetzung für vertragliche Schadensersatzansprüche ist gem. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB das Bestehen eines Schuldverhältnisses, hier also das **Bestehen eines Arbeitsverhältnisses** gem. § 611a BGB.

2. Pflichtverletzung

- Außerdem muss der Schuldner, also der Arbeitnehmer, gem. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt haben. Hier kommt die Nicht-, Schlecht- oder verspätete Leistung von Haupt- und Nebenleistungspflichten sowie die Verletzung von Nebenpflichten in Betracht.

[844] Vgl. für den Kaufvertrag §§ 437 ff. BGB, für den Mietvertrag §§ 536 ff. BGB oder für den Werkvertrag §§ 633 ff. BGB.
[845] *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13, 17.
[846] Daneben besteht u. U. auch die Möglichkeit, den Arbeitnehmer zu kündigen (siehe 5. Teil: Beendigung des Arbeitsverhältnisses). Außerdem kann der Arbeitgeber bei Nichtleistung der Arbeit dem Arbeitnehmer gem. §§ 326 Abs. 1 S. 1, 441 Abs. 3 BGB den Lohn kürzen, wenn keine anspruchserhaltende Gegennorm eingreift (siehe oben § 7 III.).

a) **Nichtleistung**

- Leistet der Arbeitnehmer die von ihm geschuldete Arbeit nicht, dann kann der Arbeitnehmer bei Bestehen der weiteren Voraussetzungen Schadensersatz wegen (teilweiser) Nichterfüllung gem. §§ 280 Abs. 1, 2, 283 BGB verlangen. Dafür muss Unmöglichkeit vorliegen, es darf also weder Verzug noch Schlechtleistung gegeben sein. Dabei war bereits dargelegt worden, dass i. d. R. Arbeit, die nicht geleistet worden ist, nicht mehr nachgeholt werden kann, die Nichterbringung der Arbeitsleistung also nicht zum Verzug, sondern zur Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB führt.[847]
- Beispiel: Der Arbeitnehmer kommt wegen Schnees zu spät zur vereinbarten Arbeit;[848] er kommt zwar zur Arbeit, schläft aber am Arbeitsplatz oder surft den gesamten Tag im Internet.[849] Der Arbeitnehmer hat eine besser bezahlte Vollzeitstelle angenommen und kommt deshalb trotz unbeendeten Arbeitsverhältnisses nicht mehr zu seinem ursprünglichen Arbeitgeber.[850]
- Allerdings kann im Einzelfall problematisch sein, ob die Arbeit nicht oder lediglich schlecht geleistet wurde.
- Beispiel: Eine Arbeitnehmerin, die in einer Strumpfwarenfabrik als Näherin beschäftigt ist, arbeitet zwar, erbringt aber nur 15% der Normalleistung. Ein Stanzmechaniker produziert einen Ausschuss von 80% der von ihm bearbeiteten Teile.
- Auch solche Minderleistungen sind als Erfüllung der Arbeitspflicht anzusehen.[851] Der Arbeitnehmer wird dabei, wenn auch langsam oder unaufmerksam, ununterbrochen tätig. Es besteht damit kein Fall der Nicht-, sondern einer der Schlechtleistung.[852]

b) **Schlechtleistung**

- Die Schlechtleistung der Arbeitspflicht wird in der Literatur vor allem unter dem abwertenden Begriff des **„low performers“** diskutiert.[853] Schlechterfüllung liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit zwar zum vereinbarten Zeitpunkt leistet, also weder Unmöglichkeit noch Verzug vorliegt, aber nicht so, wie vereinbart.[854] Der Arbeitnehmer erbringt also eine **quantitativ oder qualitativ mangelhafte Leistung**.[855]
- Schlechtleistung setzt also eine **Abweichung zwischen tatsächlich geleisteter und geschuldeter Arbeit** voraus. Die geschuldete Arbeitsleistung richtet sich dabei in erster Linie nach den Anforderungen, die der Arbeitsvertrag hinsichtlich Art, Beschaffenheit, Zeit, Umfang und Intensität der Tätigkeit vorsieht, wobei die Umstände der Einstellung, der Zweck und die Natur des konkreten Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen sind.[856]
- Nach dem zutreffenden **subjektiven Maßstab der Arbeitsleistung** schuldet der Arbeitnehmer aber keinen Erfolg, sondern nur die ihm persönlich mögliche Arbeitsleistung.[857] Er ist nicht zu einem bloßen Bemühen verpflichtet, sondern muss die ihm übertragenen Aufgaben unter **Anspannung seiner geistigen und körperlichen Kräfte und Fähigkeiten** sowie unter Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erbringen.[858] Der

[847] Siehe § 9 III. 2.
[848] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 10 Rn. 12.
[849] Tschöpe/*Linck*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 52 Rn. 2
[850] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 10 Rn. 12.
[851] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 10 Rn. 16; *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13, 14; Tschöpe/*Linck*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 52 Rn. 2.
[852] Tschöpe/*Linck*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 52 Rn. 2.
[853] Vgl. z.B. *Tschöpe*, BB 2006, 213.
[854] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 10 Rn. 38.
[855] *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht 1, § 6 Rn. 123.
[856] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 10 Rn. 39.
[857] Siehe oben § 9 I. 2. b).
[858] BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784, 786.

Arbeitnehmer schuldet seine **individuelle Normalleistung**, die von seiner konkreten Verfassung, seinen spezifischen Fähigkeiten und Kenntnissen abhängig ist und dadurch variieren kann (Tagesform).[859]

- Aus dem **Nichteintritt des weitergehenden Leistungserfolgs** trotz Arbeitsleistung lässt sich also **nicht zwingend** auf eine **Pflichtverletzung** schließen. Vielmehr ist stets auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen und der Pflichtverstoß im Einzelfall festzustellen. Ein Pflichtverstoß scheidet aus, wenn der Arbeitnehmer seine individuell mögliche Leistung erbringt. Schadensersatzansprüche wegen Schlechtleistung kommen dann nicht in Betracht.
- Beispiel:[860] Auch ein Kommissionierer, der die durchschnittliche Arbeitsleistung seiner Kollegen dauerhaft um 40-50% unterschreitet, kann damit seine Arbeitspflicht erfüllen, wenn er individuell, z.B. wegen seines Alters, nicht zu schnellerer Arbeit in der Lage ist. Möglich ist allerdings als ultima ratio u. U. eine personenbedingte Kündigung, falls die Arbeitsleistung die berechtigte Gleichwertigkeitserwartung des Arbeitgebers in einem Maße unterschreitet, dass ihm ein Festhalten an dem (unveränderten) Arbeitsvertrag unzumutbar wird.

c) Verzug

- Erfüllt der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht nicht rechtzeitig und gerät er dadurch in Verzug, dann kann der Arbeitgeber **Ersatz des Verzögerungsschadens** aus § 280 Abs. 1, 2, 286 BGB verlangen. Voraussetzung hierfür ist aber stets, dass die Arbeitsleistung als solche noch nachgeholt werden kann. Da die **Arbeitspflicht** des Arbeitnehmers im Allgemeinen Fixschuld ist, führt der Verzug **regelmäßig** zur **Unmöglichkeit**[861], sodass sich die Rechtsfolgen nach Unmöglichkeitsrecht bestimmen.
- Allerdings verpflichtet auch die **nicht rechtzeitige Erfüllung von Nebenpflichten** den Arbeitnehmer zum Ersatz des Verzögerungsschadens, z.B. wenn der Arbeitnehmer ein Firmenauto nicht wie vereinbart zurückgibt und daher ein Mietwagen genommen werden muss.[862]
- Der Anspruch setzt neben den allgemeinen Voraussetzungen gem. § 280 Abs. 1 BGB voraus, dass die **zusätzlichen Verzugsvoraussetzungen** des § 286 BGB gegeben sind. Dies sind: Möglichkeit der Leistung, Fälligkeit der Leistung, Mahnung oder Mahnungssurrogat.

d) Nebenpflichtverletzung

- Besondere Bedeutung spielen in Praxis wie Ausbildung **Schutzpflichtverletzungen** durch den Arbeitnehmer. Es handelt sich hierbei um einen Verstoß gegen die allgemeine, im Rahmen jeder Sonderverbindung bestehende Pflicht, bei der Leistungsabwicklung **Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils** zu nehmen (§ 241 Abs. 2 BGB). Der Arbeitnehmer muss also so arbeiten, dass durch seine Tätigkeit der Arbeitgeber nicht in seiner Person, seinem Eigentum, seinem Vermögen oder seinen sonstigen schutzwürdigen Rechtspositionen verletzt wird. Diese Schutzpflichten dienen nicht dem Leistungsinteresse, sondern dem Erhaltungsinteresse des Arbeitgebers.

---

[859] Staudinger/*Richardi/Fischinger*, § 611 BGB Rn. 1053.
[860] BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784.
[861] Ausführlich oben § 9 III. 2.
[862] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 10 Rn. 34.

- Beispiel: In dem obigen Beispiel des Stanzmechanikers, der 80% Ausschuss produziert, kommen Ansprüche wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger[863] Verletzung des Eigentums des Arbeitgebers in Betracht.

3. Vertretenmüssen

- Der Arbeitnehmer haftet nur dann auf Schadensersatz, wenn er die **Pflichtverletzung zu vertreten** hat (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Da es hier um die Nichterfüllung einer vertraglich übernommenen Pflicht geht, muss Verschulden im technischen Sinne (vgl. § 276 Abs. 1 BGB) vorliegen.

a) Teilweise Begrenzung des Haftungsmaßstabs auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit

- Allerdings haftet der Arbeitnehmer bei der **Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit** nach dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses (§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB) **nur** für **Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit**. Dies lässt sich mittelbar §§ 616 S. 1 BGB, 3 EFZG entnehmen, wonach der Arbeitnehmer trotz Nichtleistung der Arbeit in den gesetzlich geregelten Fällen seinen Lohnanspruch behält, soweit er die Leistungsstörung nicht mindestens grob fahrlässig herbeigeführt hat[13]. Diese Risikoverteilung muss sich beim Schadensersatzanspruch notwendig fortsetzen; der von §§ 616 BGB, 3 EFZG angestrebte Sozialschutz könnte andernfalls vereitelt werden, wenn der Arbeitgeber zwar den Lohn fortzahlen müsste, aber gleichzeitig Schadensersatz verlangen könnte.
- Beispiel: Bricht sich ein Arbeitnehmer beim Fußballspielen (leicht fahrlässig) ein Bein, kann er Lohnfortzahlung[14], der Arbeitgeber aber keinen Schadensersatz verlangen[15]
- Im Übrigen haftet der Arbeitnehmer für **jede Form der Fahrlässigkeit**. Der Grad der Fahrlässigkeit ist **jedoch** bei der **innerbetrieblichen Schadensverteilung** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu berücksichtigen.[864]

b) Vertretenmüssen anspruchsbegründend (§ 619a BGB)

- Das (Nicht-)Vertretenmüssen der Unmöglichkeit ist nach der Regelung in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB anspruchshindernde Tatbestandsvoraussetzung. Kann dieses nicht festgestellt werden, geht der Anspruch durch, d.h. die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt grds. der Schuldner der Leistungsverpflichtung; dies wäre im vorliegenden Zusammenhang der Arbeitnehmer. Hiervon macht jedoch **§ 619a BGB** für das Arbeitsverhältnis eine Ausnahme; das Vertretenmüssen ist anspruchsbegründend. Dies bedeutet: Der Arbeitgeber muss darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass der Arbeitnehmer die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

4. Ersatzfähiger Schaden

a) Nachweis eines Schadens erforderlich

- Der Schadensersatzanspruch setzt schließlich stets den **Nachweis eines konkreten Schadens voraus**. Bei der schuldhaften Nichtleistung des Arbeitnehmers können dies bspw. Überstundenzuschläge für den Einsatz von Arbeitskollegen sein. Bei der Nebenpflichtverletzung kann dies z.B. zerstörtes Eigentum des Arbeitgebers sein. Bei der

[863] Zur Haftungsverteilung bei fahrlässigem Handeln des Arbeitnehmers siehe § 10 II. 4. b).
[864] Siehe dazu § 10 II. 4. b).

Schlechtleistung wird diese Voraussetzung - neben dem Nachweis einer Pflichtverletzung - regelmäßig problematisch sein, insbesondere bei der quantitativen Minderleistung.[865] Der Umfang des ersatzfähigen Schadens richtet sich nach §§ 249 ff. BGB.

b) Innerbetrieblicher Schadensausgleich

Literatur: *K. Schreiber*, Beschränkte Arbeitnehmerhaftung, Jura 2009, 26 ff. *Waltermann*, Besonderheiten der Haftung im Arbeitsverhältnis, JuS 2009, 193 ff. Fälle: *Heckelmann/Franzen*, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 3, S. 25 ff. *Wank*, Übungen, Fall 7, S. 103 ff.

aa) Die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung

- Grundsätzlich richtet sich der Umfang des Schadensersatzanspruchs nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Beschädigt der Arbeitnehmer Rechtsgüter des Arbeitgebers und ist ein "echtes" Mitverschulden des Arbeitgebers nicht festzustellen, dann müsste der Arbeitnehmer nach dem "alles-oder-nichts"-Grundsatz des deutschen Schadensersatzrechts einen von ihm verursachten Schaden stets in voller Höhe ersetzen. Eine **kleine Unachtsamkeit des Arbeitnehmers könnte enorme finanzielle Konsequenzen nach sich ziehen**, u. U. müsste der Arbeitnehmer für einen kleinen Fehler Zeit seines Lebens zahlen.
- Dies wird allgemein als unbillig empfunden. Daher wird als **wichtige Besonderheit des Arbeitsrechts** unter bestimmten Voraussetzungen die **Haftung des Arbeitnehmers beschränkt**. Dabei besteht über das Ziel Einigkeit, umstritten ist jedoch mangels einer ausdrücklichen Norm die dogmatische Begründung.

bb) Dogmatische Herleitung (str.) und Anknüpfung an § 254 BGB

- Tragender Grund für die Haftungsprivilegierung ist der **allgemeine**, in §§ 670 BGB, 110 HGB für Sonderfälle niedergelegte **Rechtsgedanke**, dass derjenige, der einen anderen eine bestimmte Tätigkeit ausführen lässt und den Nutzen aus der Tätigkeit zieht, auch die mit dieser Tätigkeit verbundenen Kosten tragen soll.[866] Spezielle Ausprägung dieses Rechtsgedankens ist die Risikohaftung bei Tätigkeit in fremdem Interesse.[867] Danach muss **derjenige, der in seinem Interesse einen anderen eine mit bestimmten Gefahren behaftete Tätigkeit ausüben lässt, auch für die tätigkeitsspezifischen Risiken und die hierdurch entstehenden Schäden einstehen**.[868] Auf das Arbeitsrecht gewendet bedeutet dies, dass der Arbeitgeber, der einerseits die Erfolge des betrieblichen Geschehens für sich in Anspruch nimmt, andererseits für die mit dem betrieblichen Geschehen verbundenen Risiken einstehen muss. Der Arbeitgeber müsste nämlich, wenn er die Tätigkeit selbst ausüben würde, den Schaden auch selbst tragen. Dass er sich durch den Einsatz des Arbeitnehmers die Arbeitsteilung zunutze macht, rechtfertigt

[865] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 10 Rn. 48.
[866] Vgl. allgemein hierzu *Müller-Erzbach*, AcP 106 (1909), S. 309, 383 ff. und 453 ff.
[867] *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 310; *Canaris*, RdA 1966, 41, 43.
[868] *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 310; *Canaris*, RdA 1966, 41, 43; *Larenz*, JuS 1965, 373, 375 f.

es nicht, das Betriebsrisiko für die in seinem Interesse durchgeführten Tätigkeiten vollständig auf den Arbeitnehmer zu verlagern.[869] Hierzu bedürfte es einer gesonderten Abrede.

- **Rechtsdogmatisch** lässt sich die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung auf eine **entsprechende Anwendung des § 254 BGB** stützen. Dabei ist dem Arbeitgeber die Übertragung der risikobehafteten Tätigkeit oder die Eröffnung eines Geschäftsbetriebs nicht als Mitverschulden i.S.v. § 254 Abs. 1 BGB zuzurechnen.[870] Der Arbeitnehmer wird aber in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers eingegliedert und nach dessen Weisungen tätig. Der **Arbeitgeber kann die Betriebsorganisation nach seinen Plänen und Bedürfnissen gestalten** und den Arbeitnehmer hierin einbinden. Kraft seiner Organisationsgewalt kann er allein Bedingungen für Schadensrisiken schaffen, beibehalten oder verändern. Diese selbst geschaffene Risikolage, **das sog. Betriebsrisiko, muss sich der Arbeitgeber im Rahmen des § 254 BGB als Mitverantwortung zurechnen lassen** und kann diese nicht ganz oder teilweise dem Arbeitnehmer aufbürden, auch wenn dieser die Schadensverursachung zu vertreten hat.[871]
- Der Gesetzgeber des **Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes** wollte hingegen den neuen **§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB anwenden**, wonach sich aus dem „Inhalt des Schuldverhältnisses" eine vertragliche Haftungsbeschränkung ergeben kann.[872] Am Ergebnis sollte sich dadurch nichts ändern.[873] Besser ist es aber, an § 254 BGB anzuknüpfen, der eine Schadensteilung entsprechend dem Grad des Verschuldens ermöglicht.[874]

cc) Begrenzung auf betriebliche Tätigkeiten

- Aus der Anknüpfung der Haftungseinschränkung am vom Arbeitgeber gesetzten Betriebsrisiko folgt zunächst, dass der **Anwendungsbereich auf betriebliche Tätigkeiten beschränkt** ist.[875] Außerbetriebliche Tätigkeiten erfolgen nicht mehr im Interesse des Arbeitgebers, sind daher von diesem weder veranlasst noch gesteuert, sodass der Gedanke der Zurechnung des Betriebsrisikos nicht greift.
- Beispiel: Unternimmt der Arbeitnehmer mit dem ihm für Dienstfahrten anvertrauten PKW des Arbeitgebers eine Schwarzfahrt zu privaten Zwecken und beschädigt er dabei das Fahrzeug[876] oder verunglückt er mit einem ihm auch zu Privatzwecken überlassenen Firmenwagen auf dem Weg von der Wohnung zur Betriebsstätte,[877] dann haftet der Arbeitnehmer für jede Fahrlässigkeit voll (§ 276 Abs. 1 BGB).

dd) Keine Begrenzung auf gefahrgeneigte Tätigkeiten

- Da es um die Zurechnung des Betriebsrisikos geht, ist die Haftungseinschränkung entgegen der früheren Rechtsprechung **weder auf schadensgeneigte bzw. gefährliche Tätigkeiten beschränkt**[878] **noch durch grob fahrlässiges Verhalten des Arbeitnehmers**

---

[869] Dazu *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 201; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 22 Rn. 15 ff.
[870] *Heckelmann/Franzen*, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 3, S. 25, 28.
[871] BAG v. 12.6.1992 – GS 1/89, NZA 1993, 547, 548.
[872] BT-Drs. 14/6857, S. 48.
[873] BT-Drs. 14/6857, S. 48.
[874] *Henssler*, RdA 2002, 129, 133.
[875] BAG v. 12.6.1992 – GS 1/89, NZA 1993, 547, 550; BAG v. 27.9.1994 – GS 1/89 (A), NJW 1995, 210, 212 = WiB 1994, 952 mit Anm. *Boemke;* BAG v. 16.2.1995 – 8 AZR 493/93, NZA 1995, 565 = NJW 1995, 3204; MüHBAR/*Reichold*, § 57 Rn. 31; *W. Blomeyer*, JuS 1993, 903, 906; *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 311 m.w.N.
[876] BAG v. 9.11.1967 – 5 AZR 147/67, NJW 1968, 717.
[877] LAG Köln v. 24.6.1994 – 13 Sa 37/94, NZA 1995, 1163 = MDR 1995, 832.
[878] BAG v. 12.6.1992 – GS 1/89, NZA 1993, 547, 548; BAG v. 27.9.1994 – GS 1/89 (A), NJW 1995, 210, 212 = WiB 1994, 952 mit Anm. *Boemke*; BAG v. 16.2.1995 – 8 AZR 493/93, NZA 1995, 565 = NJW 1995, 3204; BAG v. 18.4.2002 – 8 AZR 348/01, NZA 2003, 37, 38; *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 312 m.w.N. A.A. noch BAG v. 25.9.1957 – GS 4

ausgeschlossen.[879] Da der Arbeitgeber durch die Veranlassung der von ihm gesteuerten Tätigkeit ein betriebliches Risiko setzt, kann eine Haftungsbegrenzung bei jedweder schadensverursachenden Arbeitsleistung in Betracht kommen. Weder ist die Gefährlichkeit der Tätigkeit selbstständige Tatbestandsvoraussetzung der Haftungsbeschränkung noch die Schwere des Verschuldens des Arbeitnehmers Ausschlusstatbestand. **Beide sind nur im Rahmen der analogen Anwendung von § 254 BGB** bei der Frage **zu berücksichtigen**, inwieweit der Schaden auf das vom Arbeitgeber gesetzte Betriebsrisiko und inwieweit auf das vorwerfbare Verhalten des Arbeitnehmers zurückzuführen ist.[880] So kommen Haftungseinschränkungen zugunsten eines Kraftfahrers nicht nur in Betracht, wenn er unter schwierigsten Bedingungen einen Verkehrsunfall verursacht, sondern auch, wenn er bei guter Sicht, trockener Straße und mäßigem Verkehr von der Straße abkommt.[881]

ee) Verteilung der Haftung

- Eine **strikte Verteilung des Schadensrisikos** nach dem jeweiligen Grad der Fahrlässigkeit **widerspricht dem dogmatischen Ansatz, über § 254 BGB die Verantwortung** des Arbeitnehmers gegen das vom Arbeitgeber gesetzte Betriebsrisiko **abzuwägen**. Das Ausmaß des Verschuldens hat sicherlich Bedeutung für die Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers, ist aber nicht das ausschließliche Kriterium für die Risikoverteilung. Vielmehr sind bei der Schadensverteilung im Einzelfall auch Umstände auf der Arbeitgeberseite, insbesondere das von ihm gesetzte Betriebsrisiko zu berücksichtigen. Von der durch die schuldhafte Schadensverursachung begründeten vollen Ersatzverantwortlichkeit wird, wie auf einer Messlatte, zugunsten des Arbeitnehmers die durch das Betriebsrisiko dem Arbeitgeber zugewiesene Verantwortlichkeit abgetragen.[882]
- **Für die universitäre Praxis**, bei der eine genaue Darstellung der abwägungsrelevanten Kriterien aus Platzgründen ohnehin kaum möglich ist, kann aus Gründen der **Vereinfachung** dennoch von einer **Dreiteilung bei Fahrlässigkeit** ausgegangen werden:
  - Bei **grober Fahrlässigkeit** haftet der **Arbeitnehmer vollständig**
  - Bei **mittlerer Fahrlässigkeit** haften **Arbeitgeber und Arbeitnehmer anteilig**
  - Bei **leichter Fahrlässigkeit** haftet der **Arbeitgeber vollständig**

c) Prüfungsschema

Anspruchsgrundlage: § 280 Abs. 1 BGB
1. Schuldverhältnis: Beschäftigung als Arbeitnehmer, § 611a Abs. 1 BGB
2. Verletzung einer Verhaltenspflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB
3. Vertretenmüssen, §§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 Abs. 1 S. 1 BGB: Wegen des punktuellen Fahrlässigkeitsbegriffs grds. Vorsatz oder jede Fahrlässigkeit (Beweislast beim Arbeitgeber, § 619a BGB)
4. Mitverantwortlichkeit des Arbeitgebers = Haftungseinschränkung
   a) „Echtes“ Mitverschulden nach § 254 BGB
   b) Mitverantwortlichkeit nach § 254 BGB analog
      aa) Rechtsgedanke der Haftungseinschränkung: Zurechnung des Betriebsrisikos entsprechend §§ 670 BGB, 110 HGB

(5)/56, NJW 1958, 235, 237; BAG v. 3.8.1971 – 1 AZR 327/70, VersR 1972, 81.

[879] BAG v. 12.10.1989 – 8 AZR 276/88, NZA 1990, 97, 98 = NJW 1990, 468, 469 f.; *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 312 m.w.N.; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 22 Rn. 18.

[880] *W. Blomeyer*, JuS 1993, 903, 905; *Peifer*, AR-Blattei SD 870 Rn. 39 ff.

[881] Vgl. dazu *Boemke*, WiB 1994, 209; BAG v. 23.6.1988 – 8 AZR 300/85, NZA 1989, 181 = NJW 1989, 854; BAG v. 12.10.1989 – 8 AZR 300/85, NZA 1990, 97, 98 = NJW 1990, 468, 469 f. – Anders noch: BAG v. 21.11.1959 – 2 AZR 547/58, NJW 1960, 455; BAG v. 12.5.1960 – 2 AZR 78/58, FHZivR 7 Nr. 2167; BAG v. 28.5.1960 – 2 AZR 548/59, BeckRS 9998, 150815; BGH v. 19.9.1989 – VI ZR 349/88, NJW 1989, 3273 = JuS 1990, 508.

[882] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 10 Rn. 77 ff.

bb) Voraussetzungen der Haftungseinschränkung: betriebliche Tätigkeit, nicht aber Gefahrneigung der Tätigkeit
cc) Grundsätze der Haftungsverteilung: Verteilung nach mit dem Schadensereignis in Zusammenhang stehenden Billigkeitskriterien
dd) Abwägungsentscheidung: Ermittlung, Bewertung und Abwägung der relevanten Gesichtspunkte

d) Exkurs: Haftung im Außenverhältnis[883]

aa) Keine Haftungsbeschränkung im Außenverhältnis

- Durch eine Schlechtleistung des Arbeitnehmers können nicht nur Rechtsgüter des Arbeitgebers geschädigt, sondern auch **außenstehende Dritte** in ihrem Integritätsinteresse beeinträchtigt werden. Da zwischen dem Dritten und dem Arbeitnehmer regelmäßig keine Sonderverbindung besteht, haftet der Arbeitnehmer außenstehenden Dritten regelmäßig nur nach Deliktsrecht, wenn entweder geschützte, absolute Rechtsgüter verletzt werden (§ 823 Abs. 1 BGB) oder die Voraussetzungen einer schuldhaften Schutzgesetzverletzung vorliegen (§ 823 Abs. 2 BGB).
- Hier stellt sich die **Frage, ob die Grundsätze der Haftungseinschränkung auch im Außenverhältnis gelten**.
  - Nach einer in der Literatur vertretenen **Mindermeinung** soll eine solche **Drittwirkung generell oder zumindest dann anzunehmen sein, wenn Vertragspartner**, wie z.B. Betriebsmittelgeber, **des Arbeitgebers geschädigt werden**.[884] Gestützt wird dies auf einen Einwendungsdurchgriff nach dem Gedanken der wirtschaftlichen Einheit,[885] was allerdings schon deswegen nicht überzeugen kann, weil für den Dritten Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Einheit darstellen und nicht umgekehrt.
  - Richtigerweise ist mit der **h.M.**[886] die **Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung auf das Innenverhältnis beschränkt** und eine Außenwirkung gegenüber Dritten abzulehnen. Die Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung findet nämlich ihre Rechtfertigung in der Zurechnung des Betriebs- und Organisationsrisikos, das dem Arbeitgeber als verschuldensunabhängiger Zurechnungsfaktor haftungsrechtlich zugerechnet wird. Außenstehende Dritte können aber auf die Arbeitsläufe keinen Einfluss nehmen, sodass diesen gegenüber die entsprechende Anwendung von § 254 BGB als Grundlage einer Haftungsbeschränkung ausscheiden muss.
- Beispiel: Legt der Baggerfahrer eines von der Stadt beauftragten Bauunternehmens versehentlich den Rückwärtsgang ein und verursacht Schäden an städtischen Gebäuden, so haftet er deswegen genauso voll wie gegenüber verletzten Fußgängern.[887]

bb) Möglicherweise gesamtschuldnerische Haftung

- Sofern auch der Arbeitgeber dem Dritten zum Ersatz verpflichtet ist, ist zu prüfen, ob Arbeitnehmer und Arbeitgeber als **Gesamtschuldner** haften. Hierbei sind dann die **Grundsätze der eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung im Innenverhältnis** zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber **zu berücksichtigen**.

---

[883] Fallbeispiele: *Wank*, Übungen, Fall 7, S. 103, 106 f.
[884] *Pfeifer*, BB 1968, 132, 134; *Lorenz*, SAE 1971, 202, 204; *Hase*, AuR 1974, 364, 368; *Eberlein*, BB 1989, 621, 624; *Lorenz*, ZfB 1975, 491, 497, 499.
[885] *Denck*, JZ 1990, 175; *Gamillscheg*, AuR 1990, 167, 168.
[886] BGH v. 19.9.1989 – VI ZR 349/88, NJW 1989, 3273 = JuS 1990, 508; *Buchner*, RdA 1972, 153, 170; *Denck*, BB 1989, 1192, 1193; *Gerhard*, VersR 1971, 381, 386; *Heinze*, NZA 1986, 545, 549.
[887] BGH v. 19.9.1989 – VI ZR 349/88, ZIP 1989, 1483 = AuR 1990, 164.

Deliktische Schadensersatzansprüche

- Daneben kommen regelmäßig auch **Ansprüche aus Deliktsrecht** in Betracht, wenn der Arbeitnehmer geschützte Rechtsgüter des Arbeitgebers verletzt.
- Beispiel: Ein Berufskraftfahrer fährt bei "Rot" in den Kreuzungsbereich ein und verursacht einen Unfall, bei dem das Kraftfahrzeug des Arbeitgebers schwer beschädigt wird (= Eigentumsverletzung).[888]
- Demgegenüber sind **bloße Vermögensschädigungen**, die nicht auf einer Rechtsgutsverletzung beruhen, **nach § 823 Abs.1 BGB nicht ersatzfähig**.
- Beispiel: Eine Flugbegleiterin führt entgegen den einschlägigen Dienstvorschriften bei einem Flug in die USA keinen Reisepass mit sich, sodass die Einreisebehörde gegen das Luftfahrtunternehmen eine Einreisestrafe von 3.000 US-Dollar verhängt.[889]
- In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass zu den vom Deliktschutz umfassten Rechtsgütern des Arbeitgebers auch sein **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** gehört.[890] Allerdings wird damit nicht jede Störung des Betriebs ersatzpflichtig, sondern es muss sich um einen so genannten **betriebsbezogenen Eingriff** in den Gewerbebetrieb handeln. Das ist nur dann der Fall, wenn ein zielgerichteter **Eingriff gegen den Betrieb als solchen** vorliegt und Rechtsgüter betroffen werden, die vom Gewerbebetrieb nicht ohne weiteres ablösbar sind, z.B. wenn Arbeitnehmer in Tarifauseinandersetzungen den Betrieb des Arbeitgebers blockieren.[891]
- Schließlich können sich aus **§ 823 Abs. 2 BGB** Schadensersatzansprüche ergeben, wenn gegen **Schutzgesetze** verstoßen wird. Dies kommt etwa in Betracht, wenn ein Arbeitnehmer den Arbeitgeber strafbar nötigt (§ 240 StGB), erpresst (§ 253 StGB), Gegenstände vorsätzlich beschädigt (§ 303 StGB) oder Gelder veruntreut (§ 266 StGB). Regelmäßig liegen in diesen Fällen auch die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung i.S.v. § 826 BGB vor.[892]
- Die Grundsätze der **beschränkten Arbeitnehmerhaftung** beim innerbetrieblichen Schadensausgleich gelten **auch für deliktische Ansprüche**.[893]

§ 13 Sonstige Ansprüche

Fall:
v. Hoyningen-Huene, Der praktische Fall. Arbeitsrecht: Die Änderung der angenehmen Arbeitsbedingungen, JuS 1986, 139 ff.

- Auf Grund der sehr intensiven Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kommen neben den unter §§ 9 und 10 dargelegten Ansprüchen noch zahlreiche weitere Ansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer in Betracht, die hier naturgemäß nicht abschließend und in sämtlichen Einzelheiten behandelt werden können.[894] Vielmehr soll die **Erörterung auf einige wichtige Ansprüche beschränkt** bleiben, die in der universitären Ausbildung, aber auch in der Praxis in fast jedem Arbeitsverhältnis Bedeutung gewinnen können und daher von besonderer Relevanz sind.

[888] Vgl. BAG v. 12.11.1998 – 8 AZR 221/97, NZA 1999, 263 = NJW 1999, 966.
[889] Vgl. BAG v. 16.2.1995 – 8 AZR 493/93, NZA 1995, 565 = NJW 1995, 3204.
[890] BAG v. 21.6.1988 – 1 AZR 653/86, NZA 1988, 884 = NJW 1989, 61; BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 159, 479; *Fuchs*, Deliktsrecht, 2. Kap., A II 1.6, S. 66 ff.; Palandt/*Sprau*, § 823 BGB Rn. 20.
[891] BAG v. 21.6.1988 – 1 AZR 653/86, NZA 1988, 884 = NJW 1989, 61.
[892] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 10 Rn. 59.
[893] BAG v. 12.05.1960 – 2 AZR 78/58, RdA 1961, 41; MüKoBGB/*Henssler*, § 619a Rn. 21.
[894] Zum Überblick über die Nebenpflichten des Arbeitnehmers siehe Schaub/*Linck*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 53.

I. Rückzahlungsansprüche

1. Rückzahlungsklauseln

- Als Anspruchsgrundlage für die Rückzahlung an den Arbeitnehmer geleisteter Gelder kann zunächst eine vertragliche Vereinbarung, eine so genannte Rückzahlungsklausel, in Betracht kommen. Da sich der Arbeitnehmer den Arbeitslohn als Gegenleistung für seine Arbeitsleistung verdient hat, kann der Arbeitgeber gezahlten Lohn nicht beliebig zurückfordern. Gegenstand von Rückzahlungsklauseln können nur Leistungen sein, die der Arbeitgeber zwar im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erbracht hat, die aber nicht (ausschließlich) Gegenleistung für geleistete Arbeit gewesen sind, insbesondere Gratifikationen[895] sowie Aus- und Weiterbildungskosten.[896]

2. Rückzahlungsanspruch aus § 326 Abs. 4 i.V.m. §§ 346 bis 348 BGB

- Ist der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers gem. § 326 Abs. 1 BGB entfallen, weil seine Arbeitsleistung unmöglich geworden ist (§ 275 BGB) und keine anspruchserhaltende Gegennorm eingreift,[897] so muss der Arbeitgeber nicht leisten. **Hat er aber bereits geleistet**, z.B. weil er sich vertraglich zur Vorleistung verpflichtet hat, **so kann er den zu viel gezahlten Lohn** gem. § 326 Abs. 4 BGB i.V.m. §§ 346 bis 348 BGB **nach den Regelungen des Rücktrittsrechts zurückfordern**. Voraussetzung ist, dass der Gegenanspruch des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung erst nach der Zahlung erlischt, ansonsten handelt es sich um eine Zahlung auf eine Nichtschuld, deren Herausgabe § 812 BGB regelt.[898]

3. Bereicherungsansprüche

- Bestand **von vornherein kein Anspruch** des Arbeitnehmers auf die Lohnzahlung, so kann der Arbeitgeber dennoch gezahlten Lohn nach **Bereicherungsrecht** zurückfordern.

a) Lohnüberzahlung

- Zahlt der Arbeitgeber **mehr Lohn als vereinbart**, z.B. weil er den Arbeitnehmer irrtümlich in eine höhere Vergütungsgruppe eingruppiert hat,[899] dann steht ihm gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ein **Rückzahlungsanspruch** hinsichtlich der überzahlten Beträge zu.[900] Wurde z.B. ein Honorar für eine vermeintlich selbstständige Tätigkeit gezahlt, bei der im Nachhinein festgestellt wird, dass diese nicht selbstständig ist, kann die Differenz zur Arbeitnehmervergütung, die eigentlich zu zahlen gewesen wäre, zurückgefordert werden.[901] Lassen sich Anhaltspunkte für die eigentlich geschuldete Vergütung nicht finden, ist hierfür die „übliche Vergütung“ gem. § 612 Abs. 2 BGB heranzuziehen.[902]

---

[895] Dazu *Schaub*, ArbR-HdB, § 78 Rn. 43 ff.
[896] Dazu *Schaub*, ArbR-HdB, § 176 Rn. 18 ff.
[897] Siehe dazu oben § 7 III.
[898] MüKoBGB/*Ernst*, § 326 BGB Rn. 103.
[899] Fallbeispiel: *v. Hoyningen-Huene*, JuS 1986, 139, 142.
[900] BAG v. 12.1.1994 – 5 AZR 597/92, NJW 1994, 2636 ff.; MüHBAR/*Krause*, § 72 Rn. 1.
[901] BAG v. 26.6.2019 – 5 AZR 178/18, NJW 2020, 170.
[902] BAG v. 26.6.2019 – 5 AZR 178/18, NJW 2020, 170.

- Voraussetzung für den Rückzahlungsanspruch ist ein Irrtum des Arbeitgebers hinsichtlich der Lohnhöhe, z.B. auch bloßes Verrechnen oder die Annahme, es bestehe Anspruch auf den Tariflohn. Zahlt der Arbeitgeber hingegen **bewusst mehr als geschuldet**, ist eine **Rückforderung ausgeschlossen**. Hierzu bedarf es keines Rückgriffs auf die Kondiktionssperre des § 814 BGB; vielmehr kann in der bewussten Überzahlung ein entsprechendes Angebot des Arbeitgebers zur Vertragsänderung liegen, das vom Arbeitnehmer konkludent angenommen wird; es besteht dann ein Rechtsgrund für die Leistung.

b) **Urlaubsentgelt**

- Für Zeiten des **Erholungsurlaubs** steht dem Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber Anspruch auf Lohn ohne Arbeit zu. Lange Zeit heftig diskutiert wurde, ob der Arbeitnehmer zur Rückzahlung des Urlaubsentgelts verpflichtet ist, wenn er während des Urlaubs entgegen § 8 BUrlG eine dem **Zweck des Urlaubs widersprechende Erwerbstätigkeit** leistet. Das BAG ging in seiner früheren Rechtsprechung davon aus, dass der Arbeitnehmer das Urlaubsentgelt nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB zurückzahlen muss. Die Ausübung einer unzulässigen Erwerbstätigkeit schließe eine urlaubsgerechte Gestaltung der Freizeit als Zweck der Urlaubsgewährung aus.[903] Demgegenüber besteht nach der **neueren Rechtsprechung keine Rückzahlungsverpflichtung**.[904]
- Entscheidend hierfür spricht, dass **Rechtsgrund des Urlaubsentgelts** nicht §§ 1, 11 BUrlG sind, sondern **das Arbeitsverhältnis** i.V.m. § 611a Abs. 2 BGB. Dieses besteht aber auch während des Urlaubs fort. §§ 1, 11 BUrlG ordnen lediglich an, dass der Entgeltanspruch trotz Nichtleistung der Arbeit aufrecht erhalten bleibt, und zwar unabhängig davon, wie der Arbeitnehmer seinen Urlaub verbringt. Dieser neueren Rechtsprechung ist im Ergebnis auch deswegen zu folgen, weil die Erholung des Arbeitnehmers nicht der rechtlich relevante **Zweck des Urlaubs** ist. Unter Berücksichtigung des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und der Menschenwürde soll der Urlaub vielmehr dem Arbeitnehmer ermöglichen, eine bestimmte Zeitspanne im Jahr **über seine Freizeit unabhängig von der Arbeitspflicht disponieren** zu können.[905]
- Nach der Rechtsprechung des EuGH kann der Anspruch des Arbeitnehmers auf eine finanzielle Vergütung für nicht genommenen Urlaub im Wege der Erbfolge auf seine Rechtsnachfolger übergehen, da andernfalls der erworbene, durch Art. 31 Abs. 2 GRC und Art. 7 der RL 2003/88/EG geschützte Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub einschließlich seiner vermögensrechtlichen Komponente rückwirkend entfallen würde.[906] Die Erben können – entgegen der bisherigen Sichtweise des BAG[907] – damit **Urlaubsansprüche des verstorbenen Erblassers** in Form von Urlaubsabgeltungsansprüchen geltend machen.[908]

---

[903] BAG v. 19.7.1973 – 5 AZR 73/73, NJW 1973, 1995 = JuS 1973, 789.
[904] BAG v. 25.2.1988 – 8 AZR 596/8, NZA 1988, 607 ff. = NJW 1988, 2757 f.; BeckOK/*Lampe*, § 8 BUrlG Rn. 6.
[905] *Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, § 11 Rn. 10.
[906] EuGH (GK) v. 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16, NZA 2018, 1467 Rn. 38 ff., 62 – Stadt Wuppertal ua./Bauer ua.; EuGH v. 12.6.2014 – C-118/13, EuZW 2014, 590 Rn. 22 ff. – Bollacke; siehe auch GA *Bot*, Schlussantrag v. 29.5.2018 – C-569/16, C-570/16, BeckRS 2018, 9605 Rn. 23 ff.; vgl. ferner die Vorlagebeschlüsse des BAG in den Rs. C-569/16 und C-570/16, BAG v. 18.10.2016 – 9 AZR 45/16 (A), BeckRS 2016, 74836; BAG v. 18.10.2016 – 9 AZR 196/16 (A), NZA 2017, 207.
[907] Siehe etwa BAG v. 12.3.2013 – 9 AZR 532/11, NZA 2013, 678 Rn. 12 ff. Hiernach geht der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers-Erblassers mit seinem Tod unter und kann sich nicht in einen Abgeltungsanspruch i.S.v. § 7 Abs. 4 BUrlG umwandeln. Zustimmend *Höpfner*, RdA 2013, 65, 70 m.w.N. zur Gegenansicht (Fn. 284).
[908] Zur Frage der Vererbbarkeit von Urlaubsabgeltungsansprüchen des Arbeitnehmers siehe *Fuhlrott*, EuZW 2018, 1054 f.; *Gooren/Rudkowski*, NJW 2017, 1149 ff.; *Kamanabrou*, RdA 2017, 162 ff.; EUArbR/*Gallner*, Art. 7 RL 2003/88/EG Rn. 37 ff.; *Ricken*, NZA 2014, 1361 ff.; *Pötters*, EuZA 2014, 591 f.

II. Vertragsstrafen

Literatur:	Rechtsprechung:
Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, §§ 56, 57	BAG v. 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727 ff.

- Die Vertragsstrafe (vgl. §§ 339 ff. BGB) verfolgt nach h.M. einen **doppelten Zweck**. Sie soll einerseits auf den Schuldner **Druck ausüben**, die vertraglich übernommenen Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen. Andererseits soll sie den Gläubiger aber auch **von dem konkreten Nachweis entbinden, dass ihm und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist**.[909] Das BAG sieht solche Vertragsstrafenvereinbarungen zugunsten des Arbeitgebers für zulässig an, wenn dadurch die Einhaltung der arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers sichergestellt werden soll.[910]
- Dies gilt nach h.M. auch für **Vertragsstrafenabreden in AGB**.[911] Zwar erklärt § 309 Nr. 6 BGB Vertragsstrafen für gewisse Fälle in AGB für unzulässig, u.a. dafür, dass sich der andere Vertragsteil vom Vertrag löst. Allerdings sind bei der Inhaltskontrolle von Formulararbeitsverträgen gemäß § 310 Abs. 4 Satz 2 Hs. 2 BGB die **Besonderheiten des Arbeitsrechts** zu berücksichtigen. Daher sind Vertragsstrafen nach h.M. in AGB zulässig, weil einerseits der Arbeitgeber im Regelfalle seinen Schaden nur mit erheblichen Schwierigkeiten oder gar nicht nachweisen und andererseits die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers wegen § 888 Abs. 3 ZPO nicht auf dem Rechtsweg durchgesetzt werden kann.[912]
- Allerdings unterliegen Vertragsstrafen der **allgemeinen Inhaltskontrolle** nach § 307 Abs. 1 BGB. Sie müssen daher **transparent** sein (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), d.h. das mit der Strafabrede sanktionierte Verhalten des Arbeitnehmers muss so konkret bezeichnet sein, dass dieser sein Verhalten danach einrichten kann.[913] Überdies muss die Höhe der Vertragsstrafe **angemessen** sein. Bei einer unberechtigten Vertragsaufsage durch den Arbeitnehmer darf daher grds. nicht mehr als ein Bruttomonatsgehalt Vertragsstrafe verwirkt werden. Eine Reduktion einer unwirksamen, weil unangemessen hohen Vertragsstrafe gem. § 343 BGB ist nicht möglich.[914]

III. Unterlassungsansprüche

1. Verschwiegenheitspflicht – Whistleblowing

- Der Arbeitnehmer ist aus dem **Arbeitsverhältnis i.V.m. § 242 BGB** verpflichtet, über solche Tatsachen, Vorgänge und Informationen Stillschweigen zu bewahren, die er in Ausübung seiner Tätigkeit erfahren hat und an deren Geheimhaltung ein berechtigtes, schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers besteht. Die **Verschwiegenheitspflicht** erfasst über die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse i.S.v. § 17 Abs. 2 UWG hinaus sämtliche Angelegenheiten, die dem Arbeitnehmer in Zusammenhang mit seiner Stellung im Betrieb bekannt geworden sind und deren Geheimhaltung im Interesse des Arbeitgebers geboten ist.[915]

---

[909] MüKoBGB/*Gottwald*, Vor § 339, Rn. 6.
[910] BAG v. 5.2.1986 – 5 AZR 564/84, NZA 1986, 782; BAG v. 13.6.1990 – 5 AZR 304/89, BeckRS 1990, 30734422.
[911] Ständige Rspr. seit BAG v. 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727, 729; ErfK/*Müller-Glöge*, § 345 BGB Rn. 8; a.A. DBD/*Däubler*, § 309 Nr. 6 BGB Rn. 6 f.
[912] BAG v. 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727, 731 f.
[913] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 54 Rn. 2470.
[914] BAG v. 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727, 734.
[915] Vgl. nur *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, § 9 III 3 d cc (2), S. 340 m.w.N.

- Problematisiert in diesem Zusammenhang wird, ob der Arbeitnehmer rechtswidriges Handeln des Arbeitgebers den zuständigen Behörden oder der Öffentlichkeit anzeigen darf, insbesondere im Sozialversicherungs-, Steuer- und Umweltrecht (sog. **Whistleblowing**).[916] Während das BAG früher eine solche Anzeige stets als Verstoß gegen die Rücksichtspflichten und damit als vertragswidrig eingeordnet hat,[917] differenziert man inzwischen: Besteht eine **gesetzliche Anzeigepflicht**, ist die Anzeige also nach höherrangigem Recht geboten, dann **kann der Arbeitsvertrag hiervon nicht abweichen**. **Im Übrigen** wird man unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten den Arbeitnehmer **zunächst** für verpflichtet halten müssen, **innerbetrieblich auf Abhilfe zu drängen**; nur ausnahmsweise ist eine sofortige Anzeige zulässig, z.B. wenn der Arbeitgeber bewusst und gewollt gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen hat.[918]

2. Wettbewerbsverbot

- Dem Arbeitnehmer ist es **auch außerhalb seiner Arbeitszeit untersagt**, im Handelszweig des Arbeitgebers **ein konkurrierendes Handelsgewerbe zu betreiben** bzw. Geschäfte für eigene oder fremde Rechnung zu tätigen. Dies ist für Handlungsgehilfen gesetzlich in § 60 HGB normiert. Für andere Arbeitnehmer sollte sich diese Verpflichtung aus der **arbeitsvertraglichen Leistungszusage**[919] **i.V.m. § 242 BGB;**[920] die neuere Rechtsprechung wendet § 60 HGB analog an.[921]
- Tritt ein Arbeitnehmer in Konkurrenz zu seinem Arbeitgeber, dann kann dieser auf Unterlassung klagen[922] und den hierdurch entstandenen Schaden ersetzt verlangen, soweit der Arbeitnehmer den Wettbewerbsverstoß zu vertreten hat[923]. Da im Einzelfall der Nachweis eines durch den Verbotsverstoß entstandenen Schadens schwierig werden kann, gewährt **§ 61 Abs. 1 Hs. 2 HGB** dem Arbeitgeber das **Recht statt Schadensersatz zu fordern, in die vom Arbeitnehmer geschlossenen Geschäfte einzutreten**; der Handlungsgehilfe ist dann verpflichtet, den Nettogewinn der wettbewerbswidrigen Geschäfte an den Arbeitgeber abzuführen. Diese Regelung findet auf Arbeitnehmer, die keine Handlungsgehilfen sind, entsprechende Anwendung, weil letztlich die §§ 60 f. HGB für ein besonderes Arbeitsverhältnis den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben spezialgesetzlich konkretisieren.[924]
- Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot kann ebenfalls vertraglich vereinbart werden, bedarf dann aber gem. § 74 Abs. 1 HGB der Schriftform.[925]

---

[916] ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 716 f.
[917] BAG v. 5.2.1959 – 2 AZR 60/56, NJW 1961, 44.
[918] ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 716 f.
[919] Dazu *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, § 9 III 7 c bb, S. 348.
[920] *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, § 9 III 7 c bb, S. 348; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 159. – Für eine analoge Anwendung von § 60 HGB Palandt/*Weidenkaff*, § 611 BGB Rn. 42 a.
[921] BAG v. 17.10.2012 – 10 AZR 809/11, NZA 2013, 207 Rn. 13.
[922] BAG v. 17.10.1969 – 3 AZR 442/68, BB 1970, 214.
[923] BAG v. 21.10.1970 – 3 AZR 479/69, BB 1971, 86.
[924] BAG v. 17.10.2012 – 10 AZR 809/11, NZA 2013, 207 Rn. 13; MüHBAR/*Reichold*, § 54 Rn. 22 f; *Buchner*, AR-Blattei SD 1830.2 Rn. 169 ff.; *Schaub*, ArbR-HdB, § 55 Rn. 10, 22; a.A. BAG v. 21.10.1970 – 3 AZR 479/69, BB 1971, 86.
[925] BAG, v. 19.12.2018 – 10 AZR 130/18, NJW 2019, 1394.

3. Nebentätigkeiten

Literatur:
Hunold, Rechtsprechung zur Nebentätigkeit des Arbeitnehmers, NZA-RR 2002, 505 ff.

- Der Arbeitnehmer stellt seinem Arbeitgeber nicht seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung, sondern muss nur innerhalb der vereinbarten Arbeitszeit die versprochenen Dienste leisten.[926] Daher **darf er grds. Nebentätigkeiten ausüben**; **soweit diese nicht mit seiner Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis kollidieren**.[927] Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer durch die Nebentätigkeit tatsächlich oder rechtlich an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert würde oder die Arbeitsleistung als solche hierunter leiden müsste.
- Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit könnten zwar über die gesetzlichen Beschränkungen hinaus Nebentätigkeitsverbote grundsätzlich auch frei vereinbart werden; allerdings würde das Verbot jedweder Nebentätigkeit den Arbeitnehmer unzulässig in seiner grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit beschneiden und daher sittenwidrig sein (§ 138 BGB). Es dürfen nur solche Nebentätigkeiten untersagt werden, die berechtigte, schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigen.[928] Sachlich kann also das **Nebentätigkeitsverbot durch vertragliche Vereinbarung nur geringfügig über die gesetzlichen Grenzen hinaus** erstreckt werden.

4. Auskunfts- und Mitteilungsansprüche

- Den Arbeitnehmer können im Rahmen des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Arbeitgeber Auskunfts- und Mitteilungspflichten treffen. **Auskunftspflichten** beinhalten die Pflicht, auf Verlangen des anderen Teils diesen selbst (oder auch Dritte) über bestimmte, mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehende Vorgänge oder Tatsachen zu informieren. Demgegenüber sind **Mitteilungs- oder Aufklärungspflichten** unaufgefordert, spontan zu erfüllen.
- Ein allgemeiner Auskunftsanspruch dahingehend, den anderen Teil über sämtliche, für seine Rechtsstellung bedeutsamen Tatsachen zu informieren, besteht auch im Arbeitsverhältnis nicht.[929] Vielmehr **setzt** jede Auskunfts- oder Mitteilungsverpflichtung **eine normative** (Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung) **oder rechtsgeschäftliche** (Arbeitsvertrag) **Rechtsgrundlage voraus**. Im Einzelfall kann sich allerdings unter ganz eingeschränkten Voraussetzungen auch ohne konkrete normative oder rechtsgeschäftliche Grundlage eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung aus **Treu und Glauben** (§ 242 BGB) ergeben, die folgende Voraussetzungen hat:[930]

1. Sonderverbindung, hier das Arbeitsverhältnis.
2. Berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers an der Auskunft; dies ist dann der Fall, wenn die Auskunft sich auf das Bestehen oder den Umfang von Rechten aus dem Arbeitsverhältnis bezieht.
3. Keine andere zumutbare Möglichkeit des Arbeitnehmers, die Information zu erlangen.
4. Der Arbeitgeber muss unschwer in der Lage sein, die erforderliche Auskunft zu erteilen.

[926] *Schaub*, ArbR-HdB, § 42 Rn. 3; *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, § 9 III 7 c cc, S. 349.
[927] BAG v. 18.1.1996 – 6 AZR 314/95, NZA 1997, 41, 42.
[928] BAG v. 18.11.1988 – 8 AZR 12/86, NZA 1989, 389, 390 = NJW 1989, 1692, 1693 f.
[929] BAG v. 15.2.1962 – 5 AZR 79/61, NJW 1962, 1365; *Boemke*, AR-Blattei SD 320 Rn. 9 ff.
[930] Siehe für die Auskunftsansprüche des Arbeitnehmers § 8 IV.

4. Teil: Beendigung des Arbeitsverhältnisses

§ 14 Beendigungsgründe

I. Überblick

- Das Arbeitsverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis, da es auf ein andauerndes Verhalten oder auf wiederkehrend geschuldete Leistungen der Vertragsparteien ausgerichtet ist.[931] Der Gesamtumfang der Leistungen hängt von der Dauer der Rechtsbeziehung ab. Während der andauernden Rechtsbeziehung entstehen ständig neue Leistungs-, Neben- und Schutzpflichten.[932] Folgerichtig endet ein Dauerschuldverhältnis im Gegensatz zu den typischen „normalen" Schuldverhältnissen nicht mit der Erfüllung der einmaligen Leistungspflicht.[933] Es bedarf vielmehr eines Beendigungstatbestands.
- Das Arbeitsverhältnis kann enden durch:
  - Auflösungsvertrag (Vertragsfreiheit);
  - Ordentliche Kündigung (§§ 620 ff. BGB);
  - Außerordentliche Kündigung (§ 626 BGB);
  - Ablauf einer Befristung (§§ 3, 14 ff. TzBfG);
  - Anfechtung (§§ 119, 123 BGB);
  - Tod des Arbeitnehmers (§ 613 S. 1 BGB);
  - Durch gerichtliche Entscheidung (§ 9 KSchG, § 100 Abs. 3 BetrVG[934]);
  - Sonderfall: Änderungskündigung § 2 KSchG.
- Die Beendigung ist dogmatisch zu unterscheiden von der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages gem. §§ 125, 134, 138 BGB. Die Anfechtung wirkt im Arbeitsverhältnis grds. nur ex nunc, weshalb sie insoweit mit einer Beendigung vereinbar ist.

II. Auflösungsvertrag

Literatur:	Rechtsprechung:
Kamanabrou, Eindeutig kein Widerrufsrecht bei Aufhebungsverträgen am Arbeitsplatz?, NZA 2016, 919 ff. *Kroeschell*, Die neuen Regeln bei Aufhebungs- und Abwicklungsvereinbarungen, NZA 2008, 560 ff. *Rolfs*, Schriftform für Kündigungen und Beschleunigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, NJW 2000, 1227 ff.	BAG v. 27.11.2003 – 2 AZR 135/03, NZA 2004, 597 ff. BAG v. 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348 ff. BAG v. 23.11.2006 – 8 AZR 349/06, NZA 2007, 866 ff.

1. Begriff und Abschluss des Auflösungsvertrags

- Der Gesetzgeber nennt in § 623 Hs. 1 BGB neben der einseitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses – also der Kündigung (dazu unten § 15) – den Auflösungsvertrag als weiteren Beendigungstatbestand. Die Möglichkeit einer **einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses** ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (§§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 1 BGB).[935]

[931] BeckOK BGB/*Sutschet*, § 241 BGB Rn. 27.
[932] BeckOK BGB/*Sutschet*, § 241 BGB Rn. 27 f.
[933] *Lieb/Jacobs*, Arbeitsrecht, Rn 331.
[934] ErfK/*Kania*, § 100 BetrVG Rn. 9; *Fitting*, § 100 BetrVG Rn. 18 f.
[935] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 347.

- Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Auflösungsvertrag bedarf gem. § 623 Hs. 1 BGB zu ihrer Wirksamkeit der **Schriftform** (§§ 623, 126, 125 S. 1 BGB). Die **elektronische Form** ist gem. § 623 Hs. 2 BGB **ausgeschlossen**. Nach dem Wortlaut gilt § 623 BGB nicht für echte Dienstverträge über selbständige Tätigkeiten.[936]
- Das Schriftformerfordernis hat eine **Beweisfunktion** über den Abschluss eines Auflösungsvertrags und seinen Inhalt sowie eine **Warnfunktion**.[937] Bei Aufhebungsverträgen, die unter den Begriff des Auflösungsvertrags fallen (dazu sogleich), müssen die Unterschriften beider Parteien gem. § 126 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 BGB auf derselben Urkunde enthalten sein.[938] Anders als nach § 127 BGB ist der Austausch einseitiger Erklärungen nicht ausreichend.[939] Die Zahlung einer im Aufhebungsvertrag vereinbarten Abfindung führt ebenfalls nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, da die einseitige Erfüllung eines formunwirksamen Vertrags den Formmangel nicht heilt.[940]
- Der Terminus „Auflösungsvertrag" gem. § 623 BGB umfasst als Oberbegriff insbesondere den praktisch weit verbreiteten **Aufhebungsvertrag**. Durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages wird das Arbeitsverhältnis als „actus contrarius" zur Begründung des Arbeitsverhältnisses beendet.[941] Eine solche einvernehmliche Beendigung bewirkt, dass die Vertragsparteien nicht an die für eine Kündigung geltenden Beschränkungen gebunden sind (insb. Kündigungsschutz und Mitwirkung des Betriebsrats).[942] Eine weitere Besonderheit besteht darin, dass die Arbeitnehmer in ungekündigter Stellung aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden und sie u.U. eine Abfindung aushandeln können.[943] Für Arbeitnehmer kann der Abschluss eines Aufhebungsvertrags jedoch auch mit Nachteilen verbunden sein. Als wichtigste sozialversicherungsrechtliche Folge kommt ein **Verlust des Anspruchs auf Arbeitslosengeld** in Betracht.[944] Für den Arbeitgeber können sich diesbezüglich gesteigerte Hinweis- und Aufklärungspflichten als vertragliche Nebenpflichten i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB ergeben, vor allem, wenn der Aufhebungsvertrag auf seine Initiative und in seinem Interesse zustande kommt.[945]
- Als Auflösungsverträge sind regelmäßig auch **Klageverzichtsvereinbarungen** anzusehen, die in unmittelbarem zeitlichem und sachlichem Zusammenhang mit dem Ausspruch einer Kündigung geschlossen werden.[946] Auch solche Vereinbarungen unterliegen dem Schriftformerfordernis des § 623 BGB. Die Klageverzichtserklärung muss somit von beiden Vertragsparteien unter den in § 623 BGB enthaltenen Voraussetzungen unterzeichnet werden.
- Demgegenüber sind sog. **Abwicklungsverträge** nicht vom Formerfordernis des § 623 BGB erfasst, sofern sie bei einer wirksamen Kündigung lediglich die Modalitäten der Vertragsbeendigung regeln.[947] Denn der auflösende und der Schriftform bedürftige Akt ist in solchen Fallgestaltungen weiterhin die wirksame Kündigung.

---

[936] ErfK/*Müller-Glöge*, § 620 BGB Rn. 11; MüKoBGB/*Henssler*, § 623 BGB Rn. 6.
[937] BAG v. 23.11.2006 – 6 AZR 394/06, NZA 2007, 466 Rn. 21.
[938] BAG v. 23.11.2006 – 6 AZR 394/06, NZA 2007, 466 Rn. 22.
[939] *Rolfs*, NJW 2000, 1227, 1228. Gem. § 126 Abs. 3 i.V.m. § 127a BGB kann die notarielle Beurkundung bei gerichtlichen Auflösungs- und Abfindungsvergleichen jedoch durch die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der ZPO errichtetes Protokoll ersetzt werden.
[940] *Rolfs*, NJW 2000, 1227, 1228.
[941] *Ring/Vogel*, Individualarbeitsrecht, Rn. 288.
[942] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 347.
[943] *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, Rn. 661.
[944] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 431.
[945] Vgl., die Verletzung einer Aufklärungspflicht i.E. verneinend, BAG v. 23.9.2003 – 3 AZR 658/02, BeckRS 2004, 40049; BAG v. 22.4.2004 – 2 AZR 281/03, NJOZ 2004, 4096, 4098.
[946] Vgl. BAG v. 19.4.2007 – 2 AZR 208/06, NZA 2007, 1227 Rn. 15 ff.; insb. zur AGB-Kontrolle vorformulierter Klageverzichtsklauseln siehe *Kroeschell*, NZA 2008, 560 ff.
[947] Vgl. BAG v. 23.11.2006 – 6 AZR 394/06, NZA 2007, 466; *Rolfs*, NJW 2000, 1227; BeckOGK/*Klumpp*, § 623 BGB Rn. 34.

2. Wirksamkeit

- Die Rechtsfolge der Beendigung tritt nur ein, wenn der Auflösungsvertrag **wirksam** ist. Die folgenden Ausführungen beziehen sich insbesondere auf den praktisch bedeutsamen **Aufhebungsvertrag**.

a) Widerrufsrecht

- Einen wirksam geschlossenen Aufhebungsvertrag kann der Arbeitnehmer **nicht widerrufen**.[948] Dies gilt unabhängig davon, dass Arbeitnehmer nach h.A. als Verbraucher einzustufen sind (siehe dazu § 3 I. 1. b).[949] Zwar steht Verbrauchern bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ein Widerrufsrecht gem. den §§ 312, 312b, 312g, 355 BGB zu. Diese Vorschriften sind allerdings für arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge nicht einschlägig, da diese Verträge regelmäßig am Arbeitsplatz und somit in den Geschäftsräumen des Arbeitgebers geschlossen werden. Der Arbeitnehmer muss insoweit nämlich mit dem vertragsbezogenen Ansinnen des Arbeitgebers rechnen.[950] Er unterliegt keiner vergleichbaren Überrumpelungsgefahr wie ein Verbraucher, der sich an Vertragsverhandlungen zu ungewöhnlichen Zeiten oder an ungewöhnlichen Orten beteiligt.[951] Das BAG hat es bereits früher mit überzeugenden Argumenten abgelehnt, arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge als Haustürgeschäfte i.S.d. § 312 BGB i.d.F. bis zum 12.6.2014 einzustufen.[952] Zwar könnten arbeitsrechtliche Vereinbarungen auf den ersten Blick von § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F. erfasst sein, soweit die Norm von Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern sprach, die am „Arbeitsplatz" geschlossen werden. **Eine Erstreckung des Widerrufsrechts auf arbeitsrechtliche Beendigungsvereinbarungen widerspreche jedoch Sinn und Zweck der §§ 312 ff. BGB**. Diese Normen enthielten vertragstypenbezogenes Verbraucherschutzrecht, das nur „besondere Vertriebsformen" erfasse. Beim Abschluss einer Beendigungsvereinbarung im Betrieb sei eine dem Haustürgeschäft vergleichbare Situation grds. nicht gegeben, da von einer Überraschung auf Grund des Verhandlungsorts nicht ausgegangen werden könne.

b) Anfechtung

- Ein Aufhebungsvertrag kann nach den §§ 119 und 123 BGB angefochten werden. Gem. § 119 Abs. 1 BGB kann eine Willenserklärung angefochten werden, wenn der Anfechtende in der Erklärungshandlung (Alt. 1) oder der Äußerung des Geschäftswillens einem **Irrtum** unterliegt (Alt. 2).[953] Ein Inhaltsirrtum des Arbeitnehmers etwa beim Unterschreiben eines nicht gelesenen Auflösungsvertrags berechtigt gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB dann zur Anfechtung, wenn der Arbeitnehmer beim Unterzeichnen eine vom tatsächlichen Inhalt abweichende Vorstellung hatte.[954] Die Fehlvorstellung des Arbeitnehmers über die sozialversicherungsrechtlichen Folgen des Vertrages stellt einen grds. unbeachtlichen Rechtsfolgenirrtum dar, der nicht zur Anfechtung berechtigt.[955]

---

[948] *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, Rn. 663.
[949] BAG v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111.
[950] *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, Rn. 663.
[951] Vgl. BAG v. 22.4.2004 – 2 AZR 281/03, NJOZ 2004, 4096, 4100.
[952] Zum Nachstehenden BAG v. 22.4.2004 – 2 AZR 281/03, NJOZ 2004, 4096, 4099 f.
[953] Siehe zur Unterscheidung zwischen einem Inhaltsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB und einem Erklärungsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 12, S. 171 f.
[954] Vgl., zur Anfechtung eines vom Arbeitnehmer irrtümlich unterschriebenen Klageverzichts, BAG v. 27.8.1970 – 2 AZR 519/69, NJW 1971, 639, 640; BAG v. 5.4.1990 – 2 AZR 337/89, BeckRS 1990, 30916846.
[955] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 348; vgl. auch *Ring/Vogel*, Individualarbeitsrecht, Rn. 288.

- Hat der Arbeitgeber den Entschluss des Arbeitnehmers zum Vertragsschluss durch **Täuschung** hervorgerufen, kann letzterer den Auflösungsvertrag nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechten.[956] Auch hier kann die unterbliebene Belehrung durch den Arbeitgeber etwa über sozialversicherungsrechtliche Folgen der Kündigung nicht als arglistige Täuschung qualifiziert werden, da der Arbeitgeber weder eine generelle Aufklärungspflicht noch eine solche als Ausprägung seiner Fürsorgepflicht hat.[957]
- In Betracht kommt weiterhin eine Anfechtung des Auflösungsvertrags wegen **Drohung** gem. § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB. Die Drohung kann bspw. im Inaussichtstellen einer Strafanzeige durch den Arbeitgeber[958] oder in einer ansonsten erfolgenden fristlosen Kündigung liegen.[959] Im letzteren Fall ist die Androhung des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis außerordentlich zu kündigen, wenn der Arbeitnehmer nicht selbst kündige oder einen Aufhebungsvertrag schließe, als Ankündigung eines künftigen empfindlichen Übels zu bewerten, dessen Verwirklichung in der Macht des ankündigenden Arbeitgebers liegt.[960] Der bedrohte Arbeitnehmer muss sich in einer Zwangslage fühlen, in der er nur noch zwischen zwei Übeln entscheiden kann, von denen ihm der Aufhebungsvertrag als das geringere Übel erscheint.[961] Da die Kündigung an sich ein zulässiges Mittel für die Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses ist, ergibt sich die Widerrechtlichkeit einer Kündigungsandrohung in solchen Fallgestaltungen regelmäßig erst aus der Inadäquanz von Mittel und Zweck.[962] So ist eine Drohung mit einer außerordentlichen Kündigung nur dann als widerrechtlich i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB zu betrachten, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche Kündigung nicht ernsthaft in Erwägung ziehen durfte.[963] Bedeutsam ist somit, inwiefern der Arbeitgeber unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles davon ausgehen musste, die angedrohte Kündigung würde im Falle ihres Ausspruchs einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit standhalten oder nicht.[964] In der letztgenannten Fallgestaltung darf der Arbeitgeber die außerordentliche Kündigungserklärung nicht in Aussicht stellen, um den Arbeitnehmer auf diesem Wege zum Abschluss einer Beendigungsvereinbarung zu veranlassen. Die geschilderte Sichtweise des BAG stimmt mit der Rechtsprechung des BGH überein, wonach die Drohung mit einem im Zivilrecht erlaubten Mittel wie vorliegend einer Kündigung nur dann widerrechtlich ist, wenn der Drohende selbst nicht an seine Berechtigung glaubt oder sein Rechtsstandpunkt nicht mehr vertretbar ist.[965]

III. Nichtigkeit des Arbeitsvertrages

- Siehe oben § 6 V. Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis.

---

[956] *Ring/Vogel*, Individualarbeitsrecht, Rn. 288.
[957] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 348.
[958] *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, Rn. 663.
[959] Siehe zur außerordentlichen Kündigung unten § 15 IV.
[960] Ständige Rspr., siehe BAG v. 6.12.2001 – 2 AZR 396/00, NZA 2002, 731, 732 f. m.w.N.
[961] Siehe BAG v. 23.11.2006 – 6 AZR 394/06, NZA 2007, 466, 469 f. Sofern die Kündigung bereits ausgesprochen wurde, bevor Verhandlungen über einen Aufhebungsvertrag aufgenommen wurden, fehlt es schon begrifflich an einer Drohung. Allerdings kann unter besonderen Umständen wie bei einem engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss eines Aufhebungsvertrags auch eine schon erklärte Kündigung als Androhung eines künftigen Übels fortwirken.
[962] Vgl. BAG v. 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348, 353. Neben der Inadäquanz von Zweck und Mittel, sog. Zweck-Mittel-Relation, kann sich die Widerrechtlichkeit aus dem angedrohten Mittel oder dem erstrebten Zweck ergeben, siehe etwa BGH v. 19.4.2005 – X ZR 15/04, NJW 2005, 2766, 2767 aE.
[963] BAG v. 6.12.2001 – 2 AZR 396/00, NZA 2002, 731, 733; BAG v. 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348, 353.
[964] Zum Folgenden BAG v. 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348, 353.
[965] BGH v. 19.4.2005 – X ZR 15/04, NJW 2005, 2766, 2768 f.

IV. Anfechtung des Arbeitsvertrages

- Siehe oben § 6 V. Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis.

V. Tod

1. Arbeitnehmer

- Im Fall des Todes des Arbeitnehmers wird das Arbeitsverhältnis **beendet**. Gem. § 613 S. 1 BGB ist die **Arbeitspflicht im Zweifel höchstpersönlich** (siehe bereits § 11 I. 2. a).[966] Sofern die Vertragsparteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben, ist nur der vertragschließende Arbeitnehmer zur Erfüllung der Arbeitsleistung berechtigt und verpflichtet.[967] Der Arbeitgeber kann von den Erben des Arbeitnehmers folgerichtig keine Dienstleistungen verlangen. Die Erben haben ihrerseits keinen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit ihnen.[968]
- **Vermögensrechtliche Ansprüche** des Arbeitgebers, die nicht die Arbeitsleistung betreffen, müssen die Erben aufgrund der **Erbenhaftung** nach § 1967 BGB erfüllen (z.B. Herausgabe von Arbeitsgeräten, Unterlagen usw.).[969] Auch sind die Ansprüche des Arbeitnehmers auf das Arbeitsentgelt als Vermögenspositionen i.S.v. § 1922 BGB vererblich und gehen prinzipiell auf die Erben über.[970] Stirbt der Arbeitnehmer nach Klageerhebung und hängen die Entgeltansprüche bis zu seinem Tode vom Ausgang des Kündigungsrechtsstreits ab, können die Erben den Prozess fortführen, da sie ein Interesse daran haben, die Sozialwidrigkeit der Kündigung feststellen zu lassen.[971] Anders ist dies, wenn der Arbeitnehmer bei einer ordentlichen Kündigung während des Prozesses noch vor Ablauf der Kündigungsfrist stirbt, denn dann erreicht das Arbeitsverhältnis mit dem Tod des Arbeitnehmers sein Ende, kann also nicht mehr durch die Kündigung aufgelöst werden.[972]
- Ein in der Person des Arbeitnehmers begründeter Anspruch auf **Urlaubsabgeltung** geht nach neuerer Rspr. des EuGH beim Tod des Arbeitnehmers auf seine Erben über.[973] Der EuGH sieht den von einem Arbeitnehmer erworbenen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub – unter seinem finanziellen Aspekt betrachtet – als rein vermögensrechtlichen Anspruch an. Der tatsächliche Zugriff auf diesen vermögensrechtlichen Bestandteil des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub dürfe dem Vermögen des Arbeitnehmers und in der Folge denjenigen, auf die es im Wege der Erbfolge übergehen soll, durch den Tod des Arbeitnehmers nicht rückwirkend entzogen werden.[974]

2. Arbeitgeber

- Gem. § 613 S. 2 BGB ist der Anspruch des Arbeitgebers auf die Dienste im Zweifel **nicht übertragbar** und deshalb weder **abtretbar** noch **pfändbar** (§§ 399, 400 BGB, §

[966] Für Beispiele einer Abweichung vom Prinzip der persönlichen Arbeitsleistung siehe *Linck*, in: Schaub, ArbR-HdB, § 45 Rn. 3.
[967] Zu den Rechtsfolgen einer unberechtigten Übertragung der Arbeitsleistung auf einen Dritten siehe *Linck*, in: Schaub, ArbR-HdB, § 45 Rn. 4.
[968] MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 613 BGB Rn. 10.
[969] ErfK/*Preis*, § 613 BGB Rn. 5.
[970] LAG Hamm v. 19.9.1986 – 16 Sa 833/86, NZA 1987, 669; ErfK/*Preis*, § 613 BGB Rn. 5. Zur Vererbbarkeit von Urlaubsabgeltungsansprüchen siehe oben § 13 I. 3. b).
[971] LAG Hamm v. 19.9.1986 – 16 Sa 833/86, NZA 1987, 669.
[972] LAG Hamm v. 19.9.1986 – 16 Sa 833/86, NZA 1987, 669.
[973] EuGH v. 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16, NZA 2018, 1467 – Bauer u. a.
[974] EuGH v. 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16, NZA 2018, 1467 Rn. 48 – Bauer u. a.

851 ZPO).[975] § 613 S. 2 BGB dient allein dem Schutz des Arbeitnehmers. Seine Entscheidung, ob und in welcher Weise er seine Arbeitskraft einsetzt, gehört zum Bereich höchstpersönlicher Lebensführung, der dem Zugriff der Gläubiger entzogen ist.[976] Der Arbeitnehmer braucht deshalb nicht einer die Grenzen des Arbeitsvertrags überschreitenden Ausübung des Direktionsrechts zu folgen, wenn etwa der Arbeitgeber die Leistungserbringung bei einem Dritten anordnet. Eine Durchbrechung der Auslegungsregel des § 613 S. 2 BGB beinhaltet **§ 613a BGB**. Hiernach geht bei einer Übertragung des Betriebs des Arbeitgebers auf einen Dritten das Arbeitsverhältnis auf den neuen Betriebsinhaber über. Zum Schutz des Arbeitnehmers gewährt § 613a Abs. 6 BGB diesem jedoch das Recht, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen.

- Aus dem Grundsatz der Unübertragbarkeit des Anspruchs auf die Dienstleistung folgt nicht zwingend seine Unvererblichkeit.[977] Vielmehr **geht beim Tod des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis regelmäßig auf dessen Erben über** und erlischt nicht. Dies gilt allerdings nicht, wenn die Arbeitsleistung untrennbar mit der Person des Arbeitgebers verbunden ist (bspw. Behindertenpflege, Privatsekretär).

VI. Ablauf einer Befristung

- Das Arbeitsverhältnis kann ebenso durch den Ablauf einer Befristung beendigt werden. Gem. § 620 Abs. 3 BGB gilt für Arbeitsverträge, die auf bestimmte Zeit abgeschlossen wurden, das **Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)**. Das Gesetz unterscheidet zum einen in Zeitbefristungen, d.h. Fristen, deren Dauer nach dem Kalender berechnet wird (§ 3 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 TzBfG), zum anderen in Zweckbefristungen, bei denen sich die Dauer des Arbeitsverhältnisses aus Art, Zweck oder Beschaffenheit der Arbeitsleistung ergibt (§ 3 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 TzBfG).

1. **Form**

- Für die wirksame Befristung eines Arbeitsverhältnisses bedarf es der **Schriftform**, § 14 Abs. 4 TzBfG. Dabei muss lediglich in Bezug auf die Befristungsabrede, nicht auf den gesamten Arbeitsvertrag, die Schriftform gewahrt werden.[978]

2. **Zulässigkeit**

- Der Gesetzgeber geht von der sozialpolitisch geprägten Grundsatzentscheidung aus, dass unbefristete Arbeitsverhältnisse den Normalfall der Beschäftigung darstellen.[979] Wäre eine Befristung von Arbeitsverhältnissen unbegrenzt zulässig, könnte der im Arbeitsrecht zentrale Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses leicht umgangen werden.[980] Dies würde gegen die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer (Art. 12 Abs. 1 GG)[981] und gegen die Richtlinie 1999/70/EG verstoßen. Deshalb gibt es im TzBfG gesetzliche Regelungen, die dem Schutz des Beschäftigten vor unzulässigen Befristungen dienen. Der Gesetzgeber unterscheidet zwischen sachgrundlosen Befristungen, geregelt in § 14 Abs. 2 und 3 TzBfG, d.h. Befristungen, die nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sein müssen und in Sachgrundbefristungen, geregelt in § 14 Abs. 1 TzBfG, die nur durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sein können. Als Ausnahme von

[975] BAG v. 11.12.2003 – IX ZR 336/01, NJW-RR 2004, 696, 697; BAG v. 17.1.1979 – 5 AZR 248/78, AP BGB § 613 Nr. 2 unter II. 2. a) der Gründe.
[976] BAG v. 11.12.2003 – IX ZR 336/01, NJW-RR 2004, 696, 697.
[977] BeckOK ArbR/*Joussen*, § 613 BGB Rn. 15; MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 613 BGB Rn. 22; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 321.
[978] BAG v. 24.06.2004 – 2 AZR 461/03, NZA 2004, 1333, 1334; ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 115.
[979] Meinel/Heyn/Herms/*Herms*, § 1 TzBfG Rn. 19.
[980] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 435.
[981] BVerfGE 97, 169, 175 f.

§ 14 TzBfG verweist § 23 TzBfG auf besondere gesetzliche Regelungen, die dem Teilzeit- und Befristungsgesetz vorgehen (§ 21 Abs. 1 BBiG, § 21 BEEG, § 6 PflegeZG und §§ 2, 3 WissZeitVG).

a) Sachgrundlose Befristungen (§ 14 Abs. 2, 3 TzBfG)

- Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne sachlichen Grund ist gem. § 14 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 TzBfG **bis zu einer Dauer von zwei Jahren zulässig**. Bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig (§ 14 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 TzBfG). Bestand mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis ist eine Befristung nicht zulässig (§ 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG). Nach der Rspr. des BAG kann eine Anwendung des sog. **Vorbeschäftigungsverbots** unzumutbar sein, wenn eine vorausgegangene Beschäftigung sehr lange Zeit zurückliegt (Bspw. Beschäftigung als Werksstudent vor 20 Jahren[982]).[983] Die Bestimmung eines pauschalen Zeitpunkts, ab dem § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht mehr anzuwenden sei, lehnte das BAG jedoch jüngst und entgegen vergangener Rspr. ab.[984] Die neueingeräumte Möglichkeit der Tarifvertragsparteien, gem. § 14 ABs. 3 S. 3 TzBfG die Höchstdauer der sachgrundlosen Befristung abweichend von § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG festzulegen, ist nur in einem begrenzten Rahmen zulässig.[985]

b) Sachgrundbefristungen (§ 14 Abs. 1 TzBfG)

- Der in § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG aufgeführte Katalog an anerkannten Sachgründen ist nicht abschließend.[986] Andere Sachgründe können eine Befristung rechtfertigen, wenn sie den Wertungen entsprechen, die in § 14 Abs. 1 TzBfG zum Ausdruck gebracht werden.[987] Ist eine Befristung nach § 14 Abs. 2, 3 TzBfG nicht mehr zulässig, kann sie beim Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auf § 14 Abs. 1 TzBfG gestützt werden.[988]

c) Befristung einzelner Arbeitsbedingungen

- Das BAG hat klargestellt, dass Befristungen einzelner Arbeitsbedingungen nicht nach § 14 TzBfG zu prüfen sind, sondern der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB unterliegen.[989] Eine Benachteiligung iSd. § 307 BGB liegt nach dem BAG aber in der Regel nicht vor, wenn die Befristung auf einen Grund iSv. § 14 Abs. 1 TzBfG gestützt werden könnte.[990]

3. **Wirkung**

- Wurde eine Befristung vereinbart, ist grundsätzlich die ordentliche Kündigung für die Dauer der Befristung ausgeschlossen, es sei denn, die Parteien haben gem. § 15 Abs. 3 TzBfG etwas anderes vereinbart. Ist eine Befristung unwirksam, tritt an ihre

---

982 *Junker*, ArbeitsR, Rn. 436.
983 *Zundel*, NJW 2020, 131, 133.
984 BAG v. 24.10.2018 – 10 AZR 278/17, NJW 2019, 700.
985 Siehe dazu BAG v. 7.5.2019 – 1 ABR 53/17, NZA 2019, 1223 und v. 12.6.2019 – 7 AZR 317/17, NJW 2020, 96.
986 BAG v. 18.11.2004 – C 284/02, NZA 2005, 401.
987 *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 437.
988 EfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 4.
989 BAG v. 13.07.2018 – 9 A 1980/17.A, NJW 2018, 2815; BAG Urt. v. 19.11.2019 – AZR 582/17.
990 BAG v. 8.8.2007 – 7 AZR 855/06, NZA 2008, 229.

Stelle ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.[991] Will der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der Befristung geltend machen, muss er gem. § 17 S. 1 TzBfG innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses eine Klage auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund einer unwirksamen Befristung nicht beendet ist (sog. Entfristungsklage).

VII. Eintritt der auflösenden Bedingung

- Hinsichtlich auflösender Bedingungen gelten **ähnliche Regelungen, wie bei der Befristung**: Der grundlegende Unterschied ist, dass der Eintritt einer Bedingung ungewiss, der Ablauf einer Frist gewiss ist.[992] Aufgrund des fließenden Übergangs zwischen auflösender Bedingung und Befristung gelten gem. § 21 TzBfG die Erfordernisse der Schriftform (§ 14 Abs. 4 TzBfG) und des Sachgrundes (§ 14 Abs. 1 TzBfG) auch für die auflösende Bedingung.[993]

VIII. Erreichen der Regelaltersgrenze

- Das Erreichen einer bestimmten Altersgrenze ist für sich allein kein in der Person des Arbeitnehmers liegender Kündigungsgrund.[994] Nach § 41 S. 1 SGB VI ist der Umstand, dass ein Arbeitnehmer berechtigt ist, eine Rente wegen Alters zu beanspruchen, nicht als ein Grund anzusehen, der die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG bedingt.[995] § 10 S. 3 Nr. 5 AGG lässt gleichwohl einzel- oder tarifvertragliche Vereinbarungen zu, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsehen, zu dem der/die Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann.[996] So kann vereinbart werden, dass der Arbeitsvertrag spätestens mit Ablauf des Monats endet, in dem der Arbeitnehmer das „Regelaltersrentenalter" erreicht. Mit Regelaltersrentenalter ist das Alter gemeint, bei dessen Erreichen eine Regelaltersrente bezogen werden kann. Derartige Vereinbarungen beinhalten nach dem BAG eine **Befristung i.S.d. § 3 TzBfG**, weshalb Regelungen über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen aufgrund von Altersgrenzen eines rechtfertigenden Sachgrunds i.S.d. § 14 Abs. 1 TzBfG bedürfen.[997] Darüber hinaus gilt bei Vereinbarungen von Altersgrenzen das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG.[998]

§ 15 Ordentliche und außerordentliche Kündigung

I. Überblick

- Der bedeutendste Beendigungstatbestand ist die **Kündigung**. Durch eine wirksame Kündigung wird das Arbeitsverhältnis als Ganzes beendet.[999] Dabei ist zwischen zwei Kündigungsarten zu unterscheiden: der **ordentlichen Kündigung** (§§ 620 Abs. 2, 621

[991] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 437.
[992] Ascheid/Preis/Schmidt/*Backhaus*, Kündigungsrecht, § 3 TzBfG Rn. 14.
[993] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 439.
[994] *Schaub*, ArbR-HdB, § 131, Personenbedingte Kündigung, Rn. 19; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 440.
[995] *Schaub*, ArbR-HdB, § 131, Personenbedingte Kündigung, Rn. 19.
[996] Zur Vereinbarkeit von § 10 S. 3 Nr. 5 AGG mit dem unionsrechtlichen Verbot von Altersdiskriminierungen siehe EuGH v. 12.10.2010 – C-45/09, EuZW 2010, 869 – Rosenbladt; dazu *Mohr*, RdA 2017, 35, 41. Allg. zur Zulässigkeit von Altersgrenzen als Entlassungsbedingungen nach der Rspr. des EuGH siehe EUArbR/*Mohr*, Art. 6 RL 2000/78/EG Rn. 21 ff. m.w.N.
[997] BAG v. 25.10.2017 – 7 AZR 632/15, NZA 2018, 507 Rn. 39 ff.
[998] BAG v. 25.10.2017 – 7 AZR 632/15, NZA 2018, 507 Rn. 58. Kritisch zu dieser Rspr., sofern das für befristete Tarifverträge geltende Schriftformerfordernis nunmehr praktisch für jeden Arbeitsvertrag gelte, *Lingemann*, NZA 2018, 889, 891 ff.
[999] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 345.

f. BGB) und der **außerordentlichen Kündigung** (§ 626 BGB). Bei der ordentlichen Kündigung wird das Arbeitsverhältnis erst mit Ablauf der Kündigungsfrist beendet. Demgegenüber endet das Arbeitsverhältnis bei der außerordentlichen Kündigung sofort, sofern nicht ausnahmsweise aus Verhältnismäßigkeitsgründen auch hier eine soziale Auslauffrist vorzusehen ist.[1000]

- Einen Sonderfall stellt die **Änderungskündigung** dar (dazu unten § 15 VI.). Bei einer Änderungskündigung ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht das Hauptziel. Primär sollen die Arbeitsbedingungen geändert werden.
- Eine Kündigung kann sowohl vom Arbeitnehmer als auch vom Arbeitgeber erklärt werden. Für **Kündigungen durch den Arbeitgeber** gelten besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen (dazu im Folgenden).

II. Kündigungserklärung

1. Willenserklärung

- Die Kündigung ist eine **einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung**. Sie bedarf somit – anders als ein Aufhebungsvertrag – keiner Annahme durch den Empfänger. Die Kündigung gehört insofern zu den sog. Gestaltungsrechten. Als empfangsbedürftige Willenserklärung muss sie gem. § 130 BGB dem Empfänger zugehen, also so in seinen Machtbereich gelangen, dass er die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat.[1001] Mit dem Zugang beginnen die Kündigungsfrist und die Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage zu laufen (siehe noch § 15 III. 3.).
- Ziel der Kündigungserklärung ist die **Auflösung des Arbeitsverhältnisses für die Zukunft**. Der Erklärende muss einerseits unmissverständlich seinen Willen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Ausdruck bringen. Andererseits muss für den Empfänger erkennbar sein, zu welchem Termin das Arbeitsverhältnis enden soll (sog. **Bestimmtheitserfordernis**).[1002] Maßgeblich für die Feststellung, ob eine Kündigungserklärung ausreichend bestimmt ist, sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung.[1003] Im Fall einer ordentlichen Kündigung genügt regelmäßig die Angabe des Kündigungstermins oder der Kündigungsfrist.[1004] Ein Hinweis auf die maßgeblichen gesetzlichen oder tarifvertraglichen Regelungen reicht aus, wenn der Erklärungsempfänger dadurch unschwer ermitteln kann, zu welchem Termin das Arbeitsverhältnis enden soll. Auch eine Kündigung „zum nächstzulässigen Termin“ ist möglich, sofern dem Erklärungsempfänger die Dauer der Kündigungsfrist bekannt oder diese für ihn bestimmbar ist.[1005] Demgegenüber ist eine Kündigung nicht auslegungsfähig und damit nicht hinreichend bestimmt, wenn sie mehrere Termine für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nennt, mit der Folge, dass für den Erklärungsempfänger nicht erkennbar ist, welcher Kündigungstermin gelten soll.[1006] Ebenso wenig kann eine Erklärung des Arbeitgebers, er sei mit den erheblich nachgelassen habenden Leistungen des

[1000] Zu diesem Sonderfall – im Ergebnis kritisch – MüKoBGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 332 ff.
[1001] Siehe *Gamillscheg*, Arbeitsrecht I, 8. Aufl., S. 537 f. mit Beispielen.
[1002] Vgl. BAG v. 20.6.2013 – 6 AZR 805/11, NZA 2013, 1137 Rn. 14–16; dazu *Ring/Vogel*, Individualarbeitsrecht, Rn. 288; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 324.
[1003] BAG v. 21.10.1981 – 7 AZR 407/79, BeckRS 1981, 04584 unter I.
[1004] Zum Folgenden BAG v. 20.6.2013 – 6 AZR 805/11, NZA 2013, 1137 Rn. 15.
[1005] BAG v. 20.6.2013 – 6 AZR 805/11, NZA 2013, 1137 Rn. 15.
[1006] BAG v. 20.6.2013 – 6 AZR 805/11, NZA 2013, 1137 Rn. 15; BAG v. 21.10.1981 – 7 AZR 407/79, BeckRS 1981, 04584 unter I.

Arbeitnehmers unzufrieden und beabsichtige ihn deshalb zum nächsten Termin zu kündigen, als wirksame Kündigung angesehen werden.[1007] Denn unabhängig vom Schrifterfordernis (dazu unten § 15 II. 3.) ist eine derartige Kündigung für den Arbeitnehmer nicht zumutbar, soweit Kündigung und Kündigungsfrist in der Schwebe bleiben. Aus der Sicht des objektiven Empfängerhorizonts i.S.d. § 157 BGB könnte eine solche Erklärung des Arbeitgebers außerdem als Kündigung unter der aufschiebenden Bedingung einer Verbesserung der Leistungen des Arbeitnehmers zu interpretieren sein, was dem bedingungsfeindlichen Charakter der Kündigung widerspricht.[1008]

- Als Gestaltungsrecht ist die Kündigung grds. **bedingungsfeindlich**.[1009] Zulässig sind allerdings solche Bedingungen, deren Eintritt allein vom Willen des Kündigungsempfängers abhängt (sog. **Potestativbedingungen**). Wichtigster Fall einer Potestativbedingung ist die Änderungskündigung, d.h., wenn der Arbeitgeber die Kündigung unter der aufschiebenden Bedingung ausspricht (§ 158 Abs. 1 BGB), dass der Arbeitnehmer das ihm unterbreitete Angebot einer Änderung der Arbeitsbedingungen nicht annimmt.[1010] Die Kündigung kann zudem **Rechtsbedingungen** unterliegen, etwa der Stilllegung des Betriebes als gesetzlicher Voraussetzung der Kündigung eines Betriebsratsmitglieds (§ 15 KSchG).[1011] Zulässig ist auch, hilfsweise ordentlich zu kündigen, falls die Kündigung als außerordentliche nicht wirksam sein sollte.[1012] Die ordentliche Kündigung ist dann an die auflösende Rechtsbedingung gebunden (§ 158 Abs. 2 BGB), dass das Arbeitsverhältnis nicht schon auf Grund eines anderen Tatbestands wirksam beendet wurde.
- Die Kündigungserklärung unterliegt den **allgemeinen Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre** (§§ 104 – 185 BGB). Relevant sind insbesondere Fragen der Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB), des Zugangs der Willenserklärung (§§ 130 ff. BGB) und der Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB). Eine Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB findet bezüglich der Kündigungserklärung nicht statt, denn einseitige Rechtsgeschäfte des Verwenders enthalten keine AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.[1013]
- Häufig wird die Kündigungserklärung durch einen **Stellvertreter des Arbeitgebers** abgegeben.[1014] In diesem Fall ist **§ 174 BGB** anwendbar, da es sich bei der Kündigung um eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung handelt. Nach § 174 S. 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Durch § 174 BGB will der Gesetzgeber der Unsicherheit entgegenwirken, dass ein einseitiges Rechtsgeschäft von einem Bevollmächtigten ausgeht und den Vertretenen bindet.[1015] Die Norm umfasst das Handeln des Bevollmächtigten eines öffentlichen Arbeitgebers ebenso wie das Handeln des Bevollmächtigten eines privaten Arbeitgebers.[1016] Demgegenüber kann eine Kündigungserklärung, die von einem gesetzlichen Vertreter oder einem ihm gleichzustellenden organschaftlichen Vertreter ausgesprochen wird, nicht zurückgewiesen werden, da § 174 S. 1 BGB nur für rechtsgeschäftlich bevollmächtigte Vertreter gilt.[1017]

[1007] Beispiel in Anlehnung an *Gamillscheg*, Arbeitsrecht I, S. 541.
[1008] Zum Vorstehenden *Gamillscheg*, Arbeitsrecht I, S. 541.
[1009] BAG v. 21.3.2013 – 6 AZR 618/11, NZA-RR 2013, 609, 610 Rn. 15.
[1010] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 418.
[1011] *Gamillscheg*, Arbeitsrecht I, S. 541.
[1012] *Fischinger*, Arbeitsrecht, Rn. 848.
[1013] BAG v. 20.6.2013 – 6 AZR 805/11, NZA 2013, 1137 Rn. 13 a.E.
[1014] *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB AT, Fall 19, S. 293 ff.
[1015] BAG v. 20.9.2006 – 6 AZR 82/06, NZA 2007, 377 Rn. 35.
[1016] BAG v. 20.9.2006 – 6 AZR 82/06, NZA 2007, 377 Rn. 34 f.
[1017] BAG v. 20.9.2006 – 6 AZR 82/06, NZA 2007, 377 Rn. 36 ff.

2. Wirksamwerden

- Als Willenserklärung wird die Kündigungserklärung erst **durch Zugang beim Empfänger** wirksam (§§ 130 – 132 BGB). Der Empfänger muss sich auf die durch die Erklärung geschaffene neue Rechtslage einstellen können. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung wird deshalb – anders als eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung – nicht schon mit der Abgabe, sondern erst mit dem Zugang wirksam. [1018]
- Der **Zeitpunkt des Zugangs** ist von besonderer Bedeutung für:
  - den Beginn der Dreiwochenfrist des § 4 S. 1 KSchG i.V.m. § 7 KSchG;
  - die Beurteilung, inwieweit die Kündigung sozial gerechtfertigt ist (siehe unten § 15 III. 2. c).[1019]
- Für den Zugang von Kündigungserklärungen gelten die allgemeinen Grundsätze gem. § 130 BGB.[1020] Dabei ist zwischen **empfangsbedürftigen Willenserklärungen unter Abwesenden und unter Anwesenden** zu unterscheiden:[1021] Diese Unterscheidung richtet sich nach überzeugender Ansicht danach, ob die Erklärung durch „Speicherung" verkörpert ist oder nicht. Es kommt somit darauf an, ob die Parteien unmittelbar – in der Regel mündlich – kommunizieren oder nicht. Eine schriftliche Erklärung, die dem Empfänger postalisch übermittelt wird, ist deshalb als Willenserklärung unter Abwesenden einzustufen. In solchen Fällen ist § 130 BGB entsprechend anwendbar.[1022]
- Aufgrund des **Schriftformerfordernisses** gem. § 623 BGB muss eine wirksame Kündigung stets als Schriftstück verkörpert sein. Wird sie dem Arbeitnehmer ausgehändigt, handelt es sich um eine Willenserklärung unter Anwesenden, wird sie ihm postalisch übermittelt, liegt eine Willenserklärung unter Abwesenden vor. Dazu im Folgenden:

a) Unter Anwesenden

- Als verkörperte Willenserklärung geht die Kündigungserklärung unter Anwesenden zu, wenn sie durch Übergabe in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt und dieser damit die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat.[1023] Es ist nicht erforderlich, dass der Empfänger dauerhaft die Verfügungsgewalt über das Schriftstück erlangt. Vielmehr genügt die **Aushändigung und Übergabe**, sodass für ihn die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht.
- Von einem Zugang unter Anwesenden kann auch dann ausgegangen werden, wenn die verkörperte Kündigungserklärung dem Empfänger mit der für ihn erkennbaren Absicht, es ihm zu übergeben, überreicht wird und, falls er die **Entgegennahme ablehnt**, so in seiner unmittelbaren Nähe abgelegt wird, dass er sie ohne Weiteres an sich nehmen und von deren Inhalt Kenntnis nehmen kann.[1024]

[1018] Siehe *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB AT, Fall 10, S. 139 ff.; *Oetker*, 30 Klausuren aus dem Individualarbeitsrecht, 23. Klausur, S. 139; *Preis*, Klausurenkurs, Individualarbeitsrecht, Fall 13, S. 222 ff.
[1019] ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 91; ständige Rspr., siehe etwa BAG v. 16.2.2012 − 8 AZR 693/10, NZA-RR 2012, 465 Rn. 40; BAG v. 17.2.2016 – 2 AZR 613/14, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 168 = BeckRS 2016, 67744 Rn. 26, beide im Hinblick auf eine betriebsbedingte Kündigung.
[1020] MüKoBGB/*Hergenröder*, § 4 KSchG Rn. 48.
[1021] Zum Folgenden *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB AT, Fall 10, S. 139, 141 ff. m.w.N.
[1022] BeckOK BGB/*Wendtland*, § 130 BGB Rn. 26.
[1023] Zum Nachstehenden BAG v. 26.3.2015 – 2 AZR 483/14, NZA 2015, 1183 Rn. 20.
[1024] BAG v. 26.3.2015 – 2 AZR 483/14, NZA 2015, 1183 Rn. 20.

b) **Unter Abwesenden**

- Bei einer **postalischen Übermittlung**, also einer Willenserklärung unter Abwesenden, geht die Kündigungserklärung dem Empfänger in dem Moment zu, in welchem **(1)** sie **den Machtbereich des Empfängers erreicht**, und **(2)** der Empfänger **unter gewöhnlichen Umständen nach der Verkehrssitte von der Erklärung Kenntnis erlangen kann**.[1025] Zum Machtbereich des Empfängers gehören von ihm vorgehaltene Empfangseinrichtungen wie ein Briefkasten.[1026] Regelmäßig führt der Einwurf in einen Briefkasten den Zugang herbei, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist.[1027] Dabei sind die individuellen Verhältnisse des Empfängers unerheblich, etwa, ob der Arbeitnehmer die Kündigungserklärung später tatsächlich zur Kenntnis nimmt oder ob er daran durch Krankheit, zeitweilige Abwesenheit oder andere besondere Umstände zunächst gehindert ist.[1028] Im Interesse der Rechtssicherheit ist eine generalisierende Betrachtung notwendig.

c) **Insbesondere: Kündigung bei urlaubsbedingter Abwesenheit**

- Beim Zugang einer Erklärung kommt es – neben dem Gelangen in den Machtbereich des Empfängers – auf die abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme und nicht die tatsächliche Kenntnisnahme an. Folgerichtig soll auch ein an die Heimatanschrift des Arbeitnehmers gerichtetes Kündigungsschreiben dem Arbeitnehmer zugehen, selbst wenn der Arbeitgeber von einer urlaubsbedingten Ortsabwesenheit wusste.[1029] Die **urlaubsbedingte Abwesenheit des Arbeitnehmers bleibt also außer Betracht**. Erlangt der Arbeitnehmer tatsächlich erst bei seiner Rückkehr von einem vierwöchigen Urlaub von der Kündigung Kenntnis und kann deshalb nicht die Dreiwochenfrist zur Klageerhebung gem. § 4 S. 1 KSchG einhalten, lässt § 5 KSchG unter den dort benannten Voraussetzungen eine verspätete Klage zu.[1030] Der Arbeitnehmer kann gem. § 5 Abs. 1 und 3 KSchG innerhalb von zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses, vorliegend also nach der Rückkehr, einen **Antrag auf nachträgliche Klagezulassung** stellen. Auf diesem Wege kann dem Arbeitnehmer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden.

d) **Zugangsvereitelung**

- Klassisches Beispiel: Ein Postbote soll ein **Einschreiben** übermitteln und trifft den Erklärungsempfänger nicht persönlich an, weshalb er ihm einen **Benachrichtigungszettel** in den Briefkasten wirft. Muss der Empfänger mit einer rechtserheblichen Mitteilung seines Vertragspartners rechnen und holt er den Brief bewusst nicht oder erst nach Ablauf einer möglichen Kündigungserklärungsfrist ab, vereitelt er dadurch den (fristgerechten) Zugang der Erklärung.[1031] In einem solchen Fall ist **umstritten**, **zu welchem Zeitpunkt eine empfangsbedürftige Willenserklärung zugeht**.[1032]

[1025] BAG v. 26.3.2015 – 2 AZR 483/14, NZA 2015, 1183 Rn. 37; *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB AT, Fall 10, S. 139, 142.
[1026] BAG v. 22.3.2012 – 2 AZR 224/11, NJOZ 2012, 2088 Rn. 21.
[1027] BAG v. 22.3.2012 – 2 AZR 224/11, NJOZ 2012, 2088 Rn. 21.
[1028] BAG v. 24.6.2004 – 2 AZR 461/03, NZA 2004, 1330, 1331.
[1029] BAG v. 16.3.1988 – 7 AZR 587/87, NZA 1988, 875, 876; BAG v. 24.6.2004 – 2 AZR 461/03, NZA 2004, 1330, 1331; siehe auch *Säcker/Mohr*, Fallsammlung BGB AT, Fall 10, S. 139 ff., 148 f.; *Preis*, Klausurenkurs, Individualarbeitsrecht, Fall 19, S. 308, 315 ff.
[1030] *Säcker/Mohr*, Fallsammlung BGB AT, Fall 10, S. 139 ff., 149; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 328.
[1031] Vgl. BGH v. 26.11.1997 – VIII ZR 22/97, NJW 1998, 976, 977.
[1032] Zum Nachstehenden *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 10, S. 139 ff.

- Stellte man allein auf die abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Empfänger ab, wäre ein Zugang des Schreibens bei dem Empfänger zu bejahen, wenn unter gewöhnlichen Umständen mit einer Abholung des Schreibens zu rechnen ist. Dies wäre regelmäßig der folgende Werktag nach dem Einwurf des Benachrichtigungszettels. Nach einer weiteren Ansicht setzt ein Zugang zwingend voraus, dass das Kündigungsschreiben in den Machtbereich des Empfängers gelangt.[1033] Dies ist nicht der Fall, wenn nur der Benachrichtigungsschein zugeht, da sich aus ihm nicht entnehmen lässt, von wem das jeweilige Schreiben stammt und welchen Inhalt es hat. Nach einer weiteren, Ansicht **muss der Erklärende einen gescheiterten Zugangsversuch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben grds. wiederholen**.[1034] Erst wenn der Zugang erreicht ist, ggf. mit Hilfe des Gerichtsvollziehers gem. § 132 Abs. 2 BGB, wird die Erklärung nach § 242 BGB rückwirkend als wirksam behandelt. § 242 BGB entfaltet insofern keine Zugangs-, sondern lediglich eine Rechtzeitigkeitsfiktion.[1035] Der Erklärende kann „aus seiner nicht zugegangenen Willenserklärung ihm günstige Rechtsfolgen nur dann ableiten, wenn er alles Erforderliche und ihm Zumutbare getan hat, damit seine Erklärung den Adressaten erreichen konnte. Dazu gehört in der Regel, daß er nach Kenntnis von dem nicht erfolgten Zugang unverzüglich einen erneuten Versuch unternimmt, seine Erklärung derart in den Machtbereich des Empfängers zu bringen, daß diesem ohne weiteres eine Kenntnisnahme ihres Inhalts möglich ist.“[1036] Nach dem Rechtsgedanken des **§ 162 BGB** kann der Erklärende allerdings von einem erneuten Zustellungsversuch absehen, wenn es offensichtlich ist, dass auch dieser erfolglos sein wird, etwa, weil der Empfänger die Annahme des Schreibens grundlos verweigert (anders, wenn ein Brief nicht ausreichend frankiert ist) oder den Zugang der Erklärung arglistig verhindert, z.B. durch Entfernen des Namensschilds an der Haustür oder am Briefkasten.[1037]

e) **Rücknahme der Erklärung**

- Eine einmal ausgesprochene Kündigung kann nach dem Zugang an den Gekündigten vom Kündigenden grds. nicht mehr einseitig zurückgenommen werden.[1038] Denn mit der Ausübung der Kündigung als Gestaltungsrecht ist eine Änderung des Inhalts des Arbeitsverhältnisses eingetreten, die **nicht einseitig rückgängig** gemacht, also mit rückwirkender Kraft beseitigt werden kann. Die Wirkungen einer Kündigung können nur durch Vereinbarung beseitigt werden, durch die der gekündigte Arbeitnehmer ein Fortsetzungsangebot des Arbeitgebers annimmt.[1039] Nimmt der Arbeitgeber also einseitig, meist nach Erhebung einer Kündigungsschutzklage durch den Arbeitnehmer, die Kündigung zurück, liegt darin nach Ansicht des BAG ein Angebot auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen, welches der Arbeitnehmer nach den §§ 145 ff. BGB annehmen oder ablehnen kann.[1040]
- Nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB **kann das Wirksamwerden einer Erklärung durch eine Widerrufserklärung verhindert werden**, die vor oder gleichzeitig mit der Willenser-

[1033] *Bork*, Allg. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 2006, Rn. 627.
[1034] BGH v. 26.11.1997 – VIII ZR 22/97, NJW 1998, 976, 977.
[1035] *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 10, S. 139 ff., 150.
[1036] BGH v. 26.11.1997 – VIII ZR 22/97, NJW 1998, 976, 977.
[1037] Vgl. BGH v. 26.11.1997 – VIII ZR 22/97, NJW 1998, 976, 977; BeckOK BGB/*Wendtland*, § 130 BGB Rn. 23; *Larenz/Wolf*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 26 Rn. 45 f.
[1038] BAG v. 21.3.2013 – 6 AZR 618/11, NZA-RR 2013, 609, 610 Rn. 15; BAG v. 17.10.2013 – 8 AZR 742/12, NZA 2014, 303 Rn. 32.
[1039] BAG v. 17.10.2013 – 8 AZR 742/12, NZA 2014, 303 Rn. 32.
[1040] BAG v. 19.8.1982 – 2 AZR 230/80, NJW 1983, 1628, 1629.

klärung zugeht. Geht die Kündigung ohne gleichzeitigen Widerruf zu, kann die Wirkung der Kündigungserklärung nur noch durch eine einvernehmliche Rücknahme beseitigt werden (siehe zuvor).[1041]

f) **Zugang bei sprachunkundigen Arbeitnehmern**

- Bei Rechtsgeschäften, die gegenüber fremdsprachigen Personen vorgenommen werden, ist **umstritten, welche Person das sog. Sprachrisiko trägt**.[1042] Das deutsche Recht schreibt den Vertragsparteien zwar keine bestimmte Sprache vor.[1043] Klärungsbedürftig ist aber, **wann** eine schriftliche Kündigung zugeht, wenn sie gegenüber einem sprachunkundigen Arbeitnehmer abgegeben wird, der ihren Inhalt nicht unmittelbar verstehen kann.
- **(1) Nach einer Ansicht** ist der **Zugang** einer Kündigungserklärung gegenüber einem Sprachunkundigen regelmäßig erst nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne zu bejahen, die nach Treu und Glauben zur Erlangung einer Übersetzung erforderlich ist.[1044] Eine Erklärung gehe gem. § 130 Abs. 1 BGB zu, wenn bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse mit einem Zugang zu rechnen sei. Als **beachtliche Zugangshindernisse** seien insoweit nicht nur solche normativer Art wie z.B. die sog. Kündigung zur Unzeit,[1045] sondern auch **subjektive Verständnisbarrieren in der Person des Empfängers** anzusehen. Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass es für die Wirksamkeit einer empfangsbedürftigen Willenserklärung nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB nicht auf die tatsächliche Kenntnisnahme ankommt, sondern nur auf den Zugang.[1046] Der Wortlaut des § 130 Abs. 1 BGB lässt eine solche auf die individuellen Verhältnisse abstellende Betrachtungsweise nicht zu.[1047]
- **(2) Nach einer zweiten Ansicht** handelt es sich bei Sprachproblemen um keine Frage des Zugangs, sondern um eine solche der **Auslegung von Willenserklärungen**.[1048] § 130 BGB regle nur das Übermittlungs- und Verlustrisiko, nicht aber das Risiko eines fehlenden oder mangelhaften inhaltlichen Verständnisses. Wer das Sprachrisiko trage, sei folglich nach den §§ 133, 157 BGB durch Auslegung zu ermitteln. Der Erklärende kann nach dieser Sichtweise regelmäßig erwarten, dass der Adressat die Sprache des Gebiets beherrscht, in dem er sich aufhält. Auch wenn vom Adressaten die Kenntnis der betreffenden Sprache nicht erwartet werden könne, könne ihm auf Grund der Umstände und der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen zuzumuten sein, sich um das richtige Verständnis der Erklärung zu bemühen, insbesondere Rückfrage zu nehmen.[1049]
- **(3) Nach h.A. ist zu differenzieren**:[1050] Eine Willenserklärung unter Abwesenden geht einem Sprachunkundigen im Regelfall gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zu, **wenn sich der**

[1041] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 330.
[1042] Siehe dazu *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 10, S. 139 ff., 145 ff.; *Boemke*, JuS 2016, 249 ff.
[1043] MüKoBGB/*Spellenberg*, Vorbem vor Art. 11 EGBGB Rn. 106.
[1044] LAG Hamm v. 4.1.1979 – 8 Ta 105/78, NJW 1979, 2488.
[1045] Siehe dazu BAG v. 5.4.2001 – 2 AZR 185/00, NJW 2001, 2994, 2995. Dort hat das Gericht den bloßen zeitlichen Zusammenhang der Kündigung einer Arbeitnehmerin mit dem Tod ihres Lebensgefährten als nicht ausreichend für ein Zugangshindernis angesehen. Neben dem Zeitpunkt einer Kündigung müssten weitere Umstände hinzutreten, die die Kündigung zur Unzeit in die Nähe der ungehörigen Kündigung rückten. Es müsse eine Beeinträchtigung berechtigter Interessen des Kündigungsgegners insb. auf Achtung seiner Persönlichkeit vorliegen. Dies könne der Fall sein, wenn der Erklärende absichtlich oder auf Grund einer auf Missachtung der persönlichen Belange des Empfängers beruhenden Gedankenlosigkeit einen Zugangszeitpunkt wähle, der den Empfänger besonders beeinträchtige.
[1046] *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 10, S. 146.
[1047] MüKoBGB/*Hergenröder*, § 4 KSchG Rn. 48.
[1048] MüKoBGB/*Einsele*, § 130 BGB Rn. 32.
[1049] Siehe OLG Hamm v. 8.2.1995 – 11 U 206/93, NJW-RR 1996, 1271.
[1050] *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 10, S. 147.

Absender der Verhandlungs- und Vertragssprache bedient.[1051] Wenn sich eine Person auf eine für sie fremde Verhandlungs- und Vertragssprache einlässt, trägt sie auch das Risiko einer gelungenen Verständigung. In diesem Fall ist es dem Adressaten zuzumuten, dass er sich eine erforderliche Übersetzung besorgt.[1052] Bei einer fristgebundenen Willenserklärung wie z.B. einer Kündigung kann die Beschaffung einer Übersetzung zwar einige Zeit in Anspruch nehmen. Die gesetzlichen Kündigungsfristen sind jedoch regelmäßig so ausreichend bemessen, dass sie auch den Interessen des Erklärungsempfängers Rechnung tragen. Außerdem wäre die Rechtssicherheit erheblich beeinträchtigt, wenn man den Zugang um unbestimmte Zeit verschöbe. Demgegenüber geht **eine Willenserklärung, die nicht in der Verhandlungs- und Vertragssprache verfasst ist,** und die der Empfänger auch nicht tatsächlich versteht, nicht zu; es besteht hier auch keine Obliegenheit des Empfängers, sich eine Übersetzung zu besorgen.[1053]

3. Form (§ 623 BGB)

- Gem. § 623 S. 1 BGB muss die Kündigung schriftlich erfolgen. Anders als beim Abschluss eines Arbeitsvertrags dient die **Wahrung der Schriftform** vorliegend nicht nur Beweiszwecken (deklaratorische Formvorschrift), sondern ist Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung, hat also **konstitutive Wirkung**.[1054] Ziel der seit dem 1.5.2000 geltenden Regelung des § 623 BGB ist es, den Arbeitsvertragsparteien Rechtssicherheit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu gewährleisten und zugleich die Arbeitsgerichte zu entlasten, die ansonsten ggf. Beweis erheben müssten.[1055] Neben der Rechtssicherheit (Klarstellungs- und Beweisfunktion) dient § 623 BGB zudem dem Schutz des Kündigungsberechtigten vor Übereilung (Warnfunktion).[1056]
- Das Formerfordernis des § 623 BGB **gilt für alle Arten der Kündigung.**[1057] Der Schriftform des § 623 BGB bedürfen damit sowohl die Kündigung durch den Arbeitgeber als auch diejenige durch den Arbeitnehmer. Das Schriftformerfordernis gilt auch für die Änderungskündigung. Wie noch zu erörtern ist, setzt sich die Änderungskündigung aus einer Kündigungserklärung und einem Angebot auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen zusammen (dazu § 15 VI.).[1058]
- § 623 BGB stellt eine **zwingende Formvorschrift** dar, die nicht durch Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder durch Betriebsvereinbarung abbedungen werden kann. Die Vertragsparteien können nach dem Grundsatz der Privatautonomie zwar grds. strengere Formvorgaben vereinbaren. Für Formulararbeitsverträge gilt aber **§ 309 Nr. 13 BGB**, wonach die Erklärungen des (Arbeitnehmer-)Verbrauchers gegenüber dem Verwender oder einem Dritten nicht an eine strengere Form als die Textform (lit. b) oder an besondere Zugangserfordernisse (lit. c) gebunden werden dürfen. Die Kündigung durch den Arbeitnehmer kann folglich nicht über die Anforderungen von §§ 623, 130 BGB hinaus erschwert werden.[1059]
- Nach § 126 Abs. 1 BGB bedeutet Schriftform die **eigenhändige Unterzeichnung der Urkunde durch den Aussteller durch Namensunterschrift oder mittels notariell**

[1051] BGH v. 10.3.1983 – VII ZR 302/82, NJW 1983, 1489.
[1052] Staudinger/*Singer*, § 119 BGB Rn. 18.
[1053] *Säcker/Mohr*, Fallsammlung zum BGB-AT, Fall 10, S. 147.
[1054] BT-Drs. 14/626, S. 11; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 56 Rn. 2524, 2527.
[1055] BT-Drs. 14/626, S. 11.
[1056] BAG v. 16.9.2004 – 2 AZR 628/03, NZA 2005, 635, 636.
[1057] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 56 Rn. 2528.
[1058] BAG v. 16.9.2004 – 2 AZR 628/03, NZA 2005, 635, 636: Das Schriftformerfordernis des § 623 BGB erstreckt sich auch auf das Änderungsangebot.
[1059] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 56 Rn. 2525.

beglaubigten Handzeichens.[1060] Als empfangsbedürftige Willenserklärung muss die Kündigung in der Form zugehen, die für ihre Abgabe erforderlich ist.[1061] Eine Übermittlung der eigenhändig unterschriebenen Kündigung durch Telefax genügt daher nicht, da die dem Empfänger zugehende Erklärung lediglich eine Kopie des beim Absender verbleibenden Originals ist.[1062] Zudem ist die elektronische Form des § 126a BGB nach § 623 S. 2 BGB ausgeschlossen. Eine Kündigung durch digital signierte E-Mail genügt deshalb nicht.

- Bei **Nichteinhaltung der Schriftform** ist die Kündigung nach h.M. gem. § 623 i.V.m. § 125 S. 1 BGB **nichtig**.[1063] Eine Heilung ist grds. nicht möglich. Auch eine schriftliche Bestätigung des Erklärungsempfängers kann den Formverstoß des Erklärenden nicht beheben.[1064] Die Kündigung muss somit **erneut ausgesprochen** werden. Allerdings könnte bei einer formunwirksamen Kündigung des Arbeitgebers die „Bestätigungserklärung" des Arbeitnehmers als eine eigenständige Kündigung ausgelegt werden, sofern letztere schriftlich erfolgt (z.B. im Rahmen einer sog. Ausgleichsquittung) und den materiell-rechtlichen Anforderungen entspricht.[1065] Darüber hinaus kann eine formunwirksame außerordentliche Kündigung gem. § 140 BGB in eine – formlose – Anfechtung des Arbeitsvertrags **umgedeutet** werden (siehe zur Umdeutung noch § 15 II. 7.).[1066]
- **Kündigungen, die nicht schriftlich i.S.d. § 623 BGB sind, können auch nach Ablauf der Dreiwochenfrist zur Klageerhebung gem. § 4 S. 1 KSchG gerügt werden**, da letztere an den „Zugang der schriftlichen Kündigung" anknüpft.[1067] Bei längerem Zuwarten nach Zugang der Kündigungserklärung kann das Recht, sich auf den Formmangel zu berufen, allerdings bei Vorliegen weiterer inhaltlicher Umstände verwirken.[1068] Die Berufung auf den Formmangel ist in diesem Fall gem. § 242 BGB ausgeschlossen. Eine **Verwirkung** kann aber nur dann angenommen werden, wenn zwischen Ausspruch der Kündigung und Zustellung einer Klage ein gewisser Zeitraum verstrichen ist (Zeitmoment) und kumulativ ein Vertrauenstatbestand beim Beklagten geschaffen wurde, er werde nicht verklagt werden (Umstandsmoment).[1069]

4. (Keine) Angabe des Kündigungsgrunds

- Sofern die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben, muss der Kündigungsberechtigte keinen Kündigungsgrund angeben. Es besteht im Grundsatz kein Begründungszwang. **Ausnahmsweise ist der Kündigungsgrund jedoch in folgenden Fällen anzugeben**:
  - Kündigung einer Schwangeren, § 17 Abs. 2 S. 2 MuSchG.
  - Anspruch auf Mitteilung des Kündigungsgrundes bei außerordentlicher Kündigung nach § 626 Abs. 2 S. 3 BGB im Nachgang der Kündigung.
  - Im Geltungsbereich des KSchG soll der Arbeitnehmer nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung einen Anspruch auf Bekanntgabe der Kündigungsgründe haben,

---

[1060] Vgl. BAG v. 24.1.2008 – 6 AZR 519/07, NZA 2008, 521 Rn. 11.
[1061] Vgl. BGH v. 30.5.1962 – VIII ZR 173/61, NJW 1962, 1388, 1389; *Preis/Gotthardt*, NZA 2000, 348, 351.
[1062] *Preis/Gotthardt*, NZA 2000, 348, 351.
[1063] *Caspers*, RdA 2001, 28; MüKoBGB/*Henssler*, § 623 BGB Rn. 32. Nach vereinzelter Ansicht (Staudinger/*Oetker* (2016), § 623 BGB Rn. 97 ff.) ergibt sich die Nichtigkeitsfolge unmittelbar aus § 623 BGB, so dass es keines Rückgriffs auf § 125 BGB bedarf.
[1064] Staudinger/*Oetker*, § 623 BGB Rn. 100.
[1065] Staudinger/*Oetker*, § 623 BGB Rn. 101.
[1066] *Preis/Gotthardt*, NZA 2000, 348, 352.
[1067] Verstöße gegen spezifische Formvorgaben wie die Angabe des Kündigungsgrunds nach § 17 Abs. 2 S. 2 MuSchG (§ 9 Abs. 3 S. 2 MuSchG a.F.) müssen dagegen innerhalb der Frist des § 4 S. 1 KSchG geltend gemacht werden, siehe *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 56 Rn. 2539.
[1068] *Caspers*, RdA 2001, 28 f.; Staudinger/*Oetker*, § 623 BGB Rn. 102.
[1069] *Caspers*, RdA 2001, 28.

der sich nach Treu und Glauben aus einer vertraglichen Nebenpflicht ergebe.[1070] Dann muss dasselbe aber auch für den Arbeitgeber gelten.

5. Allgemeine Nichtigkeitsgründe

- Für die Kündigung bestehen spezielle Wirksamkeitsvoraussetzungen, die an späterer Stelle zu erörtern sind (§ 15 III. 2.). Zunächst ist auf Gründe der Unwirksamkeit einer Kündigung einzugehen, **die aus den allg. BGB-Vorschriften ergeben**. Die folgenden Ausführungen fokussieren die wichtigsten Fallgruppen. Der Arbeitnehmer muss auch diese allgemeinen Nichtigkeitsgründe – mit Ausnahme der fehlenden Schriftform gem. § 623 BGB (siehe oben § 15 II. 3.) – innerhalb der **dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG** geltend machen.

a) Verstoß gegen gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)

- Besondere praktische Relevanz hat das **Maßregelungsverbot gem. § 612a BGB**. Hiernach darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nicht bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Als benachteiligende Maßnahme i.S.d. § 612a BGB kommt auch eine Kündigung in Betracht.[1071] Die Benachteiligung durch den Arbeitgeber und die Rechtsausübung durch den Arbeitnehmer müssen unmittelbar zusammenhängen. Insofern muss die zulässige Rechtsausübung der tragende Beweggrund, d.h. das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme sein. Dagegen reicht es nicht aus, dass die Rechtsausübung nur den äußeren Anlass für die Maßnahme bildet.

[1070] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 56 Rn. 2523.
[1071] Zum Nachstehenden BAG v. 22.9.2005 – 6 AZR 607/04, NJW 2006, 1612 Rn. 25.

- **Beispiel:** Nimmt der Arbeitgeber eine Entfristungsklage des Arbeitnehmers gem. § 17 TzBfG[1072] zum Anlass, um eine vorsorgliche ordentliche (=fristgemäße) Kündigung auszusprechen, verstößt er damit nicht gegen das Maßregelungsverbot.[1073] Hätte der Arbeitnehmer keine Entfristungsklage erhoben, wäre das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer ohnehin beendet worden. Im Hinblick auf eine eventuell erfolgreiche Entfristungsklage darf der Arbeitgeber deshalb vorsorglich von seinem Recht zur ordentlichen Kündigung Gebrauch machen, um in jedem Fall eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erreichen.[1074]

b) **Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)**

- Eine Kündigung ist gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, wenn sie auf **verwerflichen Motiven** des Kündigenden wie Rachsucht oder Vergeltung beruht, oder wenn sie dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht.[1075] Die Sittenwidrigkeit kann nur unter qualifizierten Umständen angenommen werden, wenn etwa die Motive einer Kündigung berechtigte Grundrechtspositionen des Arbeitnehmers nachteilig berühren (z.B. Kündigung wegen der Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft, Art. 4 Abs. 1 GG; Kündigung wegen gewerkschaftlicher Betätigung im Betrieb, Art. 9 Abs. 3 GG).[1076]

c) **Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB)**

- Nach der Rechtsprechung des BAG ist **§ 242 BGB neben § 1 KSchG nur in beschränktem Umfang anwendbar**, da das KSchG die Voraussetzungen und Wirkungen des Grundsatzes von Treu und Glauben konkretisiert und abschließend regelt, soweit es um den Bestandsschutz und das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes geht.[1077] Umstände, die im Rahmen des § 1 Abs. 1 bis 3 KSchG zu würdigen seien und die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt erscheinen lassen könnten, kommen demnach als Verstöße gegen Treu und Glauben nicht in Betracht.
- Das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB wird dann als Unwirksamkeitsgrund einer Kündigung relevant, **wenn sich die Treuwidrigkeit aus Gründen ergibt, die von § 1 KSchG <u>nicht</u> erfasst sind**.[1078] Dasselbe gilt nach umstrittener Ansicht für Fallgestaltungen, in denen wegen Nichterfüllung der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG das KSchG nicht anzuwenden ist. Der Prüfungsmaßstab des § 242 BGB ist in solchen Fällen aber niedriger als derjenige gem. § 1 Abs. 1 bis 3 KSchG, um die gesetzgeberische Wertung nicht auszuhöhlen.
- **Beispiele** einer treuwidrigen Kündigung: widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers, Ausspruch der Kündigung in verletzender Form oder zur Unzeit.[1079]

[1072] Gem. § 17 S. 1 TzBfG kann der Arbeitnehmer geltend machen, dass die Befristung seines Arbeitsvertrags rechtsunwirksam ist. Er muss innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis auf Grund der Befristung nicht beendet ist. Streitgegenstand ist die Überprüfung einer bestimmten Befristungsabrede. Siehe dazu MüKoBGB/*Hesse*, § 17 TzBfG Rn. 26.
[1073] BAG v. 22.9.2005 – 6 AZR 607/04, NJW 2006, 1612 Rn. 26. Im betreffenden Rechtsstreit hat der Arbeitgeber nach erstinstanzlich erfolgreicher Entfristungsklage das Arbeitsverhältnis vorsorglich ordentlich gekündigt.
[1074] BAG v. 22.9.2005 – 6 AZR 607/04, NJW 2006, 1612 Rn. 26.
[1075] BAG v. 16.2.1989 – 2 AZR 347/88, NJW 1990, 141 f.
[1076] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 341.
[1077] So BAG v. 23.6.1994 – 2 AZR 617/93, NZA 1994, 1080, 1081; BAG v. 2.11.1983 – 7 AZR 65/82, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 29.
[1078] Zum Folgenden BAG v. 23.6.1994 – 2 AZR 617/93, NZA 1994, 1080, 1081; BAG v. 2.11.1983 – 7 AZR 65/82, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 29.
[1079] BAG v. 23.6.1994 – 2 AZR 617/93, NZA 1994, 1080, 1081; vgl. auch, die Rechtswidrigkeit einer am 24.12. zugegangenen Kündigung verneinend, BAG v. 14.11.1984 – 7 AZR 174/83, NZA 1986, 97 f.

- Ein weiterer **wichtiger Anwendungsbereich** des Rechtsmissbrauchsverbots gem. § 242 BGB sind **Kleinbetriebe**, die gem. § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 KSchG nicht in den Geltungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes fallen.[1080] Im Hinblick auf das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Interesse der Arbeitnehmer an der Erhaltung ihrer Arbeitsplätze und das Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG muss auch in solchen Fällen durch die zivilrechtlichen Generalklauseln ein angemessener Schutz vor sitten- oder treuwidrigen Kündigungen garantiert sein.[1081] Der Arbeitgeber muss bei der jeweiligen Kündigung ein **Mindestmaß an Rücksichtnahme** einhalten, das sich in zwei Anforderungen konkretisiert lässt: Die Kündigung darf (1) **nicht willkürlich** sein (obwohl dies eigentlich dem Grundsatz der Privatautonomie entspricht), sondern muss auf einem einleuchtenden Grund beruhen und darf (2) **nicht auf einem evidenten Auswahlfehler** des Arbeitgebers beruhen.[1082]
- **Weitere Beispiele:** Das BAG bejahte einen Verstoß gegen § 242 BGB in einem Fall, in dem der Arbeitgeber innerhalb der Probezeit dem Arbeitnehmer aufgrund einer nicht bestätigten Aussage einer dritten Person wegen des Verdachts auf Haschischkonsum kündigte, ohne ihm eine Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.[1083] Als rechtsmissbräuchlich erachtete das BAG vor Geltung des AGG – zu Recht – auch eine Kündigung, die in der Probezeit wegen der Homosexualität des Arbeitnehmers ausgesprochen wurde (vgl. heute §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 2 und § 7 AGG).[1084]

d) **Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)**

- Unwirksam ist eine Kündigung weiterhin, wenn sie gegen das **Benachteiligungsverbot gem. § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 134 BGB** verstößt.[1085] Nach § 7 Abs. 1 Hs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, also aufgrund der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität benachteiligt werden. Der Anwendungsbereich des AGG umfasst nach § 2 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 AGG die Bedingungen für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit sowie die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen.[1086]
- Zu beachten ist die **Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG**, wonach für Kündigungen „ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz“ gelten. Die Norm regelt damit das **Verhältnis von AGG und Kündigungsschutz**, ihr Aussagegehalt ist allerdings umstritten.[1087] Nach überzeugender Auffassung ist § 2 Abs. 4 AGG unionsrechtskonform nicht als Anwendungsausschluss bei diskriminierenden Kündigungen auszulegen.[1088] Die Vorschrift dient vielmehr der Verzahnung mit anderen Rechtsgebieten, will also eine Kohärenz zwischen dem AGG und dem – mit dem AGG auf der gleichen gesetzeshierarchischen Ebene stehenden – Kündigungsrecht herstellen. Die Diskriminierungsverbote des AGG müssen hiernach **bei der**

[1080] Siehe dazu *Preis*, Klausurenkurs, Individualarbeitsrecht, Fall 12, S. 212, 217 ff.
[1081] Vgl. BVerfG v. 21.6.2006 – 1 BvR 1659/04, NZA 2006, 913 (Ls.); krit. zur dogmatischen Begründung *Mohr*, ZfA 37 (2006), 547 ff.
[1082] Siehe näher *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 341 ff., 345.
[1083] BAG v. 2.11.1983 – 7 AZR 65/82, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 29.
[1084] BAG v. 23.6.1994 – 2 AZR 617/93, NZA 1994, 1080.
[1085] Dazu *Adomeit/Mohr*, NJW 2009, 2255 ff., *dies*, AGG, § 7 Rn. 3, 9 ff.
[1086] *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 10 ff., 99 und § 7 Rn. 8.
[1087] Ausführlich dazu *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 219 ff.
[1088] BAG v. 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, NZA 2009, 361 Rn. 39 mit zust. Anm. *Adomeit/Mohr*, NJW 2009, 2255.

Auslegung des KSchG als Konkretisierungen des unbestimmten Rechtsbegriffs der Sozialwidrigkeit, also mittelbar berücksichtigt werden.

- **Außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG** ergibt sich die Unwirksamkeit einer diskriminierenden Kündigung, die auf einem der in § 1 AGG genannten Gründe beruht, **unmittelbar** aus den §§ 7 Abs. 1, 1 und 3 Abs. 1 AGG i.V.m. § 134 BGB.[1089]

e) **Kündigung wegen Betriebsübergang**

- Einen weiteren Unwirksamkeitsgrund regelt **§ 613a Abs. 4 S. 1 BGB**, der ein eigenständiges Kündigungsverbot i.S.v. § 13 Abs. 3 KSchG und § 134 BGB beinhaltet.[1090] Gem. § 613a Abs. 4 S. 1 BGB ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses unwirksam, wenn sie durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Betriebsinhaber gerade wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils erfolgt.[1091] Ein Betriebsübergang in diesem Sinne ist jeder Vorgang, bei dem die tatsächliche Herrschaft über den Betrieb bzw. den Betriebsteil unter Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit von einer natürlichen oder juristischen Person auf eine andere übergeht.[1092] Nach dem BAG wird eine Kündigung nur dann wegen eines Betriebsübergangs i.S.d. § 613a BGB ausgesprochen, mit der Folge ihrer Unwirksamkeit, wenn der Betriebsübergang die überwiegende Ursache der Kündigung bildet.[1093] Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt, wie § 613a Abs. 4 S. 2 BGB klarstellt.

6. Ausschlussfrist

- § 4 KSchG legt die für eine wirksame **Kündigungsschutzklage** zu beachtenden **Frist- und Formerfordernisse** fest. Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, muss er nach § 4 S. 1 KSchG innerhalb von **drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.** § 4 S. 1 KSchG gilt sowohl für ordentliche als auch für außerordentliche Kündigungen (§ 13 Abs. 1 S. 2 KSchG). Die Vorschrift erfasst zudem Kleinbetriebe (vgl. § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG) sowie Arbeitnehmer, die die sechsmonatige Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht erfüllt haben.[1094] Ruft der Arbeitnehmer innerhalb dieser Frist das Arbeitsgericht <u>nicht</u> an, gilt die Kündigung gem. § 7 Hs. 1 KSchG trotz einer etwaigen Sozialwidrigkeit oder der tatsächlichen Unwirksamkeit aus anderen Gründen (vgl. § 13 Abs. 3 KSchG) als von Anfang an wirksam.[1095] **§ 7 KSchG fingiert damit bei einer nicht fristgemäßen Klageerhebung die Wirksamkeit der Kündigung**.
- § 4 S. 1 KSchG soll Gewissheit über die endgültige Rechtsbeständigkeit der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses schaffen.[1096] Demselben Zweck dient die gesetzliche Fiktion des § 7 KSchG, die zu einer rückwirkenden Heilung der Unwirksamkeit Kündigung führt, wenn die Drei-Wochen-Klagefrist gem. § 4 S. 1 KSchG und ggf. die sechsmonatige Frist zur Beantragung der nachträglichen Zulassung einer Kündigungsschutzklage

[1089] BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372.
[1090] BAG v. 22.5.1997 – 8 AZR 101/96, NZA 1997, 1050 = AP BGB § 613a Nr. 154 mit Anm. *Franzen*.
[1091] Siehe etwa *Junker*, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 6, S. 91 ff.
[1092] BeckOK BGB/*Fuchs*, § 613a BGB Rn. 15.
[1093] BAG v. 28.10.2004 – 8 AZR 391/03, NZA 2005, 285, 286.
[1094] BeckOK ArbR/*Kerwer*, § 4 KSchG Rn. 1.
[1095] MüKoBGB/*Hergenröder*, § 4 KSchG Rn. 1.
[1096] BAG v. 28.1.2010 – 2 AZR 985/08, NJW 2010, 2681 Rn. 27.

nach § 5 Abs. 3 S. 2 KSchG versäumt wurden.[1097] Durch die §§ 4 und 7 KSchG entspricht der Gesetzgeber dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers, der zeitnah wissen muss, ob er über den Arbeitsplatz des Gekündigten disponieren und ihn wiederbesetzen kann.[1098]

- Nach dem Wortlaut des § 4 S. 1 KSchG findet die dort normierte Ausschlussfrist Anwendung, wenn der Arbeitnehmer geltend machen will, „dass die Kündigung sozial ungerechtfertigt **oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist**." Innerhalb der Klagefrist des § 4 KSchG müssen also nicht nur die Gründe angegriffen werden, die zur Sozialwidrigkeit einer Kündigung gem. § 1 Abs. 2 und 3 KSchG führen können (dazu nachfolgend § 15 III. 2.), sondern grds. auch alle anderen Unwirksamkeitsgründe.

Beispiele: Die Kündigung kann aus anderen Gründen als einer Sozialwidrigkeit unwirksam sein, wenn der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört wurde (§ 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG) oder wenn die Kündigung aufgrund eines Betriebsübergangs erfolgte (§ 613a Abs. 4 S. 1 BGB). Ebenfalls zur Unwirksamkeit führt gem. § 134 BGB ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot wie § 17 MuSchG (vor dem 1.1.2018: § 9 MuSchG a.F.), gegen § 168 SGB IX (schwerbehinderte Menschen), gegen die guten Sitten i.S.v. § 138 BGB oder gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB.[1099] Auch ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG unterfällt den von § 4 S. 1 KSchG benannten „anderen Gründen".[1100]

- Der Arbeitnehmer **muss nicht alle denkbaren Unwirksamkeitsgründe innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist einführen**. Sofern er innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung im Klagewege geltend gemacht hat, dass eine rechtsunwirksame Kündigung vorliegt, kann er gem. § 6 S. 1 KSchG in diesem Verfahren bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz weitere Unwirksamkeitsgründe vorbringen.
- **Vom Anwendungsbereich der §§ 4 S. 1 und 7 KSchG ausgenommen sind folgende Unwirksamkeitsgründe**:[1101]
  - Die Kündigung genügt nicht dem Formerfordernis des § 623 BGB;
  - Die Kündigung ist dem Arbeitnehmer nicht zugegangen;
  - Die Kündigung ist aufgrund fehlender Vertretungsmacht dem Arbeitgeber nicht zurechnen.

7. Umdeutung (§ 140 BGB)

- Eine außerordentliche, d.h. fristlose Kündigung, die gem. § 623 BGB zwar formwirksam ausgesprochen wurde, aber aus anderen Gründen unwirksam ist, kann unter den nachfolgend zu schildernden Voraussetzungen gem. § 140 BGB **in eine ordentliche Kündigung zum nächst zulässigen Termin umgedeutet** werden.[1102] Hiervon zu unterscheiden sind Fallgestaltungen, in denen der Arbeitgeber neben der außerordentlichen Kündigung vorsorglich zugleich eine ordentliche Kündigung erklärt; denn dabei handelt es sich um zwei eigenständige Kündigungstatbestände und nicht um eine Umdeutung einer Kündigungsart in eine andere.[1103]

[1097] BAG v. 28.1.2010 – 2 AZR 985/08, NJW 2010, 2681 Rn. 31 f.
[1098] BAG v. 28.1.2010 – 2 AZR 985/08, NJW 2010, 2681 Rn. 31.
[1099] Vgl. BT-Drs. 15/1204, S. 9 f., 13.
[1100] Siehe für weitere Beispiele BeckOK ArbR/*Kerwer*, § 4 KSchG Rn. 15.
[1101] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 332.
[1102] Staudinger/*Oetker*, § 623 BGB Rn. 108.
[1103] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 482.

- Die Voraussetzungen für eine Umdeutung sind in **§ 140 BGB** normiert. Das KSchG enthält weder eine spezifische Regelung, noch lässt sich aus ihm eine Vermutung gegen die Zulässigkeit einer Umdeutung ableiten.[1104] Für die Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung kommt es nach dem BAG darauf an, ob:[1105]
  (1) der Kündigende Tatsachen vorgetragen hat, die darauf hindeuten, dass die **Umdeutung in eine ordentliche Kündigung seinem mutmaßlichen Willen entspricht** und
  (2) dieser Wille dem Gekündigten auch erkennbar geworden ist.

  Bei der Ermittlung des hypothetischen Willens des Kündigenden ist auf die wirtschaftlichen Folgen abzustellen, die mit der nichtigen Erklärung bezweckt waren. Die Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung kommt daher in Betracht, wenn sich aus der Erklärung des Kündigenden die wirtschaftlich gewollte Folge ergibt, das **Arbeitsverhältnis auf jeden Fall zu beenden**, und wenn dies dem Gekündigten erkennbar war. Demgegenüber ist eine Umdeutung gegen den erklärten Parteiwillen unzulässig.[1106]
- Die Umdeutung einer rechtsunwirksamen außerordentlichen Kündigung kann an der eventuell erforderlichen **Beteiligung des Betriebsrates** scheitern. Der Betriebsrat ist gem. § 102 Abs. 1 S. 1 und 3 BetrVG „vor jeder Kündigung" anzuhören, sonst ist die Kündigung unwirksam. Dabei sind folgende Fallgestaltungen zu unterscheiden:
  - Besteht ein Betriebsrat und hat er **der außerordentlichen Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt**, ist bei der Umdeutung davon auszugehen, dass der Betriebsrat erst recht einer ordentlichen Kündigung zugestimmt hätte, da letztere die weniger einschneidende Maßnahme darstellt.[1107]
  - Hat der Betriebsrat der außerordentlichen Kündigung dagegen nicht zugestimmt, ist die Umdeutung nur dann zulässig, wenn der Arbeitgeber **den Betriebsrat vorsorglich zu einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung angehört hat**.[1108] In der Aufforderung an den Betriebsrat, auch zu einer ordentlichen Kündigung Stellung zu nehmen, drückt sich der Wille des Arbeitgebers aus, das Arbeitsverhältnis notfalls auch im Wege einer fristgemäßen Kündigung zu beenden.[1109]
  - Die **alleinige Anhörung zu einer außerordentlichen Kündigung ersetzt nicht die Anhörung zu einer ordentlichen Kündigung**. Fehlt es an einer wirksamen Betriebsratsanhörung zu der hilfsweisen gewollten ordentlichen Kündigung, ist letztere gem. § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam.[1110]
- Es müssen immer die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden. So **darf der Arbeitnehmer durch die Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche nicht schlechter gestellt werden**, als dies bei Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung der Fall wäre. Im Normalfall ist die ordentliche Kündigung zwar grds. als ein „Minus" in einer außerordentlichen Kündigung enthalten.[1111] Das Verhältnis von außerordentlicher und ordentlicher Kündigung kann sich aber unterschiedlich gestalten,

---

[1104] BAG v. 13.8.1987 – 2 AZR 599/86, NZA 1988, 129 unter B. II. 2. a) aa).
[1105] Zum Nachstehenden BAG v. 13.8.1987 – 2 AZR 599/86, NZA 1988, 129 unter B. II. 2. a) aa).
[1106] BAG v. 24.6.2004 – 2 AZR 656/02, NZA-RR 2005, 440, 443.
[1107] BAG v. 16.3.1978 – 2 AZR 424/76, NJW 1979, 76, 78 f. Das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats bei Kündigungen hat keinen Selbstzweck, sondern soll den Arbeitnehmer in seiner Rechtsstellung vor rechtswidrigen Eingriffen des Arbeitgebers schützen. Im Hinblick darauf ist eine förmliche Anhörung zur ordentlichen Kündigung ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Betriebsrat der außerordentlichen Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zustimmt und die ordentliche Kündigung auf denselben Sachverhalt gestützt wird, den der Betriebsrat bereits i.R. der Anhörung zur außerordentlichen Kündigung beurteilt hat.
[1108] BAG v. 16.3.1978 – 2 AZR 424/76, NJW 1979, 76, 78; BAG v. 13.8.1987 – 2 AZR 599/86, NZA 1988, 129.
[1109] BAG v. 13.8.1987 – 2 AZR 599/86, NZA 1988, 129.
[1110] BAG v. 16.3.1978 – 2 AZR 424/76, NJW 1979, 76, 78.
[1111] BAG v. 24.6.2004 – 2 AZR 656/02, NZA-RR 2005, 440, 443 f.

wenn z.B. der gekündigte Arbeitnehmer bei einer wirksamen außerordentlichen Kündigung einen tariflichen Anspruch auf Zahlung einer Abfindung erwerben würde, den er bei einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung nicht hat.[1112] Die Umdeutung der unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung würde in einem solchen Fall den Arbeitnehmer schlechter stellen, weil dessen Arbeitsverhältnis – nunmehr umgedeutet – fristgemäß aus betriebsbedingten Gründen ohne Abfindung beendet werden könnte.[1113]

- **Eine formunwirksame außerordentliche Kündigung kann nicht in eine ordentliche Kündigung oder in ein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags umgedeutet werden**, da auch diese Rechtsgeschäfte dem Schriftformerfordernis des § 623 BGB unterliegen.[1114] Möglich ist allenfalls die Umdeutung der formunwirksamen außerordentlichen Kündigung **in eine – formlose – Anfechtungserklärung**.[1115] Dagegen ist die Umdeutung einer formunwirksamen ordentlichen Kündigung in eine Anfechtung nicht möglich. Eine solche Umdeutung scheitert daran, dass die Anfechtung zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt und damit weitergehende Rechtsfolgen als eine ordentliche Kündigung hat.[1116]

III. Ordentliche Kündigung

1. Begriff

- Die ordentliche Kündigung ist der praktisch wohl **wichtigste Beendigungstatbestand**.[1117] Bei dieser Form der Kündigung wird das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist aufgelöst.
- Der **Arbeitnehmer** kann die ordentliche Kündigung des Arbeitsvertrags ohne Angabe von Gründen erklären; lediglich die (Grund-)Kündigungsfrist von vier Wochen gem. § 622 Abs. 1 BGB muss beachtet werden.
- Für die ordentliche Kündigung durch den **Arbeitgeber** gelten besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen. Die wichtigsten Einschränkungen ergeben sich aus dem Kündigungsschutzgesetz (**KSchG**).

2. Voraussetzungen

a) Kündigungsrecht – Vertragliche Einschränkungen

- Beide Parteien des Arbeitsverhältnisses haben grds. das Recht, das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis unter Wahrung der einschlägigen Kündigungsfrist zu kündigen (vgl. § 622 Abs. 1 BGB). Das ordentliche Kündigungsrecht kann aber vertraglich oder gesetzlich ausgeschlossen sein. In diesen Fallgestaltungen ist von einer ordentlichen Unkündbarkeit die Rede. Ein **vertraglicher Ausschluss der ordentlichen Kündigung** kann sich aus Kollektivverträgen, z.B. einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung, aber auch aus dem Individualarbeitsvertrag ergeben. Ein solcher Ausschluss zählt zu

[1112] BAG v. 24.6.2004 – 2 AZR 656/02, NZA-RR 2005, 440, 444. Im konkreten Fall sah das BAG die außerordentliche Kündigung einer im Ausland als sog. Ortskraft beschäftigten Sprachlehrerin wegen Schließung eines Kulturinstituts als unzulässig an, da dem Arbeitgeber auch beim Wegfall aller Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten regelmäßig zumutbar sei, wenigstens die Kündigungsfrist einzuhalten. Zur betriebsbedingten Kündigung siehe noch § 15 III. 2. c) ee).
[1113] BAG v. 24.6.2004 – 2 AZR 656/02, NZA-RR 2005, 440, 444.
[1114] Erman/*Belling/Riesenhuber*, § 623 BGB Rn. 23; Staudinger/*Oetker*, § 623 BGB Rn. 107.
[1115] *Preis/Gotthardt*, NZA 2000, 348, 352.
[1116] Staudinger/*Oetker*, § 623 BGB Rn. 109.
[1117] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 354; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 323.

den Unwirksamkeitsgründen einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen ordentlichen Kündigung, die gem. §§ 4, 6 KSchG rechtzeitig geltend gemacht werden müssen.[1118]

- **Tarifverträge** können nach § 1 TVG Rechtsnormen enthalten, die die Beendigung von Arbeitsverhältnissen regeln und somit auch den Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts vorsehen können (siehe noch unten). Die tariflichen Rechtsnormen gelten nach § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend (nur) zwischen den beiderseits tarifgebundenen Parteien (§ 3 Abs. 1 TVG), sofern der Arbeitsvertrag nicht – individualarbeitsrechtlich – auf einen solchen Tarifvertrag verweist. Beschränkungen des ordentlichen Kündigungsrechts des Arbeitgebers durch Tarifverträge stellen Abweichungen von den zwingenden Vorschriften des KSchG dar, die insoweit zulässig sind, als sie einen über die Mindestvorgaben des KSchG hinausgehenden Schutz gewähren, für den Arbeitnehmer im Ergebnis also günstiger sind.[1119]

- **Beispiele:** In der Praxis sind häufig tarifliche Regelungen anzutreffen, die eine ordentliche Kündigung ausschließen, wenn der Arbeitnehmer für eine bestimmte Dauer in demselben Betrieb oder Unternehmen beschäftigt ist und ein bestimmtes Alter erreicht hat (siehe z.B. § 34 Abs. 2 TVöD).[1120] Tarifvertragliche Beschränkungen des Kündigungsrechts des Arbeitgebers können überdies in sog. Rationalisierungsschutzabkommen enthalten sein, die entweder eine Verlängerung bestehender gesetzlicher oder tarifvertraglicher Kündigungsfristen oder den Ausschluss der ordentlichen Kündigung für bestimmte Arbeitnehmergruppen oder eine Kombination von beidem vorsehen.[1121]

- Einschränkungen des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts können auch in **Betriebsvereinbarungen** vorgesehen sein, sofern diese nicht gegen den sog. Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßen. Nach diesem Vorbehalt können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein, es sei denn, der einschlägige Tarifvertrag lässt den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zu (sog. tarifliche Öffnungsklauseln). § 77 Abs. 3 BetrVG will verhindern, „dass Gegenstände, derer sich die Tarifvertragsparteien angenommen haben, konkurrierend durch Betriebsvereinbarung geregelt werden."[1122] Die Vorschrift gewährleistet somit die Funktionsfähigkeit der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie, indem sie den Tarifvertragsparteien den Vorrang zur Regelung von Arbeitsbedingungen einräumt.[1123] Das Verhältnis von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen stellt eine komplexe Thematik dar, die Gegenstand der Vorlesung „Mitbestimmungsrecht I" ist und vorliegend nicht vertieft werden kann.
- **Arbeitsverträge** schließen eine ordentliche Kündigung nicht selten durch sog. **Bezugnahmeklauseln aus, die auf ein tarifvertragliches Kündigungsverbot verweisen**.[1124]
- Die ordentliche Kündigung ist schließlich ausgeschlossen, wenn der Arbeitsvertrag befristet geschlossen wurde. Ein **befristetes Arbeitsverhältnis** unterliegt **gem. § 15 Abs. 3 TzBfG** nur dann der ordentlichen Kündigung, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist. Ansonsten endet es mit Ablauf einer zulässiger Weise vereinbarten Frist.

[1118] BAG v. 8.11.2007 – 2 AZR 314/06, NZA 2008, 936.
[1119] BAG v. 20.2.2014 – 2 AZR 859/11, NZA 2014, 1083 Rn. 44. Zum Verhältnis von einseitig zwingenden Gesetzen und Tarifverträgen siehe *Bourazeri*, Tarifautonomie und Wirtschaftskrise, S. 88 ff.
[1120] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 58 Rn. 2692.
[1121] Näher dazu MüHBAR/*Wank*, § 110 Rn. 74.
[1122] BAG v. 29.10.2002 – 1 AZR 573/01, NZA 2003, 393, 394.
[1123] BAG v. 29.10.2002 – 1 AZR 573/01, NZA 2003, 393, 394. Siehe näher *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 67 ff. m.w.N.
[1124] Näher ErfK/*Franzen*, § 3 TVG Rn. 29 ff.

b) **Kündigungsrecht – Gesetzliche Einschränkungen**

- Unabhängig von einem vertraglich vereinbarten Kündigungsschutz genießen bestimmte Arbeitnehmergruppen einen **besonderen gesetzlichen Kündigungsschutz**. Die wichtigsten Fallgruppen sind:[1125]
  - Sonderkündigungsschutz für **schwerbehinderte Menschen**: Eine ordentliche Kündigung ist nur nach vorheriger Zustimmung des Integrationsamts zulässig (§ 168 SGB IX; vgl. auch § 174 SGB IX mit Blick auf die außerordentliche Kündigung).
  - Kündigungsrechtlicher **Mutterschutz**: Die Kündigung gegenüber einer Frau ist unzulässig 1. während ihrer Schwangerschaft, 2. bis zum Ablauf von vier Monaten nach einer Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche und 3. bis zum Ende ihrer Schutzfrist nach der Entbindung, mindestens jedoch bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung, wenn dem Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Kündigung die Schwangerschaft, die Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche oder die Entbindung bekannt ist oder wenn sie ihm innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird (§ 17 Abs. 1 MuSchG).
  - Die ordentliche Kündigung von **Mitgliedern des Betriebsrats** ist nach § 15 Abs. 1 KSchG unzulässig. Eine außerordentliche Kündigung kommt gem. § 103 Abs. 1 BetrVG nur bei Zustimmung des Betriebsrats in Betracht. Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, kann das Arbeitsgericht sie gem. § 103 Abs. 2 BetrVG auf Antrag des Arbeitgebers ersetzen, wenn die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist.
  - Besondere Vorgaben gelten für die Kündigung von **Berufsausbildungsverhältnissen**: Nach der Probezeit kann der Arbeitgeber gem. § 22 Abs. 2, 3 BBiG einem Auszubildenden nur außerordentlich unter Angabe der Kündigungsgründe kündigen.

c) **Kündigungsgrund**

- Die materiellen Vorgaben des 1 KSchG betreffen allein eine durch den Arbeitgeber ausgesprochene ordentliche Kündigung. Nach **§ 1 Abs. 1 KSchG** ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, **rechtsunwirksam**, **wenn sie sozial ungerechtfertigt ist**. Sozial ungerechtfertigt ist eine ordentliche Kündigung, wenn sie nicht auf einem der in § 1 Abs. 2 KSchG benannten Gründen beruht. Das KSchG dient damit vornehmlich dem Schutz des Arbeitsplatzes. Es ist in der Diktion des BAG als Bestandsschutz- und nicht als Abfindungsgesetz konzipiert.[1126]
- § 1 KSchG nennt drei Kündigungsgründe. Nach § **1 Abs. 2 S. 1 KSchG** ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe bedingt ist, die in der **Person** oder in dem **Verhalten** des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende **betriebliche Erfordernisse**, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen. Die sog. personenbedingten und verhaltensbedingten Gründe stammen aus der Sphäre des Arbeitnehmers. Die Gründe für eine betriebsbedingte Kündigung resultieren dagegen aus der Sphäre des Arbeitgebers.[1127]

[1125] Vgl. *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 368; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 346.
[1126] BAG v. 24.11.2011 – 2 AZR 429/10, NZA 2012, 610 Rn. 41; BAG v. 29.8.2013 – 2 AZR 419/12, NZA 2014, 660 Rn. 18.
[1127] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 361.

- Die Regelungen in **§ 1 Abs. 2 S. 2 bis 4, Abs. 3 und 4 KSchG** sehen weitere sog. negative Gründe vor, die die Sozialwidrigkeit einer „an sich" gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG gerechtfertigten Kündigung begründen können.[1128]

aa) Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes

- **Sachlicher Geltungsbereich:** Die Vorgaben des KSchG an die materielle Rechtmäßigkeit betreffen wie gesehen nur eine **ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber**. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer oder aus anderen Gründen, z.B. durch Aufhebungsvertrag, ist nicht vom Geltungsbereich des KSchG erfasst. Für eine außerordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber nach § 626 BGB ist lediglich § 13 Abs. 1 KSchG einschlägig, der die verfahrensrechtlichen Vorgaben in den §§ 4 S. 1 und 5 bis 7 KSchG auf diese Kündigung erstreckt.[1129]
- **Zeitlicher Geltungsbereich**: Gem. § 1 Abs. 1 KSchG setzt die Anwendbarkeit des KSchG voraus, dass das jeweilige Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat (sog. **Wartezeit**).[1130]
- **Persönlicher Geltungsbereich**: Der allgemeine Kündigungsschutz erfasst gem. § 1 Abs. 1 KSchG nur Arbeitnehmer im herkömmlichen Sinne (zum Arbeitnehmerbegriff siehe bereits § 3. I. 1.). § 14 KSchG normiert allerdings folgende Einschränkungen:
  - **Gesetzliche Vertreter juristischer Personen** und **organschaftliche Vertreter von Personengesamtheiten** sind nach § 14 Abs. 1 KSchG vom Geltungsbereich des KSchG ausgenommen (zur rechtlichen Behandlung von Organmitgliedern siehe oben § 3 I. 3. e).[1131]
  - **Leitende Angestellte** fallen grds. unter das KSchG. § 14 Abs. 2 KSchG enthält jedoch eine Sonderregelung für diejenigen leitenden Angestellten, die „zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind".[1132] Hiernach kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit diesen Personen unter erleichterten Voraussetzungen auflösen, indem er vor Gericht einen **Auflösungsantrag** gem. § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG ohne Begründung stellt.
- **Betrieblicher Geltungsbereich:** Nach § 23 Abs. 1 S. 1 KSchG gelten die §§ 1 bis 16 KSchG für Betriebe und Verwaltungen des privaten und öffentlichen Rechts. Privathaushalte sind nach h.A. keine „Betriebe" i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 1 KSchG, mit der Folge, dass Hausangestellte nicht unter das KSchG fallen.[1133] Nach überwiegender Auffassung lehnt sich § 622 Abs. 2 BGB an § 1 Abs. 1 KSchG an, weshalb die dort normierten

---

[1128] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 362.
[1129] ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 16.
[1130] Siehe zur Verfassungsmäßigkeit BVerfG v. 21.06.2006 – 1 BvR 1659/04, NZA 2006, 913 f.
[1131] Zur Frage, inwieweit GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstände als Selbständige oder als Arbeitnehmer einzustufen sind, siehe *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326, 332 ff.
[1132] Zur Konkretisierung der Befugnis zur selbständigen Einstellung oder Entlassung siehe BAG v. 19.4.2012 – 2 AZR 186/11, NZA 2013, 27 Rn. 30 ff.: Diese Befugnis muss entweder eine bedeutende Anzahl von Arbeitnehmern oder eine gewisse Anzahl bedeutender Arbeitnehmer erfassen. Entscheidend für das Gewicht der Personalkompetenz ist, welchen Stellenwert die Tätigkeit der Mitarbeiter, die der Betreffende einstellt oder entlässt, für das Unternehmen hat. Zur selbständigen Einstellung oder Entlassung i.S.d. § 14 Abs. 2 KSchG sind nur solche Arbeitnehmer berechtigt, deren entsprechende Befugnis nicht nur im Außen-, sondern auch im Innenverhältnis besteht. Die Personalkompetenz muss einen wesentlichen Teil der Tätigkeit des Angestellten ausmachen und tatsächlich ausgeübt werden.
[1133] ErfK/*Kiel*, § 23 KSchG Rn. 3; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 357; siehe für weitere Nachw. *Kocher*, NZA 2013, 929, 931 mit Fn. 17. Der Betriebsbegriff des KSchG stimmt im Ausgangspunkt mit demjenigen im BetrVG überein, siehe Ascheid/Preis/Schmidt/*Moll*, § 23 KSchG Rn. 7; ausführlich zum Begriff des Betriebs nach dem BetrVG *Fitting*, § 1 BetrVG Rn. 58 ff.

besonderen Arbeitgeberkündigungsfristen ebenfalls nicht auf Hausangestellte anzuwenden seien.[1134] Für letztere gilt lediglich die Grundkündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB.

- Bedeutsame Einschränkungen des Anwendungsbereichs der §§ 1 ff. KSchG beinhalten weiterhin die Regelungen in **§ 23 Abs. 1 S. 2 bis 4 KSchG** (sog. **Kleinbetriebsklausel**).[1135] Hiernach gelten für Kleinbetriebe die Vorschriften des 1. Abschnittes (§§ 1 bis 14 KSchG – Allgemeiner Kündigungsschutz) mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 und des § 13 Abs. 1 S. 1 und 2 KSchG nicht. Demgemäß muss bei Kleinbetrieben eine ordentliche Kündigung nicht den Voraussetzungen des § 1 KSchG genügen, **es bedarf mithin keiner Prüfung der Sozialwidrigkeit**. Die gesetzliche Privilegierung von Kleinbetrieben beruht nach der amtlichen Begründung insbesondere auf folgenden Erwägungen:[1136]
  - Inhaber kleinerer Betriebe hätten Schwierigkeiten bei der Anwendung des komplizierten Kündigungsrechts, so dass sie teilweise schon aus diesem Grund von Einstellungen Abstand nähmen.
  - Kleinere Betriebe würden durch langwierige Kündigungsschutzverfahren oder durch zur Abwendung dieser Verfahren geleistete Abfindungsleistungen wirtschaftlich erheblich stärker belastet als größere Betriebe.
  - Bei Kleinbetrieben sei eine größere personalwirtschaftliche Flexibilität erforderlich.
  - Der Charakter der persönlichen Zusammenarbeit in kleineren Einheiten könne durch übermäßige rechtliche Bindungen gestört werden.

  Im Hinblick auf diesen Normzweck der Kleinbetriebsklausel hat die Rechtsprechung folgende Kriterien herausgearbeitet: typischerweise enge persönliche Zusammenarbeit zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgeber, geringe Finanzausstattung und Verwaltungskapazität des Unternehmens.[1137]
- **Die Privilegierung von Kleinbetrieben gem. § 23 Abs. 1 S. 2 bis 4 KSchG ist verfassungskonform**. Sie verletzt nicht Art. 12 Abs. 1 GG.[1138] Der Gesetzgeber hat mit ihr – in der Diktion des BVerfG – einen Ausgleich zwischen den Belangen der Arbeitsvertragsparteien getroffen, der der aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitenden Schutzpflicht genügt. Dem durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Interesse des Arbeitnehmers an einer Erhaltung seines Arbeitsplatzes stehe das Interesse des Arbeitgebers gegenüber, in seinem Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die seinen Vorstellungen entsprächen und ihre Zahl auf das von ihm bestimmte Maß zu beschränken. Die differenzierte Behandlung von Kleinbetrieben berücksichtigt die widerstreitenden Belange der Vertragsparteien angemessen.[1139] Denn die in Kleinbetrieben beschäftigten Arbeitnehmer seien Kündigungen durch den Arbeitgeber nicht schutzlos ausgeliefert. Die Kleinbetriebsklausel verstößt auch nicht gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz gem. Art. 3 GG.[1140]
- Die Regelungen zum Kleinbetrieb sind kompliziert: Ein **Kleinbetrieb** ist nach § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG zwar grds. ein Betrieb, in dem „in der Regel fünf oder weniger Arbeit-

[1134] A.A. LAG Baden-Württemberg v. 26.6.2015 – 8 Sa 5/15, NZA-RR 2016, 17, wonach der private Haushalt als Betrieb i.S.d. § 622 Abs. 2 BGB verfassungskonform ausgelegt anzusehen sei; *Kocher*, NZA 2013, 929, 931 f.
[1135] Siehe dazu *Preis*, Klausurenkurs, Individualarbeitsrecht, Fall 12, S. 212, 217 ff.
[1136] BT-Drs. 13/4612, S. 9; BAG v. 19.4.1990 – 2 AZR 487/89, NZA 1990, 724, 725 f.
[1137] BAG v. 13.6.2002 – 2 AZR 327/01, NZA 2002, 1147, 1149; BAG v. 28.10.2010 – 2 AZR 392/08, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 48 Rn. 21; Ascheid/Preis/Schmidt/*Moll*, § 23 KSchG Rn. 5.
[1138] Zum Folgenden BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17 unter B. I. 3. der Gründe; *Mohr*, ZfA 37 (2006), 457 ff.
[1139] BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17 unter B. I. 3. b) der Gründe.
[1140] Vgl. BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17 unter B. II. der Gründe; BAG v. 19.4.1990 – 2 AZR 487/89, NZA 1990, 724 ff.; BAG v. 24.1.2013 – 2 AZR 140/12, NZA 2013, 726 Rn. 21 f.

nehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten [Auszubildenden] beschäftigt werden." Durch das Gesetz zu den Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 wurde der **Schwellenwert** bei Neueinstellungen aber auf **zehn Arbeitnehmer** angehoben.[1141] Das Gesetz unterscheidet deshalb zwischen sog. **Alt-Arbeitnehmern**, die bereits am 31.12.2003 in einem Betrieb beschäftigt waren und **Arbeitnehmern, die erst am 1.1.2004 oder später eingestellt wurden** (§ 23 Abs. 1 S. 3 KSchG).:
  - Erreichen **die bereits am 31.12.2003 Eingestellten den Schwellenwert von fünf Beschäftigten**, ist der Anwendungsbereich der §§ 1 bis 14 KSchG (allein) für diese „Alt-Arbeitnehmer" eröffnet.[1142]
  - Hingegen können sich **die nach dem 31.12.2003 eingestellten Arbeitnehmer** nur dann auf den allgemeinen Kündigungsschutz berufen, wenn im betreffenden Betrieb in der Regel **mehr als zehn Arbeitnehmer** beschäftigt sind.
- Gem. § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG werden **teilzeitbeschäftigte** Arbeitnehmer i.S.d. § 2 TzBfG mit 0,5 bei nicht mehr als 20 Wochenstunden bzw. mit 0,75 bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 30 Stunden berücksichtigt.
- Bei der Bestimmung der Betriebsgröße nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG sind im Betrieb eingesetzte **Leiharbeitnehmer** nur dann mitzuzählen, wenn mit ihnen ein regelmäßiger Beschäftigungsbedarf abgedeckt wird.[1143]
- Für die Feststellung der Zahl der in der Regel Beschäftigten i.S.d § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG kommt es auf die Größe des Betriebs **im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung** an.[1144] Maßgebend ist aber nicht die zufällige tatsächliche Anzahl der Beschäftigten im Zeitpunkt des Kündigungszugangs, sondern die Beschäftigungslage, die für den Betrieb allgemein kennzeichnend ist.[1145]

bb) Prüfungssystematik der Kündigungsgründe und Prinzipien

- § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG sieht drei Fallgruppen vor, die **relative Gründe für die Sozialwidrigkeit** darstellen: personenbedingte, verhaltensbedingte Gründe und dringende betriebliche Erfordernisse. „Relativ" bedeutet, dass die Entscheidung über die soziale Rechtfertigung der Kündigung eine einzelfallbezogene Interessenabwägung bzw. Sozialauswahl erfordert.[1146]
- Die Vorschriften in § 1 Abs. 2 S. 2 und 3 KSchG legen demgegenüber sog. **absolute Unwirksamkeitsgründe** fest. Verstößt etwa eine ordentliche Kündigung gegen eine Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG oder besteht eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in demselben oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens und hat der Betriebsrat aus einem dieser Gründe der Kündigung form- und fristgerecht gem. § 102 Abs. 2 BetrVG widersprochen, ist die Kündigung unwirksam.[1147] In derartigen Fallgestaltungen bedarf es keiner weitergehenden Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien. Die Tatbestände von § 1 Abs. 2 S. 2 und 3 KSchG sind im Verhältnis zur Generalklausel des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG **leges speciales**.[1148] Liegt kein absoluter Unwirksamkeitsgrund vor, sind deshalb die Kündigungsgründe des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG zu prüfen.

[1141] BGBI. 2004 I, S. 3002, S. 1; Ascheid/Preis/Schmidt/*Moll*, § 23 KSchG Rn. 3a; zum rechtspolitischen Hintergrund siehe *Mohr*, ZfA 37 (2006), 547.
[1142] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 357.
[1143] BAG v. 24.1.2013 – 2 AZR 140/12, NZA 2013, 726 Rn. 20 ff.
[1144] BAG v. 31.1.1991 – 2 AZR 356/90, NZA 1991, 562 f.
[1145] BAG v. 24.1.2013 – 2 AZR 140/12, NZA 2013, 726 Rn. 24.
[1146] Ascheid/Preis/Schmidt/*Vossen*, § 1 KSchG Rn. 61.
[1147] Vgl. BAG v. 13.9.1973 – 2 AZR 601/72, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 2 unter II. 7. der Gründe; siehe dazu Ascheid/Preis/Schmidt/*Vossen*, § 1 KSchG Rn. 61 und 92.
[1148] Vgl. etwa BAG v. 13.9.1973 – 2 AZR 601/72, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 2 unter II. 6. und 7. der Gründe; siehe näher

- **Bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Kündigung** sind folgende Prinzipien zu beachten:[1149]
- **(1) Prognoseprinzip:**[1150] Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung beim Empfänger.[1151] Die Kündigung ist eine zukunftsbezogene rechtsgestaltende Erklärung. Da das Arbeitsverhältnis ein Dauerschuldverhältnis ist, muss der jeweilige Kündigungsgrund in der Regel durch Umstände gerechtfertigt sein, die **einer künftigen Weiterbeschäftigung** entgegenstehen. Er muss sich zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs deshalb auf eine entsprechende **negative Prognose** stützen:[1152]
  - Bei der **betriebsbedingten** Kündigung bezieht sich die negative Zukunftsprognose auf den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs für eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern. Dringende betriebliche Erfordernisse i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG liegen hiernach vor, wenn die Umsetzung einer unternehmerischen (Organisations-)Entscheidung auf der betrieblichen Ebene **spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist zu einem voraussichtlich dauerhaften Wegfall eines Arbeitsplatzes** führt.[1153]
  - Bei **der personen- und verhaltensbedingten** Kündigung bezieht sich die negative Zukunftsprognose im Ausgangspunkt darauf, inwieweit in der Vergangenheit liegende Vorgänge **auch künftig zu vergleichbaren Beeinträchtigungen des Arbeitsverhältnisses führen** und insofern die Weiterbeschäftigung aus der Sicht des Arbeitgebers als unzumutbar erscheinen lassen.[1154] Besonders ausgeprägt ist die Anwendung des Prognoseprinzips in der Rechtsprechung des BAG in Zusammenhang mit der personenbedingten Kündigung auf Grund von Krankheit (dazu sogleich).[1155] Aber auch im Bereich der verhaltensbedingten Kündigung ist das Prognoseprinzip bedeutsam. Der Kündigungszweck ist – in den Worten des BAG – zukunftsbezogen ausgerichtet, weil mit der verhaltensbedingten Kündigung das Risiko weiterer Vertragsverletzungen ausgeschlossen werden soll.[1156] Entscheidend sei, ob eine Wiederholungsgefahr bestehe oder ob das vergangene Ereignis sich auch künftig weiter belastend auswirke. Nach überzeugender Sichtweise muss bei verhaltensbedingten Kündigungen allerdings beachtet werden, dass im Einzelfall besonders schwere Vertragsverstöße des Arbeitnehmers derart gravierende Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses haben können, dass die bereits vorliegenden Ereignisse in Vergangenheit und Gegenwart die Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen können.[1157]
  - Nach dem Zugang der Kündigungserklärung **eintretende Veränderungen** der Kündigungsgründe berühren die Rechtswirksamkeit der Kündigung jedenfalls im Grundsatz nicht (siehe hierzu auch § 15 III. 4.).[1158]

MüKoBGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG Rn. 67. Zur begrenzten praktischen Bedeutung der Vorschriften von § 1 Abs. 2 S. 2 und 3 KSchG, sofern sich der Arbeitnehmer auf die dort genannten Tatbestände auch i.R.d. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG berufen kann, siehe *Hergenröder*, ebenda, Rn. 405.

[1149] MüKoBGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG Rn. 114; BeckOK ArbR/*Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 80.

[1150] Grundlegend *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 322 ff.

[1151] Siehe z.B. BAG v. 13.2.2008 – 2 AZR 543/06, NZA 2008, 821 Rn. 20.

[1152] Siehe z.B. BAG v. 19.11.2015 – 2 AZR 217/15, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 75 Rn. 61; MüKoBGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG Rn. 113; *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, Rn. 683.

[1153] BAG v. 31.7.2014 – 2 AZR 422/13, NZA 2015, 101 Rn. 31; BeckOK ArbR/*Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 82.

[1154] Vgl. BAG v. 23.5.2013 – 2 AZR 120/12, NZA 2013, 1211 Rn. 23 ff., hinsichtlich einer personenbedingten Kündigung; BAG v. 19.11.2015 – 2 AZR 217/15, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 75.

[1155] *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, S. 326.

[1156] BAG v. 16.8.1991 – 2 AZR 604/90, NZA 1993, 17, 20.

[1157] *Rüthers*, NJW 1998, 1433, 1435.

[1158] BAG v. 27.2.1997 – 2 AZR 160/96, NZA 1997, 757, 758; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 61 Rn. 2778.

- **(2) Ultima-ratio-Prinzip**: Das Ultima-ratio-Prinzip stellt eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Dem Arbeitgeber dürfen keine milderen Mittel zur Verfügung stehen, die die Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses beseitigen können. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG kommt eine Kündigung, gleichgültig ob sie auf betriebs-, personen- oder verhaltensbedingten Gründen beruht, und gleichgültig ob sie als ordentliche oder außerordentliche Kündigung ausgesprochen wird, erst **als äußerstes Mittel** in Betracht, wenn keine Möglichkeit zu einer anderweitigen Beschäftigung, u.U. auch zu schlechteren Bedingungen, besteht.[1159] Eine Kündigung ist somit nur dann **verhältnismäßig**, wenn alle anderen im Einzelfall möglichen und weniger einschneidenden Maßnahmen erschöpft sind (z.B. Abmahnung, Versetzung, einverständliche Änderung des Vertrages, Änderungskündigung).[1160]
- **(3) Interessenabwägung:** Die Feststellung der Sozialwidrigkeit setzt schließlich eine umfassende Abwägung zwischen der Beeinträchtigung der Vertragsinteressen des Arbeitgebers und dem Interesse des Arbeitnehmers am Bestand des Arbeitsverhältnisses voraus. Nach h.A. ist eine solche Interessenabwägung **immanenter Bestandteil der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung**.[1161] Inwieweit eine umfassende Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer durchzuführen ist, hängt davon ab, ob der Gesetzgeber mit den Vorschriften des KSchG bereits bestimmte Wertentscheidungen getroffen hat, die lediglich der richterlichen Konkretisierung bedürfen.[1162] Mit Blick auf betriebsbedingte Kündigungen hat der Gesetzgeber zum einen durch das Kriterium der „dringenden betrieblichen Erfordernisse" in § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG und zum anderen durch das Erfordernis der Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG eine verbindliche Abwägung zwischen den gegenüberstehenden Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern getroffen. Demgegenüber ist bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen eine sorgfältige einzelfallbezogene Interessenabwägung notwendig, da sich § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG nur vage auf Gründe bezieht, „die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen", ohne konkrete Kriterien zur Auflösung des Interessenkonflikts zu benennen.

cc) Personenbedingte Kündigung

Literatur:
Berkowsky, Die personenbedingte Kündigung – Teil 1, NZA-RR 2001, 393 ff. und Teil 2, NZA-RR 2001, 449 ff.
Schunder, Kündigung wegen Krankheit, NZA-Beilage 2015, 90 ff.

- Gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG kann die Kündigung sozial gerechtfertigt sein, wenn sie durch Gründe bedingt ist, die in der **Person des Arbeitnehmers** liegen. Kündigungsgründe in der Person des Arbeitnehmers sind solche, die auf persönlichen Eigenschaften

[1159] BAG v. 30.5.1978 – 2 AZR 630/76, NJW 1979, 332, 333. Siehe auch, mit Blick auf eine betriebsbedingte Kündigung, BAG v. 21.4.2005 – 2 AZR 132/04, NZA 2005, 1289, 1291: Hiernach konkretisiert das Merkmal der „Dringlichkeit" der betrieblichen Erfordernisse den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Ultima-ratio-Prinzip), aus dem sich ergebe, dass der Arbeitgeber vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung dem Arbeitnehmer eine beiden Parteien objektiv mögliche und zumutbare Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Bedingungen anbieten müsse.
[1160] BAG v. 30.5.1978 – 2 AZR 630/76, NJW 1979, 332, 333. Zur Entwicklung des Ultima-ratio-Prinzips in der arbeitsgerichtlichen Rspr. siehe *Stückmann/Kohlepp*, RdA 2000, 331 ff., die diesem Grundsatz allerdings kritisch gegenüberstehen. Kritisch hierzu – mit hörenswerten Argumenten – auch *Rüthers*, NJW 1998, 1433, 1434 ff., der das kündigungsschutzrechtliche Ultima-ratio-Prinzip als „eine in der Literatur entwickelte, von der Rechtsprechung übernommene normüberschreitende Übersteigerung des Gesetzesinhalts" erachtet. Die berechtigte Interessenwahrung durch Kündigung sei nach § 1 KSchG gerade nicht als das „letzte Mittel" vorgesehen, sondern immer schon dann, wenn ein verständiger, sachgerecht abwägender Arbeitgeber hinreichende Gründe dafür sehe, das Arbeitsverhältnis trotz der Bestandsinteressen der betroffenen Arbeitnehmer zu beenden.
[1161] MüKoBGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG Rn. 119; a.A. *Kiel/Bitter*, RdA 1994, 333 ff.
[1162] Zum Folgenden *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 61 Rn. 2818 ff.

und Fähigkeiten des Arbeitnehmers beruhen.[1163] Mit der Befugnis zur personenbedingten Kündigung soll dem Arbeitgeber mithin ermöglicht werden, das Arbeitsverhältnis zu beenden, wenn **der Arbeitnehmer die erforderliche Eignung oder Fähigkeit nicht (mehr) besitzt, um künftig die geschuldete Arbeitsleistung ganz oder teilweise zu erbringen**.[1164] In solchen Fällen liegt in der Regel eine schwere und dauerhafte Störung des synallagmatischen Austauschverhältnisses vor, auf die der Arbeitgeber, wenn keine anderweitige Beschäftigung möglich ist, mit einer ordentlichen Kündigung reagieren kann.[1165] Eine personenbedingte Kündigung setzt insofern eine Nicht- oder Schlechterfüllung der geschuldeten Leistung voraus, etwa weil der Arbeitnehmer einer beruflichen Anforderung nicht (mehr) entspricht.[1166] Entscheidend ist, dass aufgrund der persönlichen Verhältnisse oder Eigenschaften des Arbeitnehmers die Erreichung des Vertragszwecks – nicht nur vorübergehend – beeinträchtigt ist.[1167]

- Da eine personenbedingte Kündigung auf Umständen beruht, die **allein in der Sphäre des Arbeitnehmers** liegen[1168] und sich auch im Verhaltensbereich des Arbeitsnehmers niederschlagen können, ist die Abgrenzung von der verhaltensbedingten Gründen anspruchsvoll.[1169] In Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung (dazu unten § 15 III. 2. c) dd) erfasst die personenbedingte Kündigung **diejenigen Fälle, bei denen den Arbeitnehmer kein Verschulden im Sinne einer negativen Vorwerfbarkeit trifft**.[1170] Der Arbeitnehmer darf keinen Einfluss auf die fehlende Eignung oder Fähigkeit haben. Ist die fehlende Eignung demgegenüber durch ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers bedingt, kommt dogmatisch allein eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht.[1171]

- **Beispiele**: In der Praxis ist die Erkrankung der häufigste Sachverhalt einer personenbedingten Kündigung (dazu nachfolgend).[1172]
  Eine personenbedingte Kündigung kommt weiterhin infrage, wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer aufgrund eines gesetzlichen (Beschäftigungs-)Verbots nicht beschäftigen darf,[1173] oder wenn der Arbeitgeber aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat und die in der Sphäre des Arbeitnehmers liegen, gesetzliche Verpflichtungen in Bezug auf das Arbeitsverhältnis nicht erfüllen kann.[1174] Eine personenbedingte Kündigung kann ferner gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer wegen Verbüßung einer Freiheitsstrafe für eine verhältnismäßig erhebliche Zeit nicht in der Lage sein wird, seine arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen, weshalb eine erhebliche Störung des Austauschverhältnisses festzustellen ist.[1175] Der Arbeitgeber kann zur Kündigung eines ausländischen Arbeitnehmers berechtigt sein, wenn dieser in seinem Heimatland den

[1163] BAG v. 18.1.2007 – 2 AZR 731/05, NZA 2007, 680 Rn. 15.
[1164] So BAG v. 18.1.2007 – 2 AZR 731/05, NZA 2007, 680 Rn. 15; BAG v. 20.5.1988 – 2 AZR 682/87, NZA 1989, 464, 466.
[1165] BAG v. 24.2.2005 – 2 AZR 211/04, NZA 2005, 759, 760.
[1166] BAG v. 8.9.2011 − 2 AZR 543/10, NZA 2012, 444 Rn. 17.
[1167] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 63 Rn. 2926. Siehe auch zur dogmatischen Begründung *Berkowsky*, NZA-RR 2001, 449 f.
[1168] BAG v. 24.2.2005 – 2 AZR 211/04, NZA 2005, 759, 760.
[1169] BAG v. 20.5.1988 – 2 AZR 682/87, NZA 1989, 464, 466. Siehe zur Problematik den Fall 13 in *Preis*, Klausurenkurs, Individualarbeitsrecht, S. 222 ff., 230 f.
[1170] ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 99; vgl. auch BAG v. 8.9.2011 − 2 AZR 543/10, NZA 2012, 444 Rn. 17.
[1171] In der Praxis kann es bei nicht eindeutigen Sachverhalten geboten sein, eine Kündigung sowohl auf personen- als auch auf verhaltensbedingte Umstände zu stützen.
[1172] *Berkowsky*, NZA-RR 2001, 393, 395 f.; *Schunder*, NZA-Beilage 2015, 90; ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 100.
[1173] Eine personenbedingte Kündigung kann insoweit auf dem Fehlen einer Arbeitserlaubnis beruhen, vgl. §§ 18, 29 AufenthaltsG.
[1174] Siehe BAG v. 24.2.2005 – 2 AZR 211/04, NZA 2005, 759, 760 f.: Kann der Arbeitgeber, der eine Arbeitnehmerin ausschließlich sonntags beschäftigt, dieser den nach § 11 Abs. 3 ArbZG vorgesehenen Ersatzruhetag deshalb nicht gewähren, weil die Arbeitnehmerin an allen übrigen Tagen der Woche in einem anderen Arbeitsverhältnis arbeitet, so ist regelmäßig eine ordentliche Kündigung aus Gründen in der Person der Arbeitnehmerin gerechtfertigt.
[1175] BAG v. 24.3.2011 − 2 AZR 790/09, NZA 2011, 1084 Rn. 13 ff. Im konkreten Fall musste der Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt damit rechnen, dass der betroffene Arbeitnehmer für die Dauer von mehr als zwei Jahren an der Arbeitsleistung verhindert ist.

Wehrdienst zu leisten hat und deshalb die vertragliche Arbeitsleistung nicht erbringen kann.[1176] Weitere Beispiele sind der Verlust einer zur Berufsausübung erforderliche Lizenz oder fehlende Sprachkenntnisse, Glaubens- oder Gewissenskonflikte.[1177]

- **Voraussetzungen einer personenbedingter Kündigung sind im Einzelnen:**[1178]
  (1) Es liegt ein **Grund in der Person des Arbeitnehmers** vor, der zu einer **erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher oder vertraglicher Interessen** des Arbeitgebers führt.
  (2) Diese **Beeinträchtigung** wird sich aller Wahrscheinlichkeit nach auch in Zukunft fortsetzen. Im Hinblick auf die Gegebenheiten des Einzelfalls ist also von einer **negativen Zukunftsprognose** auszugehen, nach der der Arbeitnehmer auch künftig nicht in der Lage sein wird, seiner Arbeitspflicht nachzukommen.
  (3) Eine **anderweitige Beschäftigung des Arbeitnehmers ist nicht möglich**. Nach dem **Ultima-ratio-Prinzip** muss der Arbeitgeber sonstige mildere Mittel erwägen, durch welche die Vertragsstörung behoben werden kann. So muss der Arbeitgeber prüfen, inwieweit es möglich ist, den Arbeitnehmer zu anderen, ggf. auch schlechteren Arbeitsbedingungen oder nach zumutbaren Fortbildungsmaßnahmen auf einem anderen freien Arbeitsplatz weiter zu beschäftigen.[1179] Es kommen aber nur solche Beschäftigungsmöglichkeiten in Betracht, die mit der bisherigen Beschäftigung gleichwertig oder geringer bewertet sind.[1180] Der Arbeitgeber muss also keine höherwertigen Tätigkeiten in Erwägung ziehen.
  (4) Nach einer Interessenabwägung muss die **Beeinträchtigung der Belange des Arbeitgebers das Interesse des Arbeitnehmers am Bestand des Arbeitsverhältnisses überwiegen**. Hierbei sind solche Umstände zu berücksichtigen, die einen direkten Bezug zum Arbeitsverhältnis haben, vor allem die Dauer des ungestörten Bestandes des Arbeitsverhältnisses.[1181] Je länger ein Arbeitsverhältnis ungestört bestanden hat, desto mehr Rücksichtnahme ist vom Arbeitgeber zu erwarten.[1182]
- **Insbesondere: Die krankheitsbedingte Kündigung**.
  Eine personenbedingte Kündigung wegen Krankheit kommt sowohl bei einer Langzeiterkrankung, als auch bei wiederholten Kurzerkrankungen, als auch bei krankheitsbedingten Minderungen der Leistungsfähigkeit in Betracht.[1183] Als **„Krankheit“** wird im Ausgangspunkt ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand bezeichnet, der von dem Leitbild des gesunden Menschen gleichen Geschlechts und Alters abweicht und einer Heilbehandlung bedarf.[1184] Das altersbedingte Nachlassen der Leistungs- und Konzentrationsfähigkeit fällt insoweit nicht unter den Begriff der Krankheit.[1185] Die Krankheit ist insoweit abzugrenzen von der diskriminierungsrechtlich geschützten **Behinderung** iS. einer Einschränkung von Fähigkeiten, die u.a. auf langfristige physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die den Betreffenden in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben unter Gleichstellung mit den übrigen Arbeitnehmern hindern können.[1186]

[1176] BAG v. 20.5.1988 – 2 AZR 682/87, NZA 1989, 464, 466.
[1177] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 365.
[1178] Siehe *Preis*, Klausurenkurs, Individualarbeitsrecht, Fall 13, S. 230.
[1179] BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 583/12, NZA 2013, 1345 Rn. 19.
[1180] BAG v. 19.4.2007 – 2 AZR 239/06, NZA 2007, 1041 Rn. 25.
[1181] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 367.
[1182] So BAG v. 15.2.984 – 2 AZR 573/82, NZA 1984, 86 Ls. 3.
[1183] Siehe ausführlich *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 63 Rn. 2949 ff.; *Schunder*, NZA-Beilage 2015, 90 ff.
[1184] *Schunder*, NZA-Beilage 2015, 90.
[1185] *Schunder*, NZA-Beilage 2015, 90.
[1186] EuGH v. 18.1.2018 – C-270/16, NJW 2018, 603 Rn. 28 – Ruiz Conejero; EuGH v. 9.3.2017 – C-406/15, NZA 2017, 439 Rn. 36 – Milkova; EuGH v. 1.12.2016 – C-395/15, EuZW 2017, 263 Rn. 42 – Daouidi; im Einzelnen EUArbR/*Mohr*, Art. 1

Das BAG konkretisiert die vorstehend aufgeführten Grundsätze – bei einer gegebenen Erkrankung – in folgendem Prüfungsaufbau:[1187]

- **Stufe 1: Negative Prognose hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit.**
  - Bei einer Langzeiterkrankung ist die Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit einer dauernden krankheitsbedingten Leistungsunfähigkeit gleichzustellen, wenn in den kommenden 24 Monaten mit keiner Rückkehr an den Arbeitsplatz gerechnet werden kann.[1188] Dabei fällt auch eine etwaige Ungewissheit ins Gewicht, ob die Leistungsfähigkeit überhaupt wieder hergestellt werden kann. So sieht das BAG eine krankheitsbedingte Kündigung als gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer 1,5 Jahre arbeitsunfähig erkrankt und im Zeitpunkt der Kündigung die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit völlig ungewiss ist.[1189]
  - Bei häufigen Kurzzeiterkrankungen muss die auf objektiven Tatsachen beruhende Prognose darauf schließen lassen, dass der Arbeitnehmer weiterhin in erheblichem Umfang – von mehr als 6 Wochen im Jahr – erkranken wird, z.B. weil eine Grunderkrankung vorliegt, die nicht geheilt ist und erfahrungsgemäß regelmäßig wieder zu Krankschreibungen führt.[1190]
  - Weniger praktisch wurden bislang Kündigungen aufgrund einer krankheitsbedingter Leistungsminderung.[1191] Das BAG bewertet die Zulässigkeit einer Kündigung wegen krankheits- oder altersbedingter Leistungsminderung zurückhaltend, insbesondere, wenn das Arbeitsverhältnis tarifvertraglich ordentlich unkündbar ist.[1192] Das Gericht hat bspw. eine Kündigung wegen krankheitsbedingter Leistungsminderung als zulässig angesehen, da die betroffene Arbeitnehmerin nur noch 2/3 der Normalleistung erbrachte und auch künftig zu erbringen vermochte und für sie auch kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung stand, auf dem betriebliche Beeinträchtigungen nicht mehr zu erwarten waren.[1193]
- **Stufe 2: Auf der Arbeitsunfähigkeit beruhende erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen des Arbeitgebers.**
  - Denkbare Beeinträchtigungen sind etwa Betriebsablaufstörungen (bei häufigen Kurzzeiterkrankungen durch die kurzfristige Neuplanung von Dienstplänen). Relevant kann auch eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers sein (z.B. Aufwendungen für Springer oder Leiharbeitnehmer, Lohnfortzahlungskosten in ungewöhnlicher Höhe). Bei krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit ist in aller Regel von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen.[1194]
- **Stufe 3: Interessenabwägung**. Die betrieblichen Beeinträchtigungen führen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers.

RL 2000/78/EG Rn. 32 ff.

[1187] Ständige Rspr., siehe etwa BAG v. 19.4.2007 – 2 AZR 239/06, NZA 2007, 1041 Rn. 18; BAG v. 12.4.2002 – 2 AZR 148/01, NZA 2002, 1081, 1083; BAG v. 29.4.1999 – 2 AZR 431/98, NJW 2000, 893, 895.

[1188] BAG v. 12.4.2002 – 2 AZR 148/01, NZA 2002, 1081, 1083; BAG v. 29.4.1999 – 2 AZR 431/98, NJW 2000, 893, 895.

[1189] BAG v. 21.2.1992 – 2 AZR 399/91, NZA 1993, 497, 499.

[1190] Vgl. BAG v. 10.11.2005 – 2 AZR 44/05, NZA 2006, 655, 666; siehe dazu auch *Greiner*, RdA 2007, 22, 28; *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, Rn. 714.

[1191] *Greiner*, RdA 2007, 22, 24.

[1192] BAG v. 12.7.1995 – 2 AZR 762/94, NZA 1995, 1100, 1101; *Greiner*, RdA 2007, 22, 24.

[1193] BAG v. 26.9.1991 – 2 AZR 132/91, NZA 1992, 1073, 1078.

[1194] BAG v. 19.4.2007 – 2 AZR 239/06, NZA 2007, 1041 Rn. 18.

Prüfungsschema – Personenbedingte Kündigung[1195]

1. **Personenbedingter Kündigungsgrund an sich:** in der Person liegender, nicht steuerbarer Umstand, z.B. Krankheit (sonst evtl. verhaltensbedingte Kündigung).
2. **Negative Prognose für die Zukunft:** Der Arbeitnehmer wird in Zukunft außerstande sein, seine Arbeit vertragsgemäß zu leisten.
3. **Ultima ratio**: Störung lässt sich nicht anders als durch Kündigung beseitigen; eine Weiterbeschäftigung ggf. nach Änderung der Arbeitsbedingungen oder nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen auf einem anderen Arbeitsplatz ist nicht möglich (vgl. § 1 Abs. 2 S. 2, 3 KSchG).
4. **Interessenabwägung**: Prüfung, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.

dd) Verhaltensbedingte Kündigung

Literatur:
Kramer, BAG zur Kündigung wegen privater Internetnutzung, NZA 2007, 1338 ff.

- Nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG kann eine ordentliche Kündigung aus Gründen gerechtfertigt sein, die im **Verhalten des Arbeitnehmers** liegen. Eine verhaltensbedingte Kündigung kann als Reaktion auf eine **Vertragsverletzung** durch den Arbeitnehmer gerechtfertigt sein, die zwar noch keinen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses gem. § 626 BGB gibt, jedoch so gravierend ist, dass dem Arbeitgeber gestattet werden muss, sich vom Arbeitsvertrag zu lösen, um das Risiko weiterer Vertragsverletzungen zu vermeiden.[1196] Eine relevante Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses durch das Verhalten des Arbeitnehmers kann sich auf die Nichterfüllung der Hauptleistungspflicht, aber auch auf die Verletzung von Nebenpflichten beziehen.[1197] Ausnahmsweise kann auch ein außerdienstliches Verhalten die Kündigung rechtfertigen, wenn dieses zu einer konkreten Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses führt.[1198]

[1195] In Anlehnung an *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 366, 382; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 404; siehe auch das Prüfungsschema von *Preis*, Arbeitsrecht, Rn. 2924.
[1196] *Löwisch/Caspers/Klumpps*, Arbeitsrecht, Rn. 700.
[1197] BAG v. 17.1.1991 – 2 AZR 375/90, NZA 1991, 557.
[1198] Siehe z.B. BAG v. 20.9.1984 – 2 AZR 233/83, NZA 1985, 285: Vermögensdelikte eines Kassierers im außerdienstlichen Bereich könnten berechtigte Zweifel an dessen Eignung für die vertraglich geschuldete Tätigkeit begründen. Vgl., die Rechtmäßigkeit einer verhaltensbedingten Kündigung ablehnend, BAG v. 24.9.1987 – 2 AZR 26/87, NJW 1988, 2261.

- **Beispiele eines vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers**: wiederholtes unentschuldigtes Fehlen oder wiederholte Verspätungen nach Abmahnung,[1199] Beleidigung des Arbeitgebers, seiner Vertreter oder anderer Arbeitnehmer (je nach Schwere und Ausmaß kann sogar eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein),[1200] sexuelle Belästigung (sie kann im Einzelfall schon eine außerordentliche Kündigung gem. § 626 BGB begründen),[1201] Verletzung der Betriebsordnung etwa durch Verstoß gegen ein Rauchverbot, unerlaubte private Nutzung des Internets bzw. des Dienst-PCs[1202] oder ein „Whistleblowing", sofern der Arbeitnehmer keine Offenbarungspflicht bzw. kein Anzeige-/Beschwerderecht hat.[1203]
- An der Grenze zwischen einer personenbedingten und einer verhaltensbedingten Kündigung steht die **Kündigung aufgrund von Alkoholproblemen**. Hat der Arbeitnehmer aufgrund einer Suchterkrankung keinen Einfluss mehr auf sein Trinkverhalten und damit auf seine Eignung, stellt dies einen personenbedingten Grund dar.[1204] Ein nicht auf Alkoholabhängigkeit beruhender Alkoholmissbrauch im Betrieb ist demgegenüber als ein verhaltensbedingter Grund zu qualifizieren.[1205]
- **Ähnlich wie bei einer personenbedingten Kündigung ist die Rechtfertigung einer verhaltensbedingten Kündigung in folgenden Schritten zu prüfen:**
  (1) Negativprognose: Im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls müssen zukünftige Vertragsverstöße durch das Verhalten des Arbeitnehmers zu besorgen sein.[1206]
  (2) Ultima-Ratio-Prinzip: Die Kündigung muss die letzte Konsequenz sein. Der Arbeitgeber hat sonstige mildere Mittel auszuschöpfen, vor allem eine **Abmahnung** auszusprechen (dazu sogleich).
  (3) Interessenabwägung: Das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung muss das Interesse des Arbeitnehmers am Bestand des Arbeitsverhältnisses überwiegen.
- **Insbesondere: Die Abmahnung.**
  Die Abmahnung ist Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Eine verhaltensbedingte Kündigung ist hiernach nicht gerechtfertigt, wenn es geeignete mildere Mittel gibt, um eine zukünftige Vertragsstörung zu beseitigen und zu vermeiden. Dieser Aspekt wird durch **§ 314 Abs. 2 BGB** bestätigt.[1207]
  Die Abmahnung erfüllt drei **wesentliche Funktionen**: das pflichtwidrige Verhalten des Arbeitnehmers soll beanstandet werden (**Hinweisfunktion**); der Arbeitnehmer soll zu einem künftig pflichtgemäßen Verhalten aufgefordert werden (**Ermahnungsfunktion**); ihm sollen bei einem erneuten pflichtwidrigen Verhalten Konsequenzen angedroht werden (**Warnfunktion**).[1208] Eine wirksame Abmahnung setzt voraus, dass alle drei Funktionen erfüllt sind.
  Eine Abmahnung ist **ausnahmsweise entbehrlich**, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann, oder wenn es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne

---

[1199] BAG v. 17.1.1991 – 2 AZR 375/90, NZA 1991, 557.
[1200] Siehe etwa BAG v. 24.6.2004 – 2 AZR 63/03, NJW 2005, 619, wo das Gericht die streitgegenständliche ordentliche Kündigung im Ergebnis als nicht sozial gerechtfertigt angesehen hat; vgl., mit Blick auf eine außerordentliche Kündigung, BAG v. 21.1.1999 – 2 AZR 665/98, NZA 1999, 863; BAG v. 7.7.2011 − 2 AZR 355/10, NZA 2011, 1412; BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 534/08, NZA 2010, 698.
[1201] Vgl. BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 651/13, NZA 2015, 294 Rn. 15: Eine sexuelle Belästigung i.S.d. § 3 Abs. 4 AGG stellt nach § 7 Abs. 3 AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar. Sie ist „an sich" als wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Ob die sexuelle Belästigung im Einzelfall zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, ist abhängig von den konkreten Umständen, u.a. anderem von ihrem Umfang und ihrer Intensität.
[1202] BAG v. 31.5.2007 – 2 AZR 200/06, NZA 2007, 922 Rn. 16 ff.
[1203] Näher dazu *Kozak*, Zur Notwendigkeit eines arbeitsrechtlichen und haftungsrechtlichen Whistleblowerschutzes, S. 58 ff.
[1204] Vgl. BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 565/12, NZA 2014, 602 Rn. 14; a.A. *Gottwald*, NZA 1997, 635, 637 f., wonach eine Alkoholsucht bei fehlender Therapiebereitschaft eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen kann.
[1205] Vgl. BAG v. 4.6.1997 – 2 AZR 526/96, NZA 1997, 1281, 1283.
[1206] BAG v. 17.1.1991 – 2 AZR 375/90, NZA 1991, 557, 558.
[1207] BAG v. 12.1.2006 – 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917 Os. 4.
[1208] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 406.

weiteres erkennbar ist und deren Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen werden kann.[1209] Das BAG hat eine Abmahnung in einem Fall als entbehrlich angesehen, in dem eine Arbeitnehmerin an mehreren Tagen hintereinander systematisch und vorsätzlich falsche Arbeitszeiten angegeben und damit in beträchtlichem Umfang über die erbrachte Arbeitszeit zu täuschen versucht hat.[1210]

Prüfungsschema – Verhaltensbedingte Kündigung[1211]

1. **Verhaltensbedingter Kündigungsgrund an sich:** Verletzung von arbeitsvertraglichen Pflichten durch steuerbares Verhalten oder Verdacht auf schwerwiegende Pflichtverletzung trotz umfassender Sachverhaltsaufklärung (Verdachtskündigung).
2. **Negative Prognose für die Zukunft:** Es ist mit weiteren Vertragsverletzungen zu rechnen oder die eingetretene Vertragsstörung ist so schwerwiegend, dass eine vertrauensvolle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich erscheint.
3. **Ultima ratio: Störung lässt sich nicht anders als durch Kündigung beseitigen.**
   a) Vorherige Abmahnung regelmäßig erforderlich (Ausnahme bei besonders gravierenden Pflichtverstößen möglich)
   b) Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz (vgl. § 1 Abs. 2 S. 3 KSchG)
4. **Interessenabwägung**: Prüfung, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.

ee) Betriebsbedingte Kündigung

Literatur:	Rechtsprechung zur Sozialauswahl:
Müller, Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes im Kleinbetrieb (§ 23 Abs. 1 KSchG), DB 2005, 2022 ff. *Krügermeyer-Kalthoff*, Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes, MDR 2006, 130 *Kaiser*, Die Unternehmerentscheidung bei betriebsbedingten Kündigungen, NZA Beil. 1/2005, 31 ff. *Neef/Neef*, Von der Unmöglichkeit der betriebsbedingten Kündigung, NZA 2006, 1241 ff. *Schaub*, Die betriebsbedingte Kündigung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, NZA 1987, 217 ff. *Schiefer*, Betriebsbedingte Kündigung nach aktueller Rechtsprechung, DB 2007, 54 ff. *Servatius*, Die betriebsbedingte Kündigung in der Fallbearbeitung, Jura 2006, 811 f. *Zeranski*, Eine scheinbar fehlerhafte Sozialauswahl, Jura 2001, 394 ff.	BAG v. 31.5.2007 – 2 AZR 306/06, NZA 2007, 1362 ff. BAG v. 18.10.2007 – 2 AZR 676/05, NZA 2007, 798 ff. BAG v. 9.11.2006 – 2 AZR 812/05, NZA 2007, 549 ff. BAG v. 18.10.2006 – 2 AZR 473/05, NZA 2007, 504 ff. BAG v. 21.9.2006 – 2 AZR 840/05, NZA 2007, 439 ff. BAG v. 24.2.2005 – 2 AZR 373/03, NZA 2005, 764 ff.

[1209] BAG v. 12.1.2006 – 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917 Rn. 55 m.w.N.; BAG v. 9.6.2011 – 2 AZR 381/10, NZA 2011, 1027 Rn. 18. Das BAG hat in seiner früheren Rspr. zwischen Störungen im Leistungsbereich und Störungen im Vertrauensbereich unterschieden. Eine Abmahnung sollte hiernach lediglich bei Störungen im Leistungsbereich erforderlich sein. Das BAG hat mittlerweile diese Unterscheidung aufgegeben (BAG v. 4.6.1997 – 2 AZR 526/96, NZA 1998, 554). Siehe näher *Preis*, Arbeitsrecht, Rn. 3049 ff.

[1210] BAG v. 9.6.2011 – 2 AZR 381/10, NZA 2011, 1027 Rn. 18–20.

[1211] In Anlehnung an *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 408; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 369 und 382; siehe auch das Prüfungsschema von *Preis*, Arbeitsrecht, Rn. 3001.

- Gem. § 1 Abs. 2 KSchG ist eine Kündigung auch dann sozial gerechtfertigt, wenn sie **durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt** ist, die der Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen. Anders als bei der personen- und der verhaltensbedingten Kündigung handelt es sich um einen Grund, der aus der **Sphäre des Arbeitgebers** stammt. Zunächst ist zu ermitteln, ob der Beschäftigungsbedarf im Betrieb an sich gesunken ist. Hiernach sind die von dem Arbeitsplatzabbau konkret betroffenen Arbeitnehmer zu bestimmen. Die letztgenannte Auswahlentscheidung ist nach im Gesetz benannten sozialen Gesichtspunkten zu treffen. Im Einzelnen:
- **(1) Ein betriebliches Erfordernis, das der Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers oder mehrerer Arbeitnehmer im Betrieb entgegensteht**, liegt vor, wenn es durch tatsächliche Entwicklungen einen Überhang an Arbeitskräften gibt. Diese Entwicklungen können sowohl auf außer- als auch durch innerbetrieblichen Umständen beruhen.[1212] Als **innerbetrieblich** sind solche Umstände anzusehen, die auf unternehmerische Entscheidungen des Arbeitgebers zurückzuführen sind, bspw. Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung bzw. Einschränkung der Produktion oder von Arbeitsabläufen, Betriebs(teil)stilllegungen oder ein Outsourcing von Aufgaben.[1213] Zu den **außerbetrieblichen** Umständen, die einen verringerten Personalbedarf auslösen können, gehören Auftragsmangel oder Umsatzrückgang, Gewinnverfall oder Unrentabilität.[1214] Derartige außerbetriebliche Ursachen können eine Kündigung dann rechtfertigen, wenn sie der Arbeitgeber zum Anlass einer unternehmerischen Entscheidung nimmt und Rationalisierungsmaßnahmen durchführt.[1215] Die Kündigung gründet sich mithin auch in diesen Fällen auf einer unternehmerischen Entscheidung.
- Der Arbeitgeber trägt im Kündigungsschutzprozess die **Darlegungs- und Beweislast für diese inner- oder außerbetrieblichen Ursachen**. Vom Arbeitgeber ist insbesondere darzulegen, wie sich die von ihm behaupteten Umstände unmittelbar oder mittelbar auf den Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers auswirken.[1216] Vor diesem Hintergrund stellt die Rechtspraxis häufig auf innerbetriebliche Umstände ab, da diese leichter nachzuweisen sein können.
- Im Hinblick auf die durch Art. 2 Abs. 1, Art. 12 und Art. 14 GG gewährleistete unternehmerische Freiheit wird die **unternehmerische Entscheidung** des Arbeitgebers nicht inhaltlich auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit untersucht. Eine gerichtliche Kontrolle beschränkt sich vielmehr auf eine Missbrauchskontrolle.[1217] Die unternehmerische Entscheidung ist daraufhin zu überprüfen, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Diese Missbrauchskontrolle zielt darauf ab, durch die Wertung der Willkür und des Missbrauchs den verfassungsrechtlich geforderten Bestandsschutz angemessen zu sichern.[1218] Neben Verstößen gegen gesetzliche und tarifliche Normen können vor allem Umgehungsfälle eine missbräuchliche Entscheidung des Arbeitgebers indizieren.[1219]
- Eine betriebsbedingte Kündigung setzt stets den **Wegfall eines Arbeitsplatzes bzw. mehrerer Arbeitsplätze** voraus. Es ist damit zu prüfen, inwieweit die vom Arbeitgeber behaupteten inneren oder äußeren Umstände tatsächlich vorliegen und ob die unterneh-

[1212] BAG v. 18.1.2001 – 2 AZR 514/99, NJW 1987, 3216.
[1213] Vgl. etwa BAG v. 21.9.2006 – 2 AZR 607/05, NZA 2007, 431 Rn. 27; BAG v. 7.3.2002 – 2 AZR 147/01, NJOZ 2003, 1364, 1365.
[1214] Vgl. BAG v. 30.4.1987 – 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776; *Schaub*, NZA 1987, 217, 218.
[1215] *Schaub*, NZA 1987, 217, 218.
[1216] BAG v. 20.2.1986 – 2 AZR 212/85, NZA 1986, 822.
[1217] BAG v. 30.4.1987 – 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776 f.; BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549, 551; BAG v. 21.9.2006 – 2 AZR 607/05, NZA 2007, 431 Rn. 27 und 31.
[1218] BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549, 551.
[1219] BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549, 551.

merische Entscheidung tatsächlich zum Wegfall eines Arbeitsplatzes bzw. mehrerer Arbeitsplätze führt. Diese Fragen unterliegen – anders als die der Kündigung zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung – der uneingeschränkten Kontrolle durch den Tatrichter.

- **(2)** Im Hinblick auf die objektiven Umstände im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung muss die **Prognose** des Arbeitgebers gerechtfertigt sein, dass nach Ablauf der Kündigungsfrist keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr für eine bestimmte Anzahl von Beschäftigten besteht.[1220] Eine sog. Vorratskündigung ist unzulässig.[1221] Ergibt sich eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit noch vor Ablauf der Kündigungsfrist, kann dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Wiedereinstellung aus dem Arbeitsvertrag i.V.m. §§ 241 Abs. 2, 242 BGB zustehen (siehe dazu unten § 15 III. 4.).
- **(3)** Die betrieblichen Erfordernisse müssen **„dringend"** sein.[1222] Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, dem neuen Personalbedarf durch andere Maßnahmen als durch eine Kündigung Rechnung zu tragen.[1223] Die Kündigung muss also unvermeidbar sein.[1224] Das Merkmal der „Dringlichkeit" der betrieblichen Erfordernisse konkretisiert den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (**Ultima-ratio Prinzip**).[1225] Als mildere Maßnahmen kommen bspw. der Ausspruch einer Änderungskündigung i.S.d. § 2 KSchG oder eine – zulässige – Einführung von Kurzarbeit in Betracht.
  - Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer vor einer ordentlichen Beendigungskündigung grds. eine Beschäftigung auf einem **freien Arbeitsplatz** in demselben oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens ggf. zu geänderten Arbeitsbedingungen anbieten (siehe zur Änderungskündigung § 15 VI.).[1226]
  - Bei einem vorübergehenden Arbeitsmangel muss der Arbeitgeber die Arbeitszeit flexibilisieren, um betriebsbedingte Kündigungen zu vermeiden. Hierfür bietet sich in der Praxis häufig die Einführung von **Kurzarbeit** an. Wurde der Umfang der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit auf ein Niveau abgesenkt, das den Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen überflüssig macht, so kann ein dringendes betriebliches Kündigungserfordernis regelmäßig erst dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber die Möglichkeit zur Arbeitszeitreduzierung voll ausgeschöpft hat und gleichwohl noch ein Beschäftigungsüberhang besteht.[1227] Allerdings ist der Arbeitgeber nicht dazu verpflichtet, eine Arbeitszeitverkürzung für alle Arbeitnehmer anzuordnen, um einen entsprechenden Abbau von Beschäftigungskapazitäten zu erreichen.[1228] Vor allem aber benötigt er zur Einführung von Kurzarbeit eine Rechtsgrundlage, da hierdurch in das arbeitsvertragliche Synallagma eingegriffen wird.[1229]

[1220] BAG v. 23.2.2012 – 2 AZR 548/10, NZA 2012, 852 Rn. 19 ff.; BAG v. 31.7.2014 – 2 AZR 422/13, NZA 2015, 101 Rn. 34.
[1221] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 372.
[1222] BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549 Rn. 17.
[1223] Siehe etwa BAG v. 17.6.1999 – 2 AZR 141/99, NZA 1999, 1098, 1099.
[1224] BAG v. 23.2.2012 – 2 AZR 548/10, NZA 2012, 852 Rn. 22.
[1225] BAG v. 21.9.2006 – 2 AZR 607/05, NZA 2007, 431 Rn. 34. Vgl. auch *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 62 Rn. 2862 ff., zur betriebsbedingten Kündigungen aufgrund von Rentabilitätsinteressen.
[1226] BAG v. 21.9.2006 – 2 AZR 607/05, NZA 2007, 431 Rn. 34.
[1227] BAG v. 23.2.2012 – 2 AZR 548/10, NZA 2012, 852 Rn. 22.
[1228] BAG v. 19.5.1993 – 2 AZR 584/92, NZA 1993, 1075, 1077: Die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (ultima-ratio-Prinzip) gebietet nicht, anstelle einer geringeren Anzahl von Beendigungskündigungen eine größere Anzahl von Änderungskündigungen bzw. anstelle einer größeren Anzahl von Änderungskündigungen eine geringere Anzahl von Beendigungskündigungen auszusprechen. Das KSchG stellt für die Beurteilung der Kündigung auf die zweiseitige Rechtsbeziehung ab; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 62 Rn. 2858.
[1229] Der Arbeitgeber kann nicht einseitig durch Ausübung seines Direktionsrechts die vertragliche Arbeitszeit und damit die Vergütung einschränken. Kurzarbeit kann entweder durch einzelvertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder auf der Grundlage einer kollektivvertraglichen Vereinbarung eingeführt werden (Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung). Andernfalls ist hierfür eine Änderungskündigung erforderlich. Siehe dazu ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 287; insb. mit Blick auf die Einführung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG siehe BAG v. 18.11.2015 – 5 AZR 491/14, NZA 2016, 565 Rn. 15.

- **(4)** Liegen dringende betriebliche Erfordernisse für einen Personalabbau vor, die eine betriebsbedingte Kündigung begründen können, muss der Arbeitgeber bei der Bestimmung des konkret zu kündigenden Arbeitnehmers die in **§ 1 Abs. 3 S. 1 KSchG** benannten sozialen Gesichtspunkte berücksichtigen. Diese Prüfung wird als Sozialauswahl bezeichnet. Die Sozialauswahl erfolgt in mehreren Schritten: [1230]
- **1. Schritt: Bestimmung der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Personen.**
  Zu dem auswahlrelevanten Personenkreis zählen grds. **alle vergleichbaren Arbeitnehmer** des Beschäftigungsbetriebs, ungeachtet der Größe des Betriebs und unabhängig davon, ob ihre Arbeitsplätze räumlich nah beieinander liegen.[1231]
  - Innerhalb des Betriebs erstreckt sich die Sozialauswahl auf die Arbeitnehmer, die miteinander vergleichbar sind. **Vergleichbar sind diejenigen Arbeitnehmer, die austauschbar sind**.[1232] Der Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer bestimmt sich in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Kriterien, also vor allem im Hinblick auf die ausgeübte Tätigkeit.
  - Nach Ansicht des BAG fehlt es an einer Vergleichbarkeit, „wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann, d.h. wenn eine anderweitige Beschäftigung des Arbeitnehmers nur nach einer Änderung der bisherigen Arbeitsbedingungen und damit nur durch Änderungsvereinbarung oder Änderungskündigung erfolgen kann.“[1233] Der Arbeitgeber sei nicht verpflichtet, eine Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer dadurch herbeizuführen, dass er einem sozial schutzwürdigeren Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen anbiete, um dem zu kündigenden Arbeitnehmer dadurch einen Arbeitsplatz zu verschaffen.[1234]
- **2. Schritt: Auswahlentscheidung.**
  Anschließend hat der Arbeitgeber anhand der Kriterien des **§ 1 Abs. 3 S. 1 KSchG** zwischen den vergleichbaren Arbeitnehmern eine Auswahlentscheidung zu treffen. Der Arbeitgeber muss dabei die abschließend benannten Kriterien: **Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung des Arbeitnehmers** ausreichend berücksichtigen.
  - Darüber hinaus sind gem. **§ 1 Abs. 4 KSchG** etwaige in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder in Richtlinien enthaltene **Punkteschemata** zu beachten, wonach pro Lebensjahr, Jahr der Betriebszugehörigkeit,[1235] Unterhaltsberechtigtem und für eine Schwerbehinderung bestimmte Punkte vergeben werden.
  - **Basiert die Auswahlentscheidung auf einer Kollektivvereinbarung oder Richtlinie i.S.d. § 1 Abs. 4 KSchG, kann die Bewertung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden**.[1236] Die Sozialauswahl ist mit Blick auf den betroffenen Arbeitnehmer grob fehlerhaft, wenn ein evidenter, schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich jede soziale Ausgewogenheit vermissen lässt.[1237]
  - Eine weitere praxisrelevante Sonderregelung enthält **§ 1 Abs. 5 KSchG**. Sind bei einer Kündigung auf Grund einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG die Arbeit-

[1230] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 62 Rn. 2865 ff.; *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, Rn. 736 ff.; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 374 ff.
[1231] BAG v. 28.10.2004 – 8 AZR 391/03, NZA 2005, 285, 288 a.E.
[1232] Zum Folgenden BAG v. 28.10.2004 – 8 AZR 391/03, NZA 2005, 285, 289; BAG v. 22.4.2004 – 2 AZR 244/03, NZA 2004, 1389, 1391.
[1233] BAG v. 28.10. 2004 – 8 AZR 391/03, NZA, 2005, 285, 289; BAG v. 22.4.2004 – 2 AZR 244/03, NZA 2004, 1389, 1391.
[1234] BAG v. 22.4.2004 – 2 AZR 244/03, NZA 2004, 1389, 1391.
[1235] Vgl. zur Zulässigkeit des Lebensalters und der Betriebszugehörigkeit als Kriterien für die Bestimmung von Sozialplanabfindungen EUArbR/*Mohr*, Art. 6 RL 2000/78/EG Rn. 36 ff.
[1236] Ständige Rspr., siehe etwa BAG v. 15.12.2011 − 2 AZR 42/10, NZA 2012, 1044 Rn. 38.
[1237] BAG v. 15.12.2011 − 2 AZR 42/10, NZA 2012, 1044 Rn. 39.

nehmer, denen gekündigt werden soll, **in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet**, so wird gem. § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann nach § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG dann nur **auf grobe Fehlerhaftigkeit** überprüft werden. Im Hinblick auf diese eingeschränkte Gerichtskontrolle schaffen Namenslisten bei einem wirksam abgeschlossenen Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nach § 111 BetrVG aus der Sicht des Arbeitgebers größere Rechtssicherheit. Spiegelbildlich vereinbaren Betriebsräte derartige Namenslisten wohl nur ausnahmsweise, da hierdurch der Kündigungsschutz der in der Namensliste aufgeführten Arbeitnehmer erheblich eingeschränkt wird.

- **3. Schritt: Herausnahme bestimmter Arbeitnehmer von der Sozialauswahl.** Gem. § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG sind in die soziale Auswahl nach Satz 1 solche Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Die Vorschrift ermöglicht somit ausnahmsweise eine **Herausnahme von „Leistungsträgern" aus der Sozialauswahl**, die allerdings unter angemessener Berücksichtigung der Interessen sozial schwächerer Arbeitnehmer anzuwenden ist.[1238] Mittels § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG darf deshalb nicht die Grundentscheidung für eine Sozialauswahl unter allen vergleichbaren Arbeitnehmern gem. § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG unterminiert werden.
- **§ 1a KSchG regelt bei betriebsbedingten Kündigungen einen besonderen Abfindungsanspruch**. Kündigt der Arbeitgeber wegen dringender betrieblicher Erfordernisse nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG und erhebt der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Frist des § 4 S. 1 KSchG keine Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, hat der Arbeitnehmer mit dem Ablauf der Kündigungsfrist Anspruch auf eine Abfindung.[1239] In der Rechtswirklichkeit wird § 1a KSchG wohl nur selten angewandt, da sich der Arbeitgeber durch Benennung einer Abfindungssumme in eine schlechte Verhandlungsposition bringen kann. Eine Abfindung wird deshalb häufig erst in einem Vergleich im Kündigungsschutzprozess vereinbart, dogmatisch also in einem Aufhebungsvertrag.
- **Beweislastverteilung**: Der **Arbeitgeber** trägt gem. § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG die Beweislast für die Tatsachen, die die Kündigung bedingen. Im Fall einer Herausnahme bestimmter Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG muss der Arbeitgeber zudem ein betriebliches Interesse nachweisen, das eine Privilegierung einzelner Arbeitnehmer rechtfertigt.[1240] Der **Arbeitnehmer** hat seinerseits gem. § 1 Abs. 3 S. 3 KSchG die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt i.S.d. § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG erscheinen lassen.[1241] Bei einer Namensliste im Rahmen eines Interessenausgleichs trägt der Arbeitgeber die Beweislast für die Tatsachen, die den Tatbestand des § 1 Abs. 5 KSchG erfüllen und somit die gesetzliche Vermutung auslösen (Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG, Kausalität der Betriebsänderung für die Kündigung, rechtswirksamer Abschluss eines Interessenausgleichs).[1242] Der Arbeitnehmer kann diese Tatsachenvermutung durch substantiierten Tatsachenvortrag widerlegen, der den gesetzlich vermuteten Umstand ausschließt.[1243]

[1238] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 376 m.w.N.
[1239] Näher dazu *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, Rn. 795 ff.
[1240] BAG v. 18.3.2010 – 2 AZR 468/08, NZA 2010, 1059 Rn. 14.
[1241] Siehe im Einzelnen ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 259 ff.
[1242] ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 394.
[1243] BAG v. 19.7.2012 – 2 AZR 386/11, NZA 2013, 333 Rn. 35.

Prüfungsschema – Betriebsbedingte Kündigung[1244]

1. **Betriebsbedingter Kündigungsgrund an sich: Betriebliches Erfordernis**
   a) Außer- oder innerbetriebliche Umstände als Auslöser
   b) Gestaltende unternehmerische Entscheidung als Reaktion (z.B. Rationalisierungsmaßnahmen)
   c) Wegfall eines oder mehrerer Arbeitsplätze
2. **Negative Prognose**:
   Nach den obj. Verhältnissen im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung besteht am Ende der Kündigungsfrist keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr.
3. **Ultima ratio:**
   „Dringlichkeit" des betrieblichen Erfordernisses i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG als Ausdruck des Ultima-ratio-Prinzips. Das dringende betriebliche Erfordernis muss einer Weiterbeschäftigung des Arbeitsnehmers im Betrieb entgegenstehen.
4. **Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG)**

3. Kündigungsfristen und Kündigungstermine (§ 622 BGB)

- § 622 BGB regelt bestimmte **Kündigungsfristen**, die bei einer ordentlichen Kündigung beachtet werden müssen. Sie dienen einerseits dem Interesse des Arbeitnehmers, bei einer Arbeitgeberkündigung **einen neuen Arbeitsplatz möglichst ohne wirtschaftliche Nachteile zu finden**.[1245] Aus der Sicht des Arbeitgebers wird andererseits bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer die Personalplanung gesichert.[1246]
- Die **Kündigungsfrist** ist von dem Kündigungstermin und der Kündigungserklärungsfrist zu unterscheiden. Als Kündigungsfrist wird die Zeitspanne bezeichnet, die zwischen dem Zugang der Kündigungserklärung und dem Ende des Arbeitsverhältnisses mindestens liegen muss.[1247] Der **Kündigungstermin** ist ein bestimmter Endtermin, auf den sich zum Schutz des Vertragspartners die Beendigungswirkung bezieht (vgl. § 622 Abs. 1, 2 BGB: zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats). Die **Kündigungserklärungsfrist** definiert wiederum die Zeitspanne, die zwischen einem Ereignis und dem Zugang der Kündigungserklärung höchstens liegen darf. An eine solche Frist ist die außerordentliche Kündigung gebunden. So muss der Kündigungsberechtigte gem. § 626 Abs. 2 S. 1 BGB innerhalb von zwei Wochen ab dem Zeitpunkt kündigen, in dem er von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen, z.B. von der Pflichtverletzung durch den Arbeitnehmer Kenntnis erlangt.
- Die Kündigungsfristen sind in § 622 BGB gestuft geregelt. Abs. 1 sieht eine **Grundkündigungsfrist** von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats vor. Die Grundkündigungsfrist gilt im Ausgangspunkt für beide Vertragsparteien. Zum Schutz des Arbeitnehmers enthält § 622 Abs. 2 Nr. 1 bis 7 BGB allerdings **verlängerte Kündigungsfristen für Kündigungen durch den Arbeitgeber**, die von der Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers abhängen.
- Besondere Regelungen gelten nach **§ 622 Abs. 3 BGB** für die **Probezeit.** Nach § 622 Abs. 3 BGB gilt während einer vereinbarten Probezeit, längstens aber für die Dauer von sechs Monaten, eine Kündigungsfrist von zwei Wochen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist damit grds. die vertraglich vereinbarte Dauer der Probezeit maßgeblich.[1248]

[1244] In Anlehnung an *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 416; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 372 f.; siehe für ein weiteres Prüfungsschema *Preis*, Arbeitsrecht, Rn. 2829.
[1245] ErfK/*Müller-Glöge*, § 622 BGB Rn. 1; *Kaiser*, FS Konzen 2006, S. 381, 385 f. m.w.N. zu den Normzwecken.
[1246] ErfK/*Müller-Glöge*, § 622 BGB Rn. 1.
[1247] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 383.
[1248] Zum Folgenden BAG v. 24.1.2008 – 6 AZR 519/07, NZA 2008, 521 Rn. 16.

Der Zusatz „längstens für die Dauer von sechs Monaten“ bezieht sich auf die vereinbarte Probezeit. Innerhalb einer sechsmonatigen Probezeit kann unter Einhaltung der kürzeren zweiwöchigen Kündigungsfrist gem. § 622 Abs. 3 BGB gekündigt werden. Nach Ablauf von sechs Monaten gilt – von der in § 622 Abs. 4 BGB geregelten Ausnahme abgesehen – zwingend die Grundkündigungsfrist gem. § 622 Abs. 1 BGB. Weitere Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Probezeitvereinbarung enthält § 622 Abs. 3 BGB nicht.[1249] Es muss insofern kein bestimmter Kündigungstermin beachtet werden.

- § 622 BGB erfasst sämtliche Arbeitsverhältnisse, sofern keine speziellen Regelungen vorgehen. **Sonderkündigungsschutzvorschriften** gelten für Schwerbehinderte (§ 169 SGB IX), Auszubildende (§§ 20, 22 Abs. 1 und 2 BBiG), Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen nach dem Ende der Elternzeit (§ 19 BEEG) sowie bei Kündigungen in der Insolvenz (§ 113 InsO).
- **§ 622 Abs. 4 S. 1 BGB ermöglicht Abweichungen durch Tarifverträge**. Hiernach kann durch Tarifvertrag von § 622 Abs. 1 bis 3 BGB zugunsten oder zulasten der Arbeitnehmer abgewichen werden.[1250] Die Tarifvertragsparteien können also sowohl längere als auch kürzere Kündigungsfristen für die Beendigung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber oder den Arbeitnehmer festlegen. Durch die tarifdispositive Ausgestaltung der Kündigungsfristen will der Gesetzgeber den Besonderheiten einzelner Wirtschaftsbereiche oder Beschäftigtengruppen Rechnung tragen.[1251] Eine Einschränkung der Regelungsbefugnis beinhaltet **§ 622 Abs. 6 BGB**, wonach für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer keine längere Frist vereinbart werden darf als für die Kündigung durch den Arbeitgeber. Ein Tarifvertrag kann sogar Gründe für eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine entfristete ordentliche Kündigung bestimmen, selbst wenn diese nicht den Voraussetzungen eines wichtigen Grundes für eine außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB entsprechen.[1252]
- Nach **§ 622 Abs. 4 S. 2 BGB** können im Geltungsbereich eines Tarifvertrages auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch sog. **einzelvertragliche Bezugnahmeklauseln** die Anwendung kündigungsrelevanter Regelungen von Tarifverträgen vereinbaren.
- Durch **Individualarbeitsvertrag** kann gem. **§ 622 Abs. 5 S. 1 BGB** unter den dort genannten Voraussetzungen **zulasten des Arbeitnehmers von der Grundkündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB abgewichen werden**.
  - Konkret kann die vierwöchige Frist zur Kündigung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitnehmer verkürzt werden, wenn ein Arbeitnehmer zur vorübergehenden Aushilfe eingestellt ist und das Arbeitsverhältnis nicht über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird (§ **622 Abs. 5 S. 1, 1. Hs. BGB**). Ein derartiges **Aushilfsarbeitsverhältnis** wird eingegangen, um einen vorübergehenden Bedarf zu decken, der nicht durch den normalen Betriebsablauf, sondern durch den Ausfall von Arbeitnehmern der Stammbelegschaft oder durch einen zeitlich begrenzten zusätzlichen Arbeitsanfall begründet ist.[1253]
  - Abweichungen von der **Grundkündigungsfrist** gem. **§ 622 Abs. 1 BGB** können zudem in **Kleinunternehmen** vereinbart werden, „wenn der Arbeitgeber in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten [Auszubildenden] beschäftigt und die Kündigungsfrist vier Wochen nicht unterschreitet“ **(§ 622 Abs. 5 S. 1, 2. Hs. BGB**). Der Aussagegehalt von § 622 Abs. 5 S. 1, 2. Hs. BGB ist klärungsbedürftig: Die Norm erlaubt die Vereinbarung einer

[1249] BAG v. 24.1.2008 – 6 AZR 519/07, NZA 2008, 521 Rn. 16.
[1250] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 59 Rn. 2719.
[1251] BT-Drs. 12/4902, S. 7 und 9.
[1252] Siehe näher *Linck*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, § 622 BGB Rn. 79 m.w.N.
[1253] *Linck*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, § 622 BGB Rn. 103.

kürzeren Kündigungsfrist als die in § 622 Abs. 1 BGB vorgesehene Vier-Wochen-Frist, sie verbietet aber zugleich eine Unterschreitung der vier Wochen. Im Ergebnis wird damit keine Abweichung von der Grundkündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB gestattet. Da § 622 Abs. 5 S. 1, 2. Hs. BGB bei wortlautbezogener Auslegung keinen von § 622 Abs. 1 BGB abweichenden Regelungsgehalt mehr hätte, ist davon auszugehen, dass Arbeitgeber in Kleinbetrieben durch Individualvereinbarung von den **Kündigungsterminen** des § 622 Abs. 1 BGB („zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats") abweichen können.[1254] Die in **§ 622 Abs. 2 BGB** für die Arbeitgeberkündigung geltenden Kündigungsfristen dürfen dagegen nicht einzelvertraglich abgekürzt werden.[1255] Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von § 622 Abs. 5 S. 1 BGB, der sich explizit § 622 Abs. 1 BGB bezieht. Zulässig ist aber gem. § 622 Abs. 5 S. 3 BGB eine **Verlängerung** der für den Arbeitnehmer, den Arbeitgeber oder während der Probezeit nach § 622 Abs. 1 bis 3 BGB geltenden Kündigungsfristen.

4. Weiterbeschäftigungsanspruch

- Wie vorstehend dargestellt, stützt sich die ordentliche Kündigung in der Regel auf eine **negative Prognose**, angesichts derer dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann, den Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen (siehe oben § 15 III. 2. c) bb). Maßgebender **Zeitpunkt** für die Beurteilung der Sozialwidrigkeit der Kündigung ist derjenige des Zugangs der Kündigungserklärung beim Vertragspartner. Erweist sich eine Prognose nach Ablauf der Kündigungsfrist als unrichtig, ist dies für die Wirksamkeit der Kündigung unschädlich.
- Ausnahmsweise spricht die Rechtsprechung dem Arbeitnehmer jedoch einen Wiedereinstellungsanspruch zu, wenn **sich die Prognose noch während des Laufs der Kündigungsfrist als falsch erweist und das Interesse des Arbeitnehmers an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Arbeitgebers überwiegt**, es bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu belassen.[1256] So setzt bei einer betriebsbedingten Kündigung ein Wiedereinstellungsanspruch voraus, dass zwischen dem Zugang der Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist wider Erwarten der bisherige Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers doch erhalten bleibt.[1257]
- Einem Wiedereinstellungsanspruch kann ein **überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Lösung vom Arbeitsverhältnis** entgegenstehen. Ein solches Interesse könnte in Fallgestaltungen wie den folgenden zu bejahen sein.

Beispiel 1: Betriebsbedingte Kündigung. Im Kündigungszeitpunkt beabsichtigte der Arbeitgeber die Betriebsstillegung. Es ergab sich jedoch im Zeitraum zwischen Kündigungserklärung und Ablauf der Kündigungsfrist die Chance, den Betrieb zu veräußern. Der Erwerber macht nun den Kauf des Betriebs von der vorherigen Durchführung von Rationalisierungsmaßnahmen, u.a. also von Kündigungen abhängig.[1258]

[1254] Zutreffend *Adomeit/Thau*, NJW 1994, 11, 13.
[1255] *Adomeit/Thau*, NJW 1994, 11, 13.
[1256] BAG v. 27.2.1997 – 2 AZR 160/96, NZA 1997, 757, 760.
[1257] BAG v. 19.10.2017 – 8 AZR 845/15, NZA 2018, 436 Rn. 15; BAG v. 6.8.1997 – 7 AZR 557/96, NZA 1998, 254.
[1258] In Anlehnung an BAG v. 27.2.1997 – 2 AZR 160/96, NZA 1997, 757, 760.

Beispiel 2: Personenbedingte Kündigung. Der Arbeitgeber kündigt dem Arbeitnehmer aufgrund einer der Leistungspflicht entgegenstehenden dauerhaften Erkrankung. Im Hinblick auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und in gutem Glauben an deren Wirksamkeit hat der Arbeitgeber bereits Dispositionen getroffen, etwa den Arbeitsplatz neu besetzt.[1259]

IV. Außerordentliche Kündigung (§ 626 BGB)

Literatur:	Rechtsprechung:
Oetker, Arbeitsrecht: Ein außerordentlich verdächtiger ICE-Steward, Jura 2003, 266 ff.	BAG v. 2.3.2006 – 2 AZR 53/05, NZA-RR 2006, 636 ff.

1. Begriff und Art

a) Begriff

- Im Unterschied zur ordentlichen Kündigung erfolgt die **außerordentliche Kündigung** grundsätzlich ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist. Zentrale Vorschrift für alle Dienst- und Arbeitsverhältnisse ist § 626 BGB.[1260] § 626 garantiert ein unverzichtbares Freiheitsrecht für beide Vertragsparteien, sich bei extremen Belastungen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses von diesem zu lösen.[1261] Die Berechtigung zur außerordentlichen Kündigung kann deshalb – anders als das Recht zur ordentlichen Kündigung – weder durch Individualvertrag noch durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung ausgeschlossen werden.
- Für die außerordentliche Kündigung gelten **die allgemeinen Form- und Wirksamkeitsvoraussetzungen** (siehe bereits § 15 II.).[1262] Insbesondere muss die außerordentliche Kündigung schriftlich erfolgen (§ 623 BGB). Da die Kündigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, wird sie erst mit ihrem Zugang bei der anderen Vertragspartei wirksam. Die Kündigungserklärung muss zudem unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass der Kündigende das Arbeitsverhältnis außerordentlich aus wichtigem Grund beenden will.[1263]

b) Arten

- Eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses kann sowohl durch den Arbeitgeber als auch durch den Arbeitnehmer als sog. **Tatkündigung** ausgesprochen werden. In diesen Fallgestaltungen ist der Erklärende (regelmäßig der Arbeitgeber) davon überzeugt, dass der andere Vertragspartner eine konkrete, gegen seine Pflichten verstoßende Handlung tatsächlich begangen hat.[1264]
- Eine besondere und sehr umstrittene Fallgruppe der außerordentlichen Kündigung ist die **Verdachtskündigung**.[1265] Dabei handelt es sich um Fallgestaltungen, in denen bereits der Verdacht einer Straftat oder einer ähnlich schweren Verfehlung das Vertrauensverhältnis derart stört, dass das Festhalten des Arbeitgebers am Arbeitsvertrag unzumutbar ist.[1266]

[1259] BAG v. 27.2.1997 – 2 AZR 160/96, NZA 1997, 757, 760.
[1260] Im Folgenden ist aus Vereinfachungsgründen nur vom Arbeitsvertrag die Rede.
[1261] MüKoBGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 1.
[1262] MüKoBGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 60.
[1263] BeckOGK/*Günther*, § 626 BGB Rn. 1.
[1264] BeckOGK/*Günther*, § 626 BGB Rn. 562.
[1265] Die Verdachtskündigung kann theoretisch auch als ordentliche Kündigung ausgesprochen werden, was in der Rechtswirklichkeit aber seltener vorkommt, siehe *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 411.
[1266] Siehe dazu *Lembke*, RdA 2013, 82 ff.; *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 ff.; *Stöhr*, JuS 2010, 1052 ff.

- Die Arbeitsgerichte legen einen anspruchsvollen Prüfungsmaßstab in Bezug auf den Nachweis einer schuldhaften Vertragspflichtverletzung an. Die Tatkündigung ist deshalb mit gewissen Unsicherheiten verbunden.[1267] Aus diesem Grund gewinnt die Verdachtskündigung an praktischer Relevanz, da sie „lediglich" den Verdacht einer Pflichtverletzung voraussetzt. Die Verdachtskündigung ist aus systematischer Sicht der personenbedingten Kündigung zuzuordnen.
- Die Rechtsprechung stellt zu Recht **strenge Anforderungen an eine wirksame Verdachtskündigung**.[1268] Hiernach ist eine Verdachtskündigung nur dann zulässig, „wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat".[1269] Die **vorherige Anhörung des Arbeitnehmers** stellt demnach eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Verdachtskündigung dar.
- Der Arbeitgeber muss eine Anhörung praktisch **unverzüglich** veranlassen, um die in § 626 Abs. 2 S. 1 und 2 BGB vorgesehene **zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist** einhalten zu können. Innerhalb dieser Frist ist auch der **Betriebsrat** ordnungsgemäß nach § 102 Abs. 1 und Abs. 2 S. 3 BetrVG anzuhören, sofern ein solcher besteht. Anderenfalls ist die Kündigung unwirksam (§ 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG).

- Ein weiterer Sonderfall der außerordentlichen Kündigung ist die sog. **Druckkündigung**.[1270] Von einer Druckkündigung ist die Rede, wenn **Dritte** – etwa Arbeitskollegen oder Kunden – unter Androhung erheblicher Nachteile für den Arbeitgeber von diesem die Entlassung eines bestimmten Arbeitnehmers verlangen.[1271] Typische Fälle sind Drohungen der Belegschaft mit Streik oder Massenkündigungen oder die Androhung des Abbruchs von Geschäftsbeziehungen für den Fall der Weiterbeschäftigung eines bestimmten Arbeitnehmers. Dabei sind zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden:[1272]
  - Das Verlangen des Dritten kann gegenüber dem Arbeitgeber durch ein Verhalten des Arbeitnehmers oder einen personenbedingten Grund objektiv gerechtfertigt sein. In diesem Fall liegt es im Ermessen des Arbeitgebers, ob er eine personen- oder eine verhaltensbedingte Kündigung erklärt. Eine solche Kündigung wird auch als „**unechte Druckkündigung**" bezeichnet.
  - Fehlt es hingegen an einer objektiven Rechtfertigung der Drohung durch personen- oder verhaltensbedingte Gründe, handelt es sich um eine „**echte Druckkündigung**", die sich auf betriebsbedingte Gründe stützt. Die Zulässigkeit einer solchen Kündigung ist an erhöhte Rechtfertigungsanforderungen gebunden. Das BAG verlangt vom Arbeitgeber, sich „zunächst schützend vor den betroffenen Arbeitnehmer zu stellen".[1273] Nur wenn auf diese Weise die Drohung nicht abgewendet werden kann und bei Verwirklichung der Drohung schwere wirtschaftliche Schäden für den Arbeitgeber zu befürchten sind, kann die Kündigung gerechtfertigt sein.[1274] Die Kündigung

[1267] *Lembke*, RdA 2013, 82 f.; *Eylert*, NZA-RR 2014, 393, 394.
[1268] Ausführlich *Lembke*, RdA 2013, 82 ff.
[1269] Ständige Rspr., siehe etwa BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 Rn. 51.
[1270] Eine Druckkündigung kann im Einzelfall auch als ordentliche Kündigung ausgesprochen werden.
[1271] Siehe, mit Blick auf eine ordentliche betriebsbedingte Druckkündigung, BAG v. 18.7.2013 – 6 AZR 420/12, NZA 2014, 109 Rn. 37 ff.
[1272] BAG v. 18.7.2013 – 6 AZR 420/12, NZA 2014, 109 Rn. 38 f.; BAG v. 15.12.2016 – 2 AZR 431/15, NZA 2017, 500 Rn. 11.
[1273] BAG v. 18.7.2013 – 6 AZR 420/12, NZA 2014, 109 Rn. 39. Dies gilt erst recht für eine außerordentliche Druckkündigung, da diese das einschneidendere Mittel darstellt, vgl. BAG v. 15.12.2016 – 2 AZR 431/15, NZA 2017, 500 Rn. 11 und 20.
[1274] Im Fall einer ordentlichen betriebsbedingten Druckkündigung ist § 1 Abs. 2 KSchG der Prüfungsmaßstab.

muss das einzig praktisch in Betracht kommende Mittel sein, um die Schäden abzuwenden.[1275]

2. Kündigungsgrund (§ 626 Abs. 1 BGB)

- Eine wirksame außerordentliche Kündigung setzt gem. § 626 Abs. 1 BGB einen **wichtigen Grund** voraus, der die einseitige fristlose Beendigung des Arbeitsvertrages rechtfertigt. Der Kündigungsgrund wird in zwei Schritten geprüft. Zunächst wird das Vorliegen eines wichtigen Grundes an sich geprüft. Daraufhin findet eine umfassende Interessenabwägung statt.

a) Wichtiger Grund an sich

- Ein **wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB** liegt vor, wenn dem Kündigenden **die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zum vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann**. Es ist zu untersuchen, ob der konkrete Sachverhalt an sich, d.h. ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund darzustellen.
- Wie eine ordentliche Kündigung kann die außerordentliche Kündigung auf **personen-, verhaltens- und betriebsbedingten Gründen** beruhen.
- Sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer kann das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen. Die nachstehenden Ausführungen fokussieren aufgrund der praktischen Relevanz die außerordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber.[1276]

aa) Personenbedingte Gründe

- Die in der Person des Gekündigten liegenden Umstände können eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, auch wenn ihn kein Verschulden trifft.[1277]

- **Beispiele**: Entzug der Arbeitserlaubnis, Entziehung der Fahrerlaubnis eines Kraftfahrers wegen Alkoholkonsums,[1278] Verbüßung einer langjährigen Freiheitsstrafe,[1279] krankheitsbedingte Leistungsminderungen.

- **Insbesondere: Arbeitsunfähigkeit infolge einer Krankheit.**
  Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit kann ausnahmsweise ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB sein. Allerdings ist dem Arbeitgeber im Regelfall die Einhaltung der Kündigungsfrist – also eine ordentliche Kündigung – zuzumuten.[1280] Die Rechtsprechung legt bereits an eine ordentliche Kündigung wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit einen anspruchsvollen Prüfungsmaßstab an. Folgerichtig kommt eine außerordentliche Kündigung nur in ausgesprochen engen Grenzen in Betracht,

[1275] BAG v. 18.7.2013 – 6 AZR 420/12, NZA 2014, 109 Ls. 2.
[1276] Zu wichtigen Gründen für eine außerordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer siehe MüKoBGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 266 ff.
[1277] *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 474; *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 401.
[1278] LAG Köln v. 19.3.2008 – 7 Sa 1369/07, BeckRS 2009, 50573.
[1279] Vgl. BAG v. 22.10.2015 – 2 AZR 381/14, NZA 2016, 482 zur Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung eines tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers aufgrund haftbedingter Arbeitsverhinderung; BAG v. 9.3.1995 – 2 AZR 497/94, NZA 1995, 777 zur Rechtmäßigkeit einer außerordentlichen Kündigung in einer Fallgestaltung, in der für den Arbeitgeber keine zumutbaren Überbrückungsmöglichkeiten bestanden und sich die Arbeitsverhinderung konkret nachteilig auf das Arbeitsverhältnis auswirkte, soweit sie zu Störungen des Betriebsablaufs führte.
[1280] Zum Folgenden BAG v. 23.1.2014 – 2 AZR 582/13, NZA 2014, 962 Rn. 26; BAG v. 12.7.1995 – 2 AZR 762/94, NZA 1995, 1100, 1101.

wenn etwa die ordentliche Kündigung auf Grund tarif- oder einzelvertraglicher Vereinbarungen ausgeschlossen ist (sog. ordentliche Unkündbarkeit).[1281] Auch häufige kürzere Erkrankungen können u.U. dazu führen, dass ein Einsatz des Arbeitnehmers nicht mehr sinnvoll und verlässlich geplant werden kann und dieser damit zur Förderung des Betriebszwecks praktisch nichts mehr beitragen kann.[1282] Ist der Arbeitnehmer ordentlich nicht kündbar, kann sich die Aufrechterhaltung eines derart „sinnentleerten Arbeitsverhältnisses" für den Arbeitgeber als unzumutbar erweisen.[1283]

bb) Verhaltensbedingte Gründe

- Verhaltensbedingte Gründe bilden den wichtigsten Anwendungsfall der außerordentlichen Kündigung.[1284] Eine solche setzt ebenso wie eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung ein **vertragswidriges Verhalten des Gekündigten** voraus. Das Verhalten muss nach h.A. aber nicht unbedingt schuldhaft sein.[1285]
- Die Verletzung **kann die Hauptleistungspflicht betreffen, aber auch die hierauf bezogenen Nebenleistungspflichten** – die also der Vorbereitung, der ordnungsgemäßen Durchführung und der Sicherung der Hauptleistung dienen – **sowie sonstige Nebenpflichten**, die aus dem Gebot der Rücksichtnahme gem. § 241 Abs. 2 BGB erwachsen.[1286] Einen relevanten Verstoß gegen die vertragliche Rücksichtnahmepflicht stellt z.B. die Beleidigung von Dienstvorgesetzten und Kollegen dar, die je nach den Umständen des Einzelfalls eine fristlose Kündigung begründen kann.[1287]
- **Auch strafbare Handlungen** des Arbeitsnehmers wie **Eigentums- oder Vermögensdelikte** zum Nachteil des Arbeitgebers können eine außerordentliche Kündigung gem. § 626 Abs. 1 BGB rechtfertigen. Dasselbe gilt für Delikte gegen die **körperliche Unversehrtheit einer Person** in Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis.
- Bei einer rechtswidrigen und schuldhaften Eigentumsverletzung ist typischerweise, und zwar unabhängig vom Wert der entzogenen Sache, davon auszugehen, dass eine gedeihliche Zusammenarbeit in Zukunft nicht mehr erwartet werden kann.[1288] **Bereits der Versuch einer strafbaren Handlung kann u.U. eine außerordentliche Verdachtskündigung rechtfertigen** (siehe oben § 15 IV. 1. b). Auch wenn ein wichtiger Grund „an sich" den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung berechtigt, ist wie gesehen in einem zweiten Schritt eine umfassende Abwägung zwischen den gegenüberstehenden Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer durchzuführen. Dabei sind insbesondere die Höhe des angerichteten Schadens, die berufliche Stellung des Arbeitnehmers – vor allem ob ihm die Obhut über die entwendeten Gegenstände übertragen war – sowie die betrieblichen Verhältnisse zu berücksichtigen.[1289] Je eher sich die Schädigung als Missbrauch besonderer, auf dem Arbeitsverhältnis beruhender Einwirkungsmöglichkeiten qualifizieren lässt, desto gewichtiger ist das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Lösung vom Arbeitsverhältnis.[1290] Bagatelldelikte, die im Ausgangspunkt einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB darstellen können, kommt im Rahmen der Interessenabwägung dagegen ein vergleichbar geringeres Gewicht zu.[1291]

[1281] BAG v. 23.1.2014 – 2 AZR 582/13, NZA 2014, 962 Rn. 26; BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 288/13, NZA-RR 2015, 16 Rn. 17.
[1282] BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 288/13, NZA-RR 2015, 16 Rn. 40.
[1283] BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 288/13, NZA-RR 2015, 16 Rn. 40.
[1284] *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 402.
[1285] BAG v. 21.1.1999 – 2 AZR 665/98, NZA 1999, 863; Erman/*Belling/Riesenhuber*, § 626 BGB Rn. 38.
[1286] BAG v. 20.10.2016 – 6 AZR 471/15, NZA 2016, 1527 Rn. 18.
[1287] Vgl. BAG v. 21.1.1999 – 2 AZR 665/98, NZA 1999, 863; als ungerechtfertigt wurde eine außerordentliche Kündigung angesehen von BAG v. 7.7.2011 − 2 AZR 355/10, NZA 2011, 1412; BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 534/08, NZA 2010, 698.
[1288] *Schlachter*, NZA 2005, 433, 435.
[1289] *Schlachter*, NZA 2005, 433, 435.
[1290] *Schlachter*, NZA 2005, 433, 435.
[1291] Ähnlich ErfK/*Niemann*, § 626 BGB Rn. 46.

- Eine große Bekanntheit hat die Entscheidung des BAG in Sachen „**Emmely**“ erlang.[1292] Hiernach können zwar rechtswidrige und vorsätzliche Handlungen des Arbeitnehmers, die sich unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers richten, selbst dann einen **wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung** darstellen, wenn die Pflichtverletzung geringwertige Sachen betrifft oder nur zu einem geringfügigen, möglicherweise gar keinem Schaden geführt hat. Es bedarf jedoch stets einer **umfassenden, auf den Einzelfall bezogenen Prüfung und Interessenabwägung**, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz der eingetretenen Vertrauensstörung – zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist. Die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht, lassen sich mit dem BAG nicht abschließend festlegen.[1293] Zu ihnen gehören jedenfalls die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Hat das Arbeitsverhältnis über viele Jahre hinweg ungestört bestanden, bedarf es nach dem BAG einer besonders genauen Prüfung, ob die dadurch verfestigte Vertrauensbeziehung der Vertragspartner durch eine erstmalige Enttäuschung des Vertrauens vollständig und unwiederbringlich zerstört werden konnte. Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen.[1294]
- **Weitere Beispiele für ein vertragswidriges Verhalten**, das eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann, sind die **sexuelle Belästigung** einer Person i.S.d. § 3 Abs. 4 AGG,[1295] **die Verletzung von Verschwiegenheitspflichten**[1296] oder die Annahme oder Forderung von **Schmiergeldern**.[1297]
- **Auch ein außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers kann ausnahmsweise eine außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigen**, wenn sich eine Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses konkret feststellen lässt.[1298]
  - Nach dem BAG besteht eine Nebenleistungspflicht des Arbeitnehmers, sich nicht in einen Zustand zu versetzen, in dem er seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht erfüllen oder bei Erbringung seiner Arbeitsleistung sich selbst oder andere gefährden kann. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Fähigkeit zur (sicheren) Erbringung der Arbeitsleistung durch ein Verhalten während oder außerhalb der Arbeitszeit eingeschränkt wird.[1299]
  - In Anwendung dieser Grundsätze hat das BAG die außerordentliche Kündigung eines Berufskraftfahrers als zulässig angesehen, der unter dem potenziellen Einfluss von Drogen die Fahrtätigkeit aufgenommen hat.[1300] Dabei erachtete es das Gericht als unerheblich, ob die Fahrtüchtigkeit des Betroffenen konkret beeinträchtigt war. Der Pflichtenverstoß liege im Hinblick auf die sich aus dem Drogenkonsum typischerweise ergebenden Gefahren bereits in der massiven Gefährdung der Fahrtüchtigkeit.
- Darüber hinaus können **Verstöße gegen die betriebliche Ordnung oder konkrete Störungen des Betriebsfriedens bzw. der Betriebssicherheit** – ggf. nach vorheriger einschlägiger Abmahnung – eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.[1301] Beispiele

---

[1292] Nachfolgend BAG v. 10.6.2010 - 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 Ls. 1 und 2.
[1293] BAG v. 10.6.2010 - 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 Orientierungssatz 5.
[1294] BAG v. 10.6.2010 - 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 Orientierungssatz 5.
[1295] BAG v. 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, NZA 2017, 1121: Bei einer sexuellen Belästigung i.S.v. § 3 Abs. 4 AGG handelt es sich gem. § 7 Abs. 3 AGG um eine Verletzung vertraglicher Pflichten, die „an sich“ als wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB geeignet ist.
[1296] LAG Baden-Württemberg v. 11.11.2016 – 12 Sa 22/16, BeckRS 2016, 119356.
[1297] LAG Schleswig-Holstein v. 27.10.2004 – 3 Sa 314/04, NZA-RR 2005, 330, 332.
[1298] Siehe zur Problematik, insb. im Bereich der Kirchen und Tendenzbetriebe, Erman/*Belling/Riesenhuber*, § 626 BGB Rn. 78 ff.
[1299] BAG v. 20.10.2016 – 6 AZR 471/15, NZA 2016, 1527 Rn. 18.
[1300] BAG v. 20.10.2016 – 6 AZR 471/15, NZA 2016, 1527 Rn. 19.
[1301] Erman/*Belling/Riesenhuber*, § 626 BGB Rn. 96 ff.; MüKoBGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 217.

hierfür sind die Verletzung eines betrieblichen Rauch- oder Alkoholverbotes,[1302] eine ausländerfeindliche und rechtsextremistische Betätigung[1303] oder innerbetriebliche parteipolitische Handlungen, die den Betriebsfrieden nachweislich beeinträchtigen.[1304] Die außerbetriebliche politische Tätigkeit rechtfertigt als solche weder eine ordentliche geschweige denn eine außerordentliche Kündigung. Es müssen besondere Umstände hinzutreten, aufgrund derer das Interesse des Arbeitgebers etwa an dem Schutz des Betriebsfriedens die verfassungsrechtlich geschützte Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG überwiegt.[1305]

cc) Betriebsbedingte Gründe

- Eine außerordentliche Kündigung setzt wie gesehen voraus, dass dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar ist. Das ist bei einer **betriebsbedingten Kündigung** in der Regel nicht der Fall. Die Einstellung oder die Einschränkung eines Betriebs beruht ebenso wie dessen Stilllegung auf unternehmerischen Entscheidungen, die in einen sachgerechten Ausgleich mit den Interessen der Arbeitnehmer an der Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes zu bringen sind.[1306] Nach überzeugender Sichtweise des BAG ist es dem Arbeitgeber deshalb selbst im Insolvenzfall zuzumuten, die Kündigungsfrist einzuhalten, wenn eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen entfällt.[1307]
- Eine betriebsbedingte außerordentliche Kündigung ist demgemäß nur **ausnahmsweise** zulässig, insbesondere, wenn eine **ordentliche Kündigung vertraglich oder gesetzlich ausgeschlossen** und zudem eine sinnvolle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich ist. Letzteres ist der Fall, wenn z.B. aufgrund der Stilllegung eines Betriebs der Arbeitsplatz wegfällt und zugleich die Versetzung in einen anderen Betrieb des Unternehmens ausscheidet.[1308] Ist der Arbeitnehmer ordentlich unkündbar, muss dem Arbeitgeber gleichwohl die Möglichkeit eröffnet werden, sich von einem sinnentleerten Arbeitsverhältnis zu lösen. Ansonsten könnte der Ausschluss der ordentlichen Kündigung zu einer unzumutbaren Belastung des Arbeitgebers führen, wenn dieser die Arbeitsleistung nicht mehr in Anspruch nehmen könnte, andererseits aber über Jahre hinweg zur Zahlung des vereinbarten Entgelts verpflichtet bliebe.[1309] Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung bedeutet allerdings einen besonderen Schutz für den Arbeitnehmer, weshalb er nicht schlechter behandelt werden darf als bei einer hypothetisch ausgesprochenen ordentlichen Kündigung.[1310] Im Interesse eines angemessenen Interessenausgleichs verpflichtet das BAG den Arbeitgeber deshalb auch im Falle der außerordentlichen Kündigung, **die gesetzliche oder tarifvertragliche Kündigungsfrist einzuhalten, die gelten würde, wenn die ordentliche Kündigungsfrist nicht ausgeschlossen wäre**.[1311] Darüber hinaus sind an den Nachweis der fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit hohe Anforderungen zu stellen.[1312]

[1302] BAG v. 27.9.2012 – 2 AZR 955/11, NZA 2013, 425 Rn. 35.
[1303] MüKoBGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 219 m.w.N.
[1304] *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 127 Rn. 113 mit Beispielen.
[1305] MüKoBGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 222 f.
[1306] Ähnlich Staudinger/*Preis*, § 626 BGB Rn. 232.
[1307] BAG v. 23.1.2014 – 2 AZR 372/13, NJW 2014, 3180 Rn. 16.
[1308] BAG v. 28.3.1985 – 2 AZR 113/84, NZA 1985, 559; Staudinger/*Preis*, § 626 BGB Rn. 232; MüKoBGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 208.
[1309] BAG v. 28.3.1985 – 2 AZR 113/84, NZA 1985, 559; vgl. auch BAG v. 23.1.2014 – 2 AZR 372/13, NJW 2014, 3180 Rn. 16 ff., 20.
[1310] Staudinger/*Preis*, § 626 BGB Rn. 232.
[1311] *Schwerdtner*, in: FS Kissel, 1994, 1077, 1087 ff.
[1312] Erman/*Belling/Riesenhuber*, § 626 BGB Rn. 118.

- Die jüngere Rechtsprechung anerkennt als wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB nicht nur eine Betriebsstilllegung, sondern auch **innerbetriebliche Maßnahmen** des Arbeitgebers wie eine Fremdvergabe bestimmter Tätigkeiten.[1313]
- **Keinen wichtigen Grund** stellt demgegenüber eine **Betriebsunterbrechung** z.B. wegen eines Fabrikbrands dar.[1314] Dasselbe gilt für eine **behördlich angeordnete Betriebsschließung**, da diese grds. in das unternehmerische Risiko des Arbeitgebers fällt, der für die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit seiner Betriebsführung allein verantwortlich ist.[1315]
- Eine **Betriebsveräußerung** als solche stellt weder für den Veräußerer noch für den Erwerber einen betriebsbedingten Kündigungsgrund dar.[1316] Nach § 613a Abs. 4 S. 1 BGB sind Kündigungen wegen des Übergangs eines Betriebs oder Betriebsteils unwirksam (siehe dazu oben § 15 II. 5. e).
- Die Gefahr der **Insolvenz** rechtfertigt ebenso wenig wie die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens eine fristlose Kündigung. Im letztgenannten Fall wird die Arbeitgeberfunktion an den Insolvenzverwalter übergeben, der eine fristgemäße Kündigung gem. § 113 InsO aussprechen kann.[1317]

b) Interessenabwägung

- Wie vorstehend erläutert, muss in einem ersten Schritt geprüft werden, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist.[1318] Liegt ein „an sich“ wichtiger Grund vor, ist gem. § 626 Abs. 1 BGB in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob dem Kündigenden „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile **die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann**.“ Bei der Interessenabwägung i.R.d. § 626 Abs. 1 BGB sind – ebenso wie bei einer ordentlichen Kündigung – folgende drei Grundprinzipien heranzuziehen.

aa) Prognoseprinzip

- Die Rechtmäßigkeit einer außerordentlichen Kündigung setzt eine negative Prognose über die Auswirkungen der in Rede stehenden Vertragsverletzung auf das Arbeitsverhältnis voraus. Die Prognose fällt negativ aus, „**wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden muss, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag in Zukunft erneut und in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen**.“[1319] So ist etwa eine verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung gerechtfertigt, wenn eine störungsfreie Vertragserfüllung nicht mehr erwartet werden kann, weshalb künftigen Pflichtverstößen nur durch die Beendigung der Vertragsbeziehung begegnet werden kann.[1320] Dies kann insbesondere zu bejahen sein, wenn der Arbeitnehmer wegen gleichartiger Pflichtverletzungen schon

[1313] MüKoBGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 209.
[1314] BAG v. 16.6.1987 – 1 AZR 528/85, NZA 1987, 858; MüKoBGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 211.
[1315] Staudinger/*Preis*, § 626 BGB Rn. 231.
[1316] Erman/*Belling/Riesenhuber*, § 626 BGB Rn. 120.
[1317] MüKoBGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 213.
[1318] BAG v. 9.6.2011 − 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342 Rn. 14.
[1319] BAG v. 9.6.2011 − 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342 Rn. 31.
[1320] BAG v. 10.6.2010 − 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 Rn. 28.

einmal abgemahnt worden ist und seine vertraglichen Pflichten gleichwohl erneut verletzt. In derartigen Fällen kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass es auch künftig zu Vertragsstörungen kommen wird.[1321]

bb) Ultima-ratio-Prinzip

- Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn alle anderen, nach den jeweiligen Umständen möglichen und **milderen Mittel zur Behebung der Vertragsstörung** erschöpft sind (z.B. Abmahnung, Versetzung, einverständliche Änderung des Vertrages, Änderungskündigung oder ordentliche Kündigung).[1322] Die außerordentliche Kündigung muss die unausweichlich letzte Maßnahme (ultima ratio) für den Kündigungsberechtigten darstellen.
- Insbesondere mit Blick auf eine außerordentliche **verhaltensbedingte Kündigung** ist im Regelfall eine **Abmahnung** i.S.d. § 314 Abs. 2 BGB erforderlich, „wenn ein steuerbares Verhalten in Rede steht und es erwartet werden kann, dass das Vertrauen wiederhergestellt wird".[1323] Die Abmahnung ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn es sich um einen besonders schwerwiegenden Verstoß handelt, bei dem die Rechtswidrigkeit für den Arbeitnehmer ohnehin erkennbar ist und eine Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen werden kann.[1324]
- Darüber hinaus ist eine Beendigungskündigung als äußerstes Mittel nur dann zulässig, wenn **keine Möglichkeit zu anderweitiger Beschäftigung** besteht, und sei es zu schlechteren Arbeitsbedingungen oder nach entsprechender Umschulung.[1325] Dabei handelt es sich um einen allgemeinen Grundsatz des Kündigungsschutzrechts, der für außerordentliche ebenso wie ordentliche Kündigungen gilt, gleichgültig ob diese jeweils auf betriebs-, personen- oder verhaltensbedingte Gründe gestützt sind.[1326] Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zugemutet werden kann, sind im Rahmen einer einzelfallbezogenen Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand gegeneinander abzuwägen.[1327] Zu berücksichtigen sind dabei vor allem das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf.[1328]

[1321] BAG v. 9.6.2011 − 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342 Rn. 31.
[1322] BAG v. 30.5.1978 − 2 AZR 630/76, NJW 1979, 332, 333.
[1323] BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 923/98, NZA 2000, 421, 426; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht 1, § 10 Rn. 180.
[1324] BAG v. 10.2.1999 – 2 ABR 31/98, NZA 1999, 708, 710; BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 923/98, NZA 2000, 421, 426.
[1325] BAG v. 30.5.1978 − 2 AZR 630/76, NJW 1979, 332, 333; BAG v. 23.1.2014 – 2 AZR 372/13, NJW 2014, 3180 Rn. 22.
[1326] BAG v. 30.5.1978 − 2 AZR 630/76, NJW 1979, 332, 333.
[1327] BAG v. 9.6.2011 − 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342 Rn. 26.
[1328] BAG v. 9.6.2011 − 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342 Rn. 27. Siehe ausführlich zur Interessenabwägung MüKoBGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 80 ff.

3. Keine Kündigungsfrist, dafür Kündigungserklärungsfrist

a) Keine Kündigungsfrist

- Der grundlegende Unterschied zwischen einer ordentlichen und einer außerordentlichen Kündigung ist das nicht-gegebene Erfordernis einer Kündigungsfrist. Bei einer außerordentlichen Kündigung kann gem. § 626 Abs. 1 BGB „aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden".

b) Kündigungserklärungsfrist (§ 626 Abs. 2 BGB)

- Die außerordentliche Kündigung ist nach § 626 Abs. 2 S. 1 BGB an eine sog. Kündigungserklärungsfrist gebunden. Hiernach kann die Kündigung **nur innerhalb von zwei Wochen** erfolgen. Nach § 626 Abs. 2 S. 2 BGB beginnt diese Frist mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Für den **Fristbeginn** kommt es demnach „auf die sichere und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen an; selbst grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht."[1329]
- § 626 Abs. 2 BGB enthält im Hinblick auf den **Normzweck** eine **zwingende Ausschlussfrist**, die weder verlängert noch verkürzt werden darf.[1330] Die Regelung stellt eine unwiderlegliche Vermutung auf, dass auch ein möglicherweise erheblicher wichtiger Grund nach dem Ablauf der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist seine Bedeutung verloren hat.[1331] § 626 Abs. 2 BGB beruht insbesondere auf der Überlegung, dass bei einem längeren Hinauszögern der Kündigung nach Kenntniserlangung der Kündigungsgründe die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses kaum angenommen werden könne.[1332] Die Zwei-Wochen-Frist ist zugleich angemessen, um den Kündigungsberechtigten nicht zu einer überstürzten Kündigung zu drängen.[1333] Insoweit ist § 626 Abs. 2 BGB lex specialis gegenüber § 314 Abs. 3 BGB, der von einer „angemessenen Frist" zur außerordentlichen Kündigung von Dauerverhältnissen spricht.[1334]
- Einer differenzierten Betrachtung im Hinblick auf die Kündigungserklärungsfrist bedürfen Fallgestaltungen, in denen sich der wichtige Grund aus einer Gesamtheit von Gesichtspunkten zusammensetzt. Bei **Dauertatbeständen beginnt die Frist mit Kenntniserlangung des letzten Vorfalls** aus einer Kette miteinander verbundener Umstände, die bei einer Gesamtwürdigung den Arbeitgeber zur außerordentlichen Kündigung berechtigen.[1335]

> Beispiel: Kommt der Arbeitnehmer häufiger und unentschuldigt verspätet zur Arbeit und setzt sich dieses vertragswidrige Verhalten auch nach entsprechender Abmahnung des Arbeitgebers fort, beginnt die Frist etwa zu laufen, wenn der Arbeitgeber von der erneuten unentschuldigten Verspätung erfährt und dies als Anlass zur Erklärung der Kündigung nimmt.

[1329] BAG v. 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171, 173.
[1330] BAG v. 12.2.1973 – 2 AZR 116/72, AP BGB § 626 Ausschlußfrist Nr. 6 unter 3. a) der Gründe; MüKoBGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 316.
[1331] BAG v. 17.8.1972 – 2 AZR 359/71, AP BGB § 626 Ausschlußfrist Nr. 4 unter II. 2. der Gründe.
[1332] BT-Drs. V/3913, S. 11; BAG v. 17.8.1972 – 2 AZR 359/71, AP BGB § 626 Ausschlußfrist Nr. 4 unter II. 2. der Gründe.
[1333] BT-Drs. V/3913, S. 11.
[1334] BeckOGK/*Günther*, § 626 BGB Rn. 168.
[1335] BAG v. 17.8.1972 – 2 AZR 359/71, AP BGB § 626 Ausschlußfrist Nr. 4; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 65 Rn. 3123; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, Rn. 479.

- Die vorstehenden Erwägungen gelten im Grundsatz sowohl bei einer außerordentlichen Kündigung wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung (**Verdachtskündigung**) als auch wegen einer vom Arbeitgeber als erwiesen erachteten Straftat (**Tatkündigung**).[1336] Solange der Kündigungsberechtigte den Sachverhalt aufklärt, beginnt die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht. Sie ist allerdings nur solange gehemmt, wie der Kündigungsberechtigte mit der gebotenen Eile noch Ermittlungen anstellt, die ihm eine zuverlässige Kenntnis der kündigungsrelevanten Umstände verschaffen sollen.[1337] Hat der Arbeitgeber nur einen nicht beweisbaren Verdacht, fehlt ihm die Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen, mit der Folge, dass die Zwei-Wochen-Frist noch nicht zu laufen beginnt.
- Insbesondere bei einer **Verdachtskündigung** ist für den Fristbeginn auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Arbeitgeber durch seine Ermittlungen von den Umständen Kenntnis erlangt, die ihm die erforderliche Interessenabwägung und die Entscheidung darüber ermöglichen, ob ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht. Da der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, von der u.U. unsicheren Möglichkeit der Verdachtskündigung Gebrauch zu machen, kann er den Fort- bzw. Ausgang eines Strafermittlungs- bzw. Strafverfahrens abwarten.[1338] In einem solchen Fall kann der Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung jedoch nicht zu einem beliebig gewählten Zeitpunkt aussprechen.

Beispiel: Der Arbeitgeber nimmt Einsicht in die Akten eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, die geeignete kündigungsrelevante Anhaltspunkte beinhalten. Die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist beginnt dann ab dem Zeitpunkt der Akteneinsicht zu laufen.[1339]

- **Fristablauf**: Für die Wahrung der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB ist der Zeitpunkt des **Zugangs der Kündigung** maßgebend.
- Innerhalb der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist muss auch der **Betriebsrat angehört** werden, sofern ein solcher besteht (siehe gleich unten § 15 V.). Sofern der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken hat, muss er diese Bedenken gem. § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG dem Arbeitgeber unter Angabe der Gründe spätestens innerhalb von drei Tagen schriftlich mitteilen. Das Verfahren der Betriebsratsanhörung muss also spätestens am zehnten Tag ab dem Bekanntwerden der die Kündigung rechtfertigenden Tatsachen eingeleitet werden, damit der Betriebsrat die in § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG vorgesehene Frist ausnutzen kann.[1340]
- Individualarbeitsrechtlich, also vorbehaltlich der Mitbestimmung des Betriebsrats, können **Kündigungsgründe**, die bereits vor Ausspruch der Kündigung entstanden sind, dem Kündigenden aber erst später bekannt geworden sind, **im Rahmen eines laufenden Kündigungsschutzprozesses nachgeschoben werden.**[1341] Denn die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB bezieht sich allein auf die Ausübung des Kündigungsrechts und nicht auf die zugrundeliegenden Kündigungsgründe.[1342] Demgegenüber können nachgeschobene Kündigungsgründe, die nach Erklärung der Kündigung entstanden

[1336] Zum Nachstehenden BAG v. 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171, 173.
[1337] Zum Nachstehenden BAG v. 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171, 173.
[1338] BAG v. 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171, 173; ArbG Berlin v. 1.11.2017 – 24 Ca 4261/17, BeckRS 2017, 142762 Rn. 34 ff.
[1339] ArbG Berlin v. 1.11.2017 – 24 Ca 4261/17, BeckRS 2017, 142762 Rn. 36.
[1340] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 65 Rn. 3128.
[1341] BAG v. 18.1.1980 – 7 AZR 260/78, NJW 1980, 2486; BAG v. 4.6.1997 – 2 AZR 362/96, NZA 1997, 1158, 1159; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 65 Rn. 3131.
[1342] BAG v. 4.6.1997 – 2 AZR 362/96, NZA 1997, 1158, 1159.

sind, nicht rückwirkend im Hinblick auf die ausgesprochene Kündigung, sondern allenfalls bei einer erneuten Kündigung berücksichtigt werden.[1343]

V. Mitbestimmung des Betriebsrats (§ 102 BetrVG) – Überblick

- Gemäß § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung anzuhören und über alle für die Kündigung aus Sicht des Arbeitgebers relevanten Umstände zu informieren.
- Gem. § 102 Abs. 1 S. 3 BGB ist die Kündigung unwirksam, wenn der Betriebsrat nicht angehört wurde. Die Kündigung darf erst nach Abschluss der Betriebsratsanhörung erklärt werden (d.h. nach Ablauf der 3-Tage-Frist aus § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG oder nach früherer abschließender Stellungnahme des Betriebsrats).
- Ein Widerspruch des Betriebsrats hindert den Arbeitgeber nicht an der Kündigung, vgl. § 102 Abs. 4, 5 BetrVG.
- Ein **Widerspruch bei einer ordentlichen Kündigung** nach § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG kann aber einen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers begründen (siehe dazu oben § 6 II. 2. b) bb).
- Ein Widerspruchsrecht des Betriebsrats i.S.d. § 102 Abs. 3 BetrVG mit den Rechtsfolgen des § 102 Abs. 4, 5 BetrVG **besteht bei einer außerordentlichen Kündigung nicht**.
- Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats sind Gegenstand der Vorlesung „Mitbestimmungsrecht I“.

Prüfungsschema – außerordentliche Kündigung:
1. Kündigungserklärung
2. Ausschlussfrist, § 13 Abs. 1 S. 2 i.V.m. den §§ 4 S. 1 und 7 KSchG
3. Wichtiger Grund, § 626 Abs. 1 BGB
   a) Bestimmung wichtiger Grund an sich
      (1) Personenbedingte Gründe
      (2) Verhaltensbedingte Gründe
      (3) Betriebsbedingte Gründe
   b) Interessenabwägung
      (1) Prognoseprinzip
      (2) Ultima-ratio-Prinzip
4. Kündigungserklärungsfrist, § 626 Abs. 2 BGB
5. Beteiligung des Betriebsrats, § 102 Abs. 1, Abs. 2 S. 3 BetrVG

[1343] MüKoBGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 358; BAG v. 15.12.1955 – 2 AZR 228/54, NJW 1956, 807, 808.

VI. Änderungskündigung (§ 2 KSchG) - Überblick

Literatur:
Berkowsky, Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung, NZA 2006, 697 ff.
ders., Änderungskündigung und vorbehaltlose Annahme eines Änderungsangebots, NZA 2008, 26 ff.
Reuter/Sagan/Witschen, Die überflüssige Änderungskündigung, NZA 2013, 935 ff.

a) Begriff und Rechtsnatur

- Eine **Änderungskündigung** kommt als **Mittel zur Änderung und Anpassung der vertraglichen Arbeitsbedingungen** in Betracht, wenn der Arbeitgeber dies nicht durch Ausübung seines Direktionsrechts oder auf der Grundlage vertraglicher Änderungsvorbehalte erreichen kann.[1344]
- Zum Schutz des Arbeitnehmers regelt **§ 2 KSchG** die Voraussetzungen einer durch den Arbeitgeber ausgesprochenen Änderungskündigung. Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis und bietet er dem Arbeitnehmer in Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen an, kann der Arbeitnehmer gem. § 2 S. 1 KSchG dieses Angebot unter dem Vorbehalt annehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 2 S. 1 bis 3, Abs. 3 S. 1 und 2). Diesen Vorbehalt muss der Arbeitnehmer gem. § 2 S. 2 KSchG dem Arbeitgeber innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erklären.
- Nach überwiegender Auffassung ist die Änderungskündigung gem. § 2 KSchG ein **aus zwei Willenserklärungen zusammengesetztes Rechtsgeschäft** (sog. Einheitsmodell):[1345] Zur Kündigungserklärung muss das Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter geänderten Bedingungen hinzutreten.
- Die Änderungskündigung wird regelmäßig als **ordentliche** Kündigung ausgesprochen. Sie kann aber auch als eine **außerordentliche** Kündigung erklärt werden.[1346] Letzteres ist insbesondere bei ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern wie bei Mitgliedern des Betriebsrats der Fall (vgl. § 15 KSchG, § 103 BetrVG). Da sich § 2 KSchG auf die ordentliche Kündigung bezieht, ist die Vorschrift nach h.A. auf eine außerordentliche Änderungskündigung **analog** anzuwenden.[1347]
- Bei der Änderungskündigung handelt es sich um eine „echte“ Kündigung, die insofern **allen formalen Anforderungen** an die Wirksamkeit einer Kündigung unterliegt.[1348] Der Arbeitgeber muss die jeweiligen Wirksamkeitsvoraussetzungen unabhängig von einer Ablehnung oder (Vorbehalts-)Annahme des Änderungsangebots beachten.[1349] Insbesondere muss die Kündigung gem. § 623 BGB schriftlich erfolgen. Das **Schriftformerfordernis** umfasst dabei auch das Änderungsangebot.[1350]
- Das mit der Kündigung unterbreitete **Angebot** zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen muss, wie jedes Angebot i.S.v. § 145 BGB, **bestimmt oder**

[1344] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 65 Rn. 3140; vgl. etwa, mit Blick auf die Änderung des Arbeitsortes, BAG v. 26.1.2012 − 2 AZR 102/11, NZA 2012, 856 Rn. 16 ff.; BAG v. 22.9.2016 – 2 AZR 509/15, NZA 2016, 1461 Rn. 12 ff.
[1345] *Reuter/Sagan/Witschen*, NZA 2013, 935, 938 ff.; *Berkowsky*, NZA-RR 2003, 449, 450; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 66 Rn. 3142; ErfK/*Oetker*, § 2 KSchG Rn. 6; BAG v. 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, NZA 2010, 333 Rn. 15; BAG v. 17.2.2016 – 2 AZR 613/14, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 168 = BeckRS 2016, 67744 Rn. 18.
[1346] ErfK/*Oetker*, § 2 KSchG Rn. 8; BAG v. 28.5.2009 − 2 AZR 844/07, NZA 2009, 954.
[1347] ErfK/*Oetker*, § 2 KSchG Rn. 8 m.w.N.
[1348] BAG v. 22.10.2015 – 2 AZR 124/14, NZA 2016, 225 Rn. 29.
[1349] BAG v. 22.10.2015 – 2 AZR 124/14, NZA 2016, 225 Rn. 29.
[1350] BAG v. 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, NZA 2010, 333 Rn. 16.

bestimmbar sein. Zum einen muss für den Arbeitnehmer eindeutig sein, welche **Vertragsbedingungen** zukünftig gelten sollen, so dass er das Angebot ohne weiteres – mit einem schlichten „Ja" – annehmen kann.[1351] Ist das Angebot nicht derart bestimmt, ist die Änderungskündigung schon aus diesem Grund unwirksam.[1352] Zum anderen muss der **Wille des Arbeitgebers zur Vertragsauflösung** bei Nichtannahme des Änderungsangebots deutlich erkennbar sein. Der Arbeitnehmer muss den Erklärungen des Arbeitgebers nach ihrem objektiven Erklärungsinhalt entnehmen können, dass das Arbeitsverhältnis beendet werden soll, wenn er das Änderungsangebot nicht annimmt.[1353]

b) Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers

- Der Arbeitnehmer kann auf unterschiedliche Weise auf das Änderungsangebot des Arbeitgebers reagieren. Er kann es vorbehaltlos annehmen, ganz ablehnen oder unter Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung annehmen:[1354]
  - (1) **Nimmt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot vorbehaltlos an**, gelten zum vereinbarten Zeitpunkt die geänderten Arbeitsbedingungen.
  - (2) **Bei vorbehaltloser Ablehnung des Änderungsangebots** wirkt die Änderungskündigung als Beendigungserklärung. Der Arbeitnehmer kann dann gegen die Kündigung innerhalb der in § 4 S. 1 KSchG vorgesehenen Drei-Wochen-Frist eine „normale" Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht erheben.[1355] Die soziale Rechtfertigung der Kündigung wird allerdings unter Berücksichtigung des Änderungsangebots nach Maßgabe des § 2 i.V.m. § 1 KSchG überprüft.[1356] Wird die Kündigung im Ergebnis als sozialwidrig angesehen, kann der Arbeitnehmer auf seinen alten Arbeitsplatz zu den bisherigen Arbeitsbedingungen zurückkehren. Stellt das Gericht dagegen die Rechtmäßigkeit der Kündigung fest, verliert der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz.[1357]
  - (3) **Sofern der Arbeitnehmer das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung annimmt**, muss er ab dem Kündigungstermin zu den geänderten Arbeitsbedingungen arbeiten. Gem. § 2 S. 2 KSchG muss der Arbeitnehmer diesen Vorbehalt innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens aber innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erklären. Zugleich muss er nach § 4 S. 1 KSchG innerhalb von drei Wochen ab Zugang der Kündigung Klage beim Arbeitsgericht erheben. Die **Vorbehaltsfrist** gem. § 2 S. 2 KSchG und die **Klagefrist** gem. § 4 S. 1 KSchG sind im Regelfall deckungsgleich. Etwas anderes kann sich ergeben, wenn durch Tarifvertrag nach § 622 Abs. 4 BGB oder einzelvertraglich bei vorübergehenden Aushilfen gem. § 622 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 BGB eine Kündigungsfrist unter drei Wochen vereinbart ist.[1358]
  - Nimmt der Arbeitnehmer das Angebot unter Vorbehalt an, tritt an die Stelle der Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG die Ä**nderungsschutzklage nach § 4 S. 2**

[1351] BAG v. 10.9.2009 − 2 AZR 822/07, NZA 2010, 333 Rn. 15; BAG v. 5.6.2014 – 2 AZR 615/13, NZA 2015, 40 Rn. 25; BAG v. 17.2.2016 – 2 AZR 613/14, BeckRS 2016, 67744 Rn. 18; *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 66 Rn. 3143.
[1352] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 66 Rn. 3143.
[1353] BAG v. 27.5.1982 – 2 AZR 96/80, DB 1984, 620 = BeckRS 2009, 58456 unter C. I. 1. der Gründe.
[1354] Siehe ausführlich Preis, Individualarbeitsrecht, § 66 Rn. 3152 ff.
[1355] MüKoBGB/*Hergenröder*, § 4 KSchG Rn. 93.
[1356] Siehe bspw. BAG v. 19.5.1993 – 2 AZR 584/92, NZA 1993, 1075: Auch bei einer Ablehnung des Änderungsgebotes durch den Arbeitnehmer sei nicht auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auf das Änderungsangebot und seine soziale Rechtfertigung abzustellen. So sei bei einer betriebsbedingten Änderungskündigung das Änderungsangebot des Arbeitgebers daran zu messen, ob dringende betriebliche Erfordernisse gem. § 1 Abs. 2 KSchG das Änderungsangebot bedingten und ob der Arbeitgeber sich bei einem an sich anerkennenswerten Anlass zur Änderungskündigung darauf beschränkt habe, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen müsse.
[1357] Zur Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungserklärung *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 66 Rn. 3157 ff.
[1358] *Preis*, Individualarbeitsrecht, § 66 Rn. 3156.

KSchG.[1359] Die Änderungsschutzklage ist auf die Feststellung gerichtet, die Änderung der Arbeitsbedingungen sei „sozial ungerechtfertigt“ oder sei „aus einem anderen Grund rechtsunwirksam“.[1360] Auf eine außerordentliche Änderungskündigung ist § 4 S. 2 KSchG trotz des einschränkenden Wortlauts von § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG, der sich lediglich auf § 4 S. 1 KSchG bezieht, entsprechend anzuwenden.[1361]

– Wird die dreiwöchige Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG nicht eingehalten, gilt gem. § 7 Hs. 1 KSchG die **Änderungskündigung als von Anfang an rechtswirksam** (Fiktionswirkung).[1362] Zudem erlischt der nach § 2 KSchG erklärte Vorbehalt des Arbeitnehmers, wie § 7 Hs. 2 KSchG vorsieht. Von der Fiktionswirkung des § 7 KSchG nicht erfasst ist die Anfechtung der Annahmeerklärung eines Änderungsangebots.[1363]

c) Beteiligung des Betriebsrats

- Vor der Änderungskündigung ist der **Betriebsrat** grundsätzlich gem. § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG anzuhören. Außerdem sind ihm die geänderten Arbeitsbedingungen mitzuteilen.[1364]

[1359] *Hesse*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, § 4 KSchG, Rn. 117.
[1360] BAG v. 19.7.2012 − 2 AZR 25/11, NZA 2012, 1038 Rn. 19.
[1361] BAG v. 19.7.2012 − 2 AZR 25/11, NZA 2012, 1038 Rn. 19.
[1362] ErfK/*Kiel*, § 4 KSchG Rn. 27.
[1363] *Hesse*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, § 7 KSchG, Rn. 16.
[1364] BAG v. 12.8.2010 − 2 AZR 945/08, NZA 2011, 460 Rn. 17 ff.