

**Hochschule Anhalt (FH)**

# **Arbeitsrecht**

**Prof. Dr. A. Braun**

[www.profbraun.de](http://www.profbraun.de)

6. verbesserte Auflage 2011

## Inhaltsverzeichnis:

<b>Vorbemerkung</b> .....	10
<b>Modul 1 Individualarbeitsrecht</b> .....	11
A. Einführung .....	11
I. Begriff und Rechtsquellen .....	12
1. Begriff .....	12
a) Individualarbeitsrecht.....	12
b) Kollektives Arbeitsrecht .....	12
c) Arbeitsschutzrecht .....	12
d) Kurzbegriff .....	12
e) Zur Vertiefung .....	13
2. Nationale Rechtsquellen .....	13
a) Arbeitsgesetzbuch .....	13
b) Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	13
c) Gesetze .....	13
d) Tarifvertrag .....	14
e) Betriebsvereinbarung.....	14
f) Einzelarbeitsvertrag .....	15
Fall 1 – Versetzung .....	16
Fall 2 – Formulararbeitsvertrag .....	17
Fall 3 – Betriebliche Übung.....	19
g) Richterrecht .....	19
3. Internationale Rechtsquellen .....	19
a) Zwischenstaatliches Arbeitsrecht und völkerrechtliche Vereinbarungen .....	19
b) Europäisches Arbeitsrecht.....	20
4. Normhierarchie .....	20
II. Zusammenfassung und Übungen.....	20
III. Leseprogramm.....	21
1. Literatur.....	21
2. Rechtsprechung.....	21
B. Die Parteien des Individualarbeitsverhältnisses .....	22
I. Arbeitnehmer .....	22
Fall 4 – Freie Mitarbeiter .....	22
1. Begriff .....	22
a) Arbeit .....	23
b) Privatrechtlicher Vertrag .....	23
c) Persönliche Abhängigkeit .....	23
d) Entgelt und berufsmäßige Tätigkeit .....	24
e) Gesamtschau .....	25
f) Prozessuale Durchsetzung.....	25
II. Arbeitnehmerähnliche Personen.....	25
1. Begriff .....	25
2. Rechtsfolgen.....	26

III.	Besondere Personengruppen .....	26
1.	Arbeiter, Angestellte, AT-Angestellte .....	26
2.	Leitende Angestellte .....	26
3.	Dienstrecht, Organschaft .....	27
IV.	Arbeitgeber .....	27
	Fall 5 – Klage gegen die GmbH & Co. KG .....	27
1.	Begriff .....	28
2.	Vertretungsberechtigter .....	28
V.	Unternehmen, Betrieb .....	29
1.	Unternehmen .....	29
2.	Betrieb .....	29
VI.	Leseprogramm.....	29
1.	Literatur.....	29
2.	Rechtsprechung.....	30
C.	Anbahnung des Arbeitsverhältnisses.....	31
	Exkurs.....	31
I.	Planung und grundsätzliche Entscheidung.....	31
1.	Betriebsverfassungsrechtliche Grundlagen .....	31
2.	Entscheidungsbefugnis.....	32
II.	Ausschreibung .....	32
1.	Ziel des AGG .....	32
2.	Anwendungsbereich .....	32
3.	Entschädigung und Schadenersatz .....	33
4.	Aufgaben des Betriebsrates.....	33
III.	Vorauswahlverfahren .....	34
1.	Einstellungsfragebögen .....	34
	a) Einstellungsfragebogen .....	34
	b) Offenbarungspflicht.....	35
2.	Führungszeugnis .....	36
3.	Testverfahren.....	36
4.	Assessment-Center Verfahren.....	36
5.	Auskünfte beim bisherigen Arbeitgeber .....	37
6.	Anfechtung wegen arglistiger Täuschung .....	37
IV.	Vorstellungsgespräch .....	39
1.	Vorstellungskosten .....	39
2.	Interview .....	39
V.	Mitbestimmung des Betriebsrates.....	40
	Fall 6 – Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates .....	40
VI.	Leseprogramm.....	41
1.	Literatur.....	41
2.	Rechtsprechung.....	42
D.	Begründung des Arbeitsverhältnisses.....	43
I.	Rechtsdogmatik .....	43
1.	Einigung.....	43
2.	Form .....	43
3.	Vertragsfreiheit, gesetzliche Rahmenbedingungen .....	43
4.	Nachweisgesetz.....	44
II.	Gesetzliche Vertragsverhältnisse .....	44
1.	Arbeitnehmerüberlassung.....	44

2.	Betriebsverfassung .....	45
	a) Auszubildende .....	45
	b) Betriebsratswiderspruch bei Kündigung .....	45
	c) Teilzeitarbeit .....	45
III.	KAPOVAZ .....	47
IV.	Jobsharing .....	47
V.	Befristung .....	47
	1. Begriff .....	48
	a) Zeitbefristung .....	48
	b) Zweckbefristung .....	48
	c) Keine Kündigung .....	48
	2. Zulässigkeit der Befristung .....	49
	Fall 7 – Befristeter Arbeitsvertrag .....	49
	Fall 8 – Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses .....	49
	a) Sachlicher Grund .....	50
	b) Befristung ohne Sachgrund, Ausnahme .....	52
	c) Rechtsfolgen unzulässiger Befristung .....	53
	d) Elternzeit u.a. ....	54
VI.	Leseprogramm .....	54
	1. Literatur .....	54
	2. Rechtsprechung .....	55
E.	Allgemeine arbeitsrechtliche Pflichten des Arbeitnehmers .....	56
I.	Arbeitspflicht .....	56
	Fall 9 – Verspäteter Arbeitsbeginn .....	56
	Fall 10 – Erkrankung eines Kindes .....	56
	1. Verhinderung aufgrund objektiver Unmöglichkeit .....	56
	2. Verhinderung bei subjektiver Unmöglichkeit .....	57
II.	Nebenpflichten .....	57
	1. Mitteilungspflichten .....	58
	2. Verschwiegenheitspflicht .....	58
	3. Wettbewerbsverbot .....	58
	a) Gesetzliches Wettbewerbsverbot .....	58
	b) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot .....	59
	4. Sachschaden des Arbeitgebers und Haftungsbeschränkung .....	60
	Fall 11 – Verkehrsunfall mit Betriebsfahrzeug .....	60
	a) Schadenersatzrecht und Anspruchsgrundlagen .....	60
	b) Haftungsbeschränkung .....	61
	c) Haftungsumfang .....	61
	5. Sachschaden von Arbeitskollegen, Haftungsfreistellung .....	63
	6. Schaden von Dritten, Haftungsfreistellung .....	63
	7. Personenschaden des Arbeitgebers, Haftung der Berufsgenossenschaft .....	63
	8. Personenschaden eines Arbeitskollegen, Haftung Berufsgenossenschaft .....	63
	9. Personenschaden von Dritten, Haftungsfreistellung .....	64
	10. Mankohaftung .....	64
	a) Vereinbarung eines Mankogeldes .....	64
	b) Alleinzugriff .....	65
	11. Vertragsstrafe .....	65
	a) Formulararbeitsverträge .....	65

b) Ausgehandelte Verträge .....	66
12. Rückzahlungspflichten, Bindungspflicht.....	66
a) Weihnachtsgeld .....	66
b) Ausbildungskosten.....	67
III. Leseprogramm.....	68
1. Literatur.....	68
2. Rechtsprechung.....	68
F. Ausgewählte Teilbereiche.....	69
Fall 12: Mitbestimmung bei leistungsbezogenen Entgelten.....	69
I. Vergütungsanspruch.....	69
1. Entgeltzahlung.....	69
a) Formen, Ausblick.....	69
b) Betriebsvereinbarungen.....	70
c) Akkord- und Prämiensätze, vergleichbare leistungsbezogene Entgelte .....	70
2. Naturallohn.....	72
II. Beschäftigungspflicht .....	72
Fall 13 - Freistellung in der Kündigungsfrist .....	72
1. Interessenabwägung .....	73
2. Weiterbeschäftigungsanspruch im Kündigungsschutzrechtsstreit .....	74
3. Weiterbeschäftigung, § 102 Abs. 5 BetrVG .....	74
III. Betriebs- und Arbeitskampsrisiko .....	74
Fall 14 - Feierschichten .....	74
1. Betriebsrisiko .....	75
a) Voraussetzungen .....	75
b) Rechtsfolgen .....	76
c) Übung .....	76
2. Arbeitskampsparität.....	76
VI. Aufwendungsersatz .....	77
1. Sachaufwendungen .....	77
2. Schäden des Arbeitgebers.....	77
Fall 15 - Angewiesene Fahrten zur Arbeitsstelle .....	78
3. Gleichbehandlungsgrundsatz .....	78
a) Konkretisierung durch das AGG .....	79
b) Keine Beschränkung auf Entgelt .....	79
c) Gratifikationen und andere Entgeltleistungen .....	79
4. Ablösende Betriebsvereinbarung.....	79
Fall 16 - Verschlechternde Betriebsvereinbarung .....	79
a) Änderungen von Sonderleistungen .....	80
b) Vertragliche Änderungen des Arbeitsvertrages .....	80
c) Änderung einer Betriebsvereinbarung durch eine Individualabrede oder eine Betriebsvereinbarung.....	80
d) Änderung einer einheitlichen Regelung durch Betriebsvereinbarung .....	81
VII. Leseprogramm.....	82
1. Literatur .....	82
2. Rechtsprechung.....	82
G. Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag.....	83
Fall 17 - Nachteiliger Aufhebungsvertrag .....	83
I. Vertragsdogmatik.....	83
1. Interessenlage auf Seiten des Arbeitgebers .....	84

2. Interessenlage auf Seiten des Arbeitnehmers .....	84
II. Anfechtung.....	84
III. Sozialversicherungsrechtliche Fragen .....	85
1. ALG - Bezug .....	85
a) Sperrfrist gem. §§ 144 Abs. 6, 37b SGB III.....	85
b) Ruhen des ALG bei Entlassungsschädigung (§ 143a SGB III).....	85
c) Ruhen der Sperrzeit .....	88
d) Dauer der Sperrzeit .....	89
e) Höhe der Abfindung.....	89
f) Formulierung in Aufhebungsverträgen .....	90
g) Aufklärungspflicht des Arbeitgebers .....	90
VI. Leseprogramm.....	90
1. Literatur.....	90
2. Rechtsprechung.....	91
H. Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung .....	92
Fall 18 - Nachgeschobene Kündigungsgründe .....	92
I. Anhörung des Betriebsrates .....	92
1. Keine Kündigungssperre .....	92
2. Mitteilung von Gründen.....	92
3. Nachschieben von Kündigungsgründen .....	93
4. Unvollständige Angaben .....	93
5. Verfahrensfehler des Betriebsrates .....	94
6. Beweislast.....	94
7. Äußerungen des Betriebsrates .....	94
8. Zugang.....	94
II. Kündigungsschutzklage .....	95
1. Klagefrist .....	95
a) Klageantrag .....	95
b) Berechnung der Frist, Fälle .....	95
c) Zulassung verspäteter Klagen .....	96
2. Versäumung der Klagefrist .....	96
3. Allgemeine Feststellungsklage .....	96
4. Leseprogramm.....	97
a) Literatur .....	97
b) Rechtsprechung.....	97
III. Außerordentliche Kündigung .....	97
Fall 19 - Spesenbetrug.....	98
1. Prüfschritte .....	98
a) Erster Prüfschritt .....	98
b) Zweiter Prüfschritt .....	99
2. Außerordentliche Kündigungsgründe .....	99
a) Arbeitgeberkündigung .....	99
b) Arbeitnehmerkündigung .....	99
3. Zumutbarkeit .....	100
4. Abmahnung .....	100
5. Ausschlussfrist, § 626 Abs. 2 BGB .....	100
6. Betriebsratsanhörung .....	100
7. Außerordentliche Verdachtskündigung .....	101
a) Begriff .....	101
b) Verdacht .....	101

c) Aufklärung.....	101
d) Handlungsalternativen .....	102
8. Geltendmachung der Unwirksamkeit .....	103
IV. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG .....	103
1. Wartefrist .....	103
a) Entstehung des Kündigungsschutzes .....	103
b) Zusammenrechnung.....	104
c) Enger zeitlicher Zusammenhang .....	104
2. Kleinbetriebsklausel.....	104
a) Altarbeitnehmer .....	105
b) Neuarbeitnehmer .....	105
3. Leitende Angestellte .....	105
4. Leseprogramm.....	105
a) Rechtsprechung .....	105
b) Literatur .....	106
V. Leseprogramm.....	106
1. Literatur .....	106
2. Rechtsprechung.....	106
VI. Personenbedingte Kündigung .....	107
Fall 20 .....	107
1. Soziale Rechtfertigung von Kündigungen .....	107
a) Eignung .....	108
b) Krankheit .....	108
2. Darlegungs- und Beweislast .....	113
3. Leseprogramm.....	114
VII. Verhaltensbedingte Kündigung .....	114
Fall 21 .....	114
1. Soziale Rechtfertigung von Kündigungen .....	114
2. Soziale Rechtfertigung .....	115
a) Tötlichkeit .....	116
b) Minderleistung .....	117
c) PC - Nutzung .....	118
3. Abmahnung, Ausnahmen .....	119
a) Inhalt der Abmahnung .....	119
b) Ziel der Abmahnung .....	119
c) Gleichartigkeit der Pflichtverletzung .....	120
d) Entbehrlichkeit der Abmahnung .....	120
4. Verhältnismäßigkeitsprüfung .....	121
5. Leseprogramm.....	121
a) Literatur .....	121
b) Rechtsprechung.....	122
VIII. Betriebsbedingte Kündigung .....	123
1. Soziale Rechtfertigung von Kündigungen .....	123
2. Prüfungsreihenfolge .....	123
3. Dringende betriebliche Erfordernisse .....	124
a) Innerbetrieblicher Bereich .....	124
b) Außerbetrieblicher Bereich .....	125
4. Freier Arbeitsplatz .....	126
Fall 23 .....	126
5. Sozialauswahl .....	129
6. Leseprogramm.....	130

a) Literatur .....	130
b) Rechtsprechung .....	130
I.    Ausgewählte Teilbereiche .....	131
I.    Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG).....	131
Fall 24 – Fortsetzungserkrankung.....	131
1.    Anwendungsbereich, § 1 EFZG .....	131
2.    Feiertage, § 2 EFZG .....	131
a) Gesetzliche Feiertage.....	131
b) Brückentage u.a. ....	132
3.    Dauer der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.....	132
a) Sechswochenfrist, § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG.....	132
b) Verschulden.....	132
c) Fortsetzungserkrankung, § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EFZG.....	133
d) Fortsetzungserkrankung, § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EFZG.....	133
e) Begriff der Fortsetzungserkrankung.....	134
4.    Höhe der Entgeltfortzahlung, §§ 2, 4 EFZG.....	134
5.    Anzeige- und Nachweispflichten, § 5 EFZG .....	135
6.    Gesetzlicher Forderungsübergang .....	135
Fall 25 – Verkehrsunfall .....	135
a) Sinnhaftigkeit .....	135
b) Anspruch gegen Schädiger .....	135
7.    Entgeltfortzahlung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses .....	136
II.   Leseprogramm.....	136
1.    Literatur.....	136
2.    Rechtsprechung.....	136
Anlage 1.....	137
<b>Modul 2 Kollektives Arbeitsrecht .....</b>	<b>139</b>
<b>Modul 3 Arbeitsschutzrecht.....</b>	<b>140</b>
I.    Bedeutung, Inhalt und Begriffe .....	140
1.    Inhalt, Ziel, Zweck.....	140
2.    Bedeutung .....	140
3.    Europäisches Arbeitsschutzrecht.....	141
4.    Duales System.....	142
Folie 1 - Duales System des Arbeitsschutzrechtes .....	143
a) Staatliches Arbeitsschutzrecht.....	144
b) Autonomes Arbeitsschutzrecht/Unfallverhütungsrecht .....	145
5.    Begriffe .....	148
a) Allgemein anerkannte Regeln der Technik.....	148
b) Stand der Wissenschaft und Technik .....	150
c) Gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse .....	150
d) Stand der Arbeitsmedizin und Arbeitshygiene .....	150
II.   Das staatliche Arbeitsschutzrecht.....	151
1.    Das Arbeitsschutzgesetz - ArbSchG.....	151
a) Entstehungsgeschichte.....	151
b) Zielsetzung und Anwendungsbereich § 1 .....	152
c) Geschützter Personenkreis § 2.....	152
d) Normadressat – Arbeitgeber § 2 Abs. 3.....	153
e) Organisatorische Maßnahmen § 3 .....	154



f) Allgemeine Grundsätze § 4 .....	154
g) Gefährdungsbeurteilung und Dokumentation §§ 5, 6 .....	156
h) Übertragung von Aufgaben § 7.....	156
i) Besondere Gefahren § 9.....	156
k) Erste Hilfe und sonstige Notfallmaßnahmen § 10.....	157
l) Arbeitsmedizinische Versorgung § 11.....	157
m) Unterweisung § 12.....	157
n) Verantwortliche Personen § 13.....	157
o) Pflichten und Rechte der Beschäftigten.....	157
p) Verordnungsermächtigung .....	158
q) Bußgeldvorschriften.....	158
2. Die Verordnung gem. §§ 18, 19 ArbSchG (nur Überblick).....	159
a) PSA-BV .....	159
b) LasthandhabV .....	159
c) BildscharbV.....	159
d) BaustellV .....	159
e) AMBV .....	160
f) BioStoffV.....	160
3. Arbeitsstättenverordnung, Arbeitsstättenrichtlinien.....	161
a) Ermächtigungsnorm.....	161
b) Ziel.....	161
c) Neufassung.....	162
4. Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und Fachkräfte für Arbeitsicherheit (ASiG) .....	164
a) Grundsatz § 1 .....	164
b) Bestellung von Betriebsärzten § 2 .....	165
c) Aufgaben der Betriebsärzte § 3 .....	166
d) Bestellung von Fachkräften für Arbeitssicherheit § 5.....	167
e) Aufgaben der Fachkräfte für Arbeitssicherheit § 6.....	168
f) Ausblick .....	168
g) Arbeitsschutzausschuss § 11 .....	168
h) Behördliche Anordnung § 12 .....	168
i) Bußgeldbewehrung § 20.....	169
5. Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbrauchsprodukte (Geräte -und Produktsicherheitsgesetz, GPSG).....	169
a) Grundgedanken des Gesetzes .....	169
b) Inverkehrbringen und Ausstellen §§ 4, 5 .....	170
c) Durchführung des Gesetzes, zuständige Behörden, Untersagungsverfügung §§ 8-10.....	170
d) CE- und GS-Kennzeichnung §§ 6, 7 .....	171
e) Bußgeld- und Strafbewehrung §§ 19, 20.....	171
f) Die Verordnung gemäß § 3 .....	171
Folienübersicht .....	172

## Vorbemerkung

Das Skriptum enthält 3 Module:

**Modul 1** Individualarbeitsrecht

**Modul 2** Kollektives Arbeitsrecht

**Modul 3** Arbeitsschutzrecht (technischer und sozialer Arbeitsschutz)  
*(Hier danke ich meinem Kollegen aus der Anwaltskanzlei Herrn  
Dr. Thomas Doms für seine freundliche Unterstützung)*

Die Module können einzeln in Kombination mit anderen Vorlesungen oder gemeinsam in beliebiger Reihenfolge gelesen werden.

**Fett gedruckte Teile mit Balken am Rand sind häufig Gegenstand von Klausuren.**

# Modul 1

## Individualarbeitsrecht

### A. Einführung

#### 1. Alternative

Sie sind Personalleiter der Firma Ender GmbH und berichten direkt an den Geschäftsführer.

Die Ender GmbH stellt Spritzgussmaschinen her. Sie beschäftigt 1.850 Arbeitnehmer, darunter 170 Leiharbeitnehmer.

Das Unternehmen produziert in Magdeburg und unterhält drei selbständige Niederlassungen in Dessau, Halle und Leipzig. Sowohl in der Hauptverwaltung als auch in den Niederlassungen sind Betriebsräte gebildet.

Ihre Aufgabe besteht darin, sämtliche anfallenden arbeits- und sozialrechtlichen Fragen für die Hauptverwaltung und die Niederlassungen eigenverantwortlich zu bearbeiten. Sie sind außerdem zuständig für die Personalwirtschaft. Sie besitzen Prokura und haben Leitungsfunktion für fünf Mitarbeiter.

#### 2. Alternative

Sie sind bei der DGB-Rechtsschutz GmbH als Rechtsschutzsekretär beschäftigt.

Ihre Aufgabe besteht darin, Mitglieder der Einzelgewerkschaften in allen arbeits- und sozialrechtlichen Fragen zu beraten und bei den Arbeits- und Sozialgerichten zu vertreten.

3x die Woche haben Sie feste Sprechzeiten. Darüber hinaus stehen Sie auch für telefonische Auskünfte zur Verfügung. Sie fertigen in forensischen Angelegenheiten Klagen, Klagebeantwortungen und Schriftsätze.

(Sprachliche Gleichstellung: Formulierungen Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Mitarbeiter u.a sind stets als ArbeitgeberInnen, ArbeitnehmerInnen, MitarbeiterInnen u.a. zu verstehen.)

# I. Begriff und Rechtsquellen

## 1. Begriff

Unter Arbeitsrecht versteht man die rechtlichen Beziehungen zwischen

- AG – AN
- AG – Gewerkschaft
- AG-Verband – Gewerkschaft
- AG – BR
- AN – AN - Arbeitsschutzbehörde

### a) Individualarbeitsrecht

Das Individualarbeitsrecht umfasst das Arbeitsvertragsrecht mit dem Schwerpunkt der Begründung, dem Inhalt und der Beendigung von Arbeitsverhältnissen.

### b) Kollektives Arbeitsrecht

Das kollektive Arbeitsrecht hat zum Inhalt das Recht der Koalitionen, das Recht des Arbeitskampfes und der Tarifverträge sowie die Mitbestimmung und die Betriebsverfassung.

### c) Arbeitsschutzrecht

Zum Arbeitsrecht im weiteren Sinn zählt auch das Arbeitsschutzrecht, dessen Inhalt in den Schutznormen für Arbeitnehmer und deren Überwachung besteht.

### d) Kurzbegriff

Gelegentlich wird stark verkürzt unter dem Begriff Arbeitsrecht die Gesamtheit aller Regeln verstanden, die für die in persönlicher Abhängigkeit geleistete Arbeit gelten. Arbeitsrecht ist danach Sonder-

recht der Arbeitnehmer und gilt für den überwiegenden Teil aller Erwerbspersonen in der BRD.

**e) Zur Vertiefung**

- Beispiele aus der Praxis
- Aktuelle Probleme des Personalleiters bei der Ender GmbH

**2. Nationale Rechtsquellen**

**a) Arbeitsgesetzbuch**

Es gibt trotz vielfacher Bemühungen noch kein Arbeitsgesetzbuch.

**b) Verfassungsrechtliche Grundlagen**

Herausragend die Grundrechte aus Art. 1, 2, 3, Art. 9 Abs. 3 und Art. 12, 14 GG.

**c) Gesetze**

aa. Der Bundesgesetzgeber hat von seinem konkurrierenden Gesetzgebungsrecht gem. Art. 74 Nr. 12 GG weitgehend Gebrauch gemacht.

Ein Blick in die Gesetzessammlung, z.B. dtv Nr. 5006

bb. Nur wenige Bereiche sind von den Landesgesetzgebern erfasst, so z.B. im Bereich der Arbeitnehmerweiterbildung und den Bildungsurlaubsgesetzen der Länder

cc. Zwingende und dispositive Normen

Arbeitsrechtliche Gesetzesvorschriften sind überwiegend zum Schutz der Arbeitnehmer einseitig zwingend (z.B. § 619 BGB,

§ 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG, § 12 EFZG). Zwingende Normen können nicht zu Ungunsten der Arbeitnehmerseite abbedungen werden. Günstigere Arbeitsbedingungen sind möglich.

Gelegentlich sind Arbeitsgesetze zweiseitig zwingend, wenn nämlich Dritt- oder Allgemeininteressen im Vordergrund stehen (z.B. § 618 BGB, § 8 Abs. 1 MuSchG).

Auch im Arbeitsrecht gibt es dispositive Normen, wie z.B. §§ 612, 613, 614 BGB.

Tarifdispositivität liegt vor, wenn das Gesetz eine Abweichung von der Norm durch Tarifvertrag zulässt (z.B. § 622 Abs. 4 S. 1 BGB, § 13 Abs. 1 S. 1 BUrlG, § 4 Abs. 4 EFZG).

#### **d) Tarifvertrag**

Der Tarifvertrag ist ein zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft, das die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien regelt und Rechtsnormen enthält, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen.

Tarifvertragsparteien sind Gewerkschaften, einzelne Arbeitgeber sowie Vereinigungen von Arbeitgebern.

Der normative Teil eines Tarifvertrages gilt gesetzsgleich, das heißt unmittelbar und zwingend zwischen den tarifgebundenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern (§§ 3, 4 Abs. 1 TVG).

#### **e) Betriebsvereinbarung**

Eine Betriebsvereinbarung ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, das betriebsverfassungsrechtlich

che Fragen regelt. Betriebsvereinbarungen gelten unmittelbar und zwingend (§ 77 Abs. 4 BetrVG). Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt (§ 77 Abs. 3 BetrVG).

#### **f) Einzelarbeitsvertrag**

Der Einzelarbeitsvertrag ist ein zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Er ist wesentliches Gestaltungsmittel des Arbeitsverhältnisses. Seine praktische Bedeutung ist allerdings durch Gesetz und vor allem durch kollektive Vereinbarungen (Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung) eingeschränkt.

- aa. **Der Arbeitsvertrag ist Rechtsgrundlage für das Direktionsrecht des Arbeitgebers. Auf Grund dieses Rechts kann der Arbeitgeber Art, Inhalt und Umfang der Arbeitsleistung bestimmen. Maßgeblich für das Direktionsrecht ist die Frage, ob im Arbeitsvertrag bestimmte Festlegungen hinsichtlich Art, Inhalt und Umfang enthalten sind. Häufig finden sich in Arbeitsverträgen Formulierungen, wonach der Arbeitgeber eine Versetzung auf andere gleichwertige Arbeitsplätze vornehmen kann. Es gilt § 315 BGB; Interessenabwägung.**

**Auch durch Konkretisierung kann das Direktionsrecht des Arbeitgebers eingeschränkt werden; allerdings nicht alleine dadurch, dass längere Zeit eine bestimmte Arbeit verrichtet wird, wohl aber, wenn zum Zeitablauf besondere Umstände hinzutreten, aus denen sich ergibt, dass der Arbeitnehmer zukünftig nur noch diese Arbeit verrichten**

**soll. Solche Umstände sind z.B. Ausbildung, Beförderung oder Übertragung von Führungsaufgaben.**

### **Fall 1: Versetzung**

Bei der Ender GmbH besteht eine Abteilung Qualitätssicherung. Die dortige Abteilungsleiterin, Ingenieurin für Elektrotechnik und Feinmechanik, ist 59 Jahre alt, seit zehn Jahren für die Ender GmbH tätig und hat den Status als AT-Angestellte von der Geschäftsführung zugesprochen erhalten.

Sie hat Leitungsfunktion für fünf Mitarbeiter und ist für die Qualitätskontrolle im gesamten Unternehmen zuständig. Sie hat sich geweigert an CAD-Schulungen teilzunehmen, besitzt deswegen die für ihre Aufgabe erforderlichen Kenntnisse insoweit nicht. Sie ist offensichtlich psychisch erkrankt und weist AU-Zeiten in folgendem Umfang auf: Im aktuellen Kalenderjahr 160, in den vorausgegangenen Jahren jeweils zwischen 50 bis 90 Arbeitstage. Sie hat als ehemaliges Betriebsratsmitglied Kündigungsschutz gemäß § 15 KSchG.

Kann sie während der Schutzfrist auf einen Arbeitsplatz als Sachbearbeiterin versetzt werden?

Nach Ablauf der Schutzfrist nehmen Sie mit Zustimmung des Betriebsrates die beabsichtigte Versetzung vor.

Die Arbeitnehmerin erhebt Klage zum Arbeitsgericht Magdeburg. Wie schätzen Sie die Erfolgsaussichten ein?

#### **bb. Allgemeine Geschäftsbedingungen**

**Kurze Zusammenfassung der bislang im Studium erworbenen Kenntnisse in den Vorlesungen WPR I und WPR II.**

**Häufig werden in der Praxis sogenannte Formulararbeitsverträge verwendet. Seit der Rechtsprechung des BAG vom 25.05.2005 (5 AZR 572/04) geht die höchstgerichtliche Rechtsprechung davon aus, Arbeitsvertrag sei Verbrauchervertrag im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB.**



**Hinsichtlich der Begriffe Unternehmer und Verbraucher wird auf §§ 14, 13 BGB zurückgegriffen.**

**Liegt ein Formulararbeitsvertrag im Sinne von § 305 BGB vor, findet das AGB-Recht uneingeschränkt Anwendung, wobei gemäß § 310 Abs. 4 BGB jedoch die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen sind.**

**Auch bei einmaliger Anwendung eines Formulararbeitsvertrages kann das AGB-Recht gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB zur Anwendung kommen, wenn der Arbeitnehmer keinen Einfluss auf den Inhalt der Klauseln nehmen konnte.**

**Konnte der Arbeitnehmer allerdings Einfluss auf die Gestaltung der Klauseln nehmen, findet das AGB-Recht keine Anwendung mit der Folge, dass gemäß § 242 BGB eine Ausübungskontrolle unter Berücksichtigung der Besonderheiten im Arbeitsverhältnis möglich ist.**

**Fall 2: Formulararbeitsvertrag (BAG vom 25.05.2005, 5 AZR 572/04)**

cc. Gesamtzusage

Gesamtzusage ist eine den Arbeitnehmer begünstigende Erklärung des Arbeitgebers, dieser werde der gesamten Belegschaft oder einem Teil besondere Vergünstigungen zukommen lassen. Sie bedarf einer allgemeinen förmlichen Bekanntgabe und entfaltet Bindungswirkung für den Arbeitgeber. Rechtsdogmatisch handelt es sich um ein Angebot gemäß § 145 BGB, bei dem die Annahme des Arbeitnehmers konkludent erfolgt. § 151 BGB ist anzuwenden (Bsp. Zusage betriebliche Altersversorgung; Weihnachtsgeld).

dd. **Betriebliche Übung**

Unter einer betrieblichen Übung wird die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers verstanden, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden. Dem Verhalten des Arbeitgebers wird eine konkludente Willenserklärung entnommen, die vom Arbeitnehmer gemäß § 151 BGB angenommen werden kann. Dadurch wird ein vertragliches Schuldverhältnis geschaffen, aus dem bei Eintritt der vereinbarten Anspruchsvoraussetzungen ein einklagbarer Anspruch erwächst. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber mit einem entsprechenden Verpflichtungswillen gehandelt hat. Die Wirkung einer Willenserklärung oder eines bestimmten Verhaltens tritt im Rechtsverkehr schon dann ein, wenn der Erklärende aus der Sicht des Erklärungsempfängers einen auf eine bestimmte Rechtswirkung gerichteten Willen geäußert hat. Inwieweit die Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte gemäß § 242 BGB und der Begleitumstände auf einen Bindungswillen des Arbeitgebers schließen durften, bedarf der Auslegung (z.B. BAG vom 25.05.2008, 10 AZR 274/07).

Gegenstand der betrieblichen Übung kann alles sein, was auch Inhalt der Arbeitsverträge ist. Sie ist nicht nur auf Leistungen des Arbeitgebers sondern auch auf sein sonstiges Verhalten bezogen (z.B. Pausen, Freistellungen u.ä.).

In der Regel wird bei einem dreimaligen vorbehaltlosen Verhalten des Arbeitgebers auf eine Betriebsübung geschlossen.

Die ältere Rechtsprechung des BAG ging davon aus, dass es eine gegenläufige betriebliche Übung gäbe, auf Grund derer unter den gleichen Voraussetzungen eine entstandene betriebliche Übung beseitigt oder zumindest beendet werden könnte. Dazu musste wie beim Entstehen der betrieblichen Übung nur gegenläufig gehandelt werden. Diese Rechtsprechung hat das BAG in der Entscheidung vom 18.03.2009 (10 AZR 281/08) und in der Entscheidung vom 25.11.2009 (10 AZR 779/08) aufgegeben. Eine gegenläufige betriebliche Übung mit der Folge der Beseitigung deren Rechtsfolgen wird seither nicht mehr anerkannt.

Eine betriebliche Übung entsteht nicht, wenn die Verhaltensweisen des Arbeitgebers erkennbar nicht gleichmäßig wiederholt werden sollen, beispielsweise wenn eine Gratifikation unter Vorbehalt oder in unterschiedlicher Höhe gezahlt wird.

ee. **Beseitigung der betrieblichen Übung**

Eine betriebliche Übung kann nur durch Einzelvereinbarung, Änderungskündigung oder zulässige ablösende Betriebsvereinbarung beseitigt werden.

Keinesfalls genügt eine einseitige Erklärung des Arbeitgebers.

**Fall 3: Betriebliche Übung (BAG vom 28.05.2008, 10 AZR 575/07)**

### **g) Richterrecht**

Gewohnheitsrecht hat insbesondere nach der Modernisierung des Schuldrechts seit dem 01.01.2002 im Arbeitsrecht keine Bedeutung mehr. Mangels einer einheitlichen, umfassenden Arbeitsrechtskodifikation kommt jedoch dem sogenannten Richterrecht eine größere Bedeutung zu. Richterrecht lässt keine verbindlichen Rechtsnormen entstehen, gleichwohl hat eine gleichmäßige Rechtsprechung Bedeutung für die Arbeitsrechtspraxis. Zwar binden höchstgerichtliche Rechtsprechungen oder die Rechtsprechung übergeordneter Gerichte die unteren Instanzen nicht, es ist aber festzustellen, dass sich die Instanzgerichte an der Rechtsprechung des jeweils oberen Gerichtes orientieren (z.B. betriebliche Übung, Gleichbehandlung, innerbetrieblicher Schadensausgleich).

## **3. Internationale Rechtsquellen**

Das internationale Arbeitsrecht gliedert sich in den zwischenstaatlichen und in den völkerrechtlichen Bereich sowie in das europäische Gemeinschaftsrecht.

### **a) Zwischenstaatliches Arbeitsrecht und völkerrechtliche Vereinbarungen**

Zum zwischenstaatlichen Arbeitsrecht gehören vor allem allgemeine völkerrechtliche Verträge und Abkommen wie z.B. die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950, die Europäische Sozialcharta von 1961 sowie die verschiedenen Übereinkommen der internationalen Arbeitsorganisation (ILO).

## **b) Europäisches Arbeitsrecht**

Im europäischen Gemeinschaftsrecht unterscheidet man zwischen Primärrecht, zu dem die Gründungs- und Änderungsverträge der Europäischen Gemeinschaften gehören und das Sekundärrecht, das die von den Gemeinschaftsorganen erlassenen Rechtsverordnungen umfasst.

Praktische Bedeutung hat nur das Sekundärrecht, bei dem in Richtlinien und Verordnungen unterschieden wird.

Richtlinien entfalten keine unmittelbare Wirkung für den Bürger, sie verpflichten den nationalen Gesetzgeber jedoch, nach Maßgabe der Verordnung Recht zu setzen (z.B. Gleichstellungsrichtlinie).

Verordnungen haben allgemeine Geltung. Sie ist in allen Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat (z.B. Freizügigkeitsverordnung).

### **4. Normhierarchie**

Zur Normhierarchie vergleiche die Vorlesung WPR I. Zur Erinnerung: Völkerrecht und europäisches Recht geht nationalem Recht vor. Bundesrecht bricht Landesrecht.

## **II. Zusammenfassung und Übungen**

### **III. Leseprogramm**

#### **1. Literatur**

- Schaub/Koch/Linck: Arbeitsrechtshandbuch, Verlag C.H. Beck, aktuelle Auflage, §§ 1-4
- Senne: Arbeitsrecht, Luchterhand Verlag, aktuelle Auflage, S. 3
- Wörlen/Kokemoor: Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag, aktuelle Auflage, RZ 1-34

#### **2. Rechtsprechung**

- BAG vom 25.05.2005 (5 AZR 572/04)
- BAG vom 28.05.2008 (10 AZR 575/07)

## B. Die Parteien des Individualarbeitsverhältnisses

### I. Arbeitnehmer

#### Fall 4: Freie Mitarbeiter

Als Personalleiter der Ender GmbH haben Sie von der Geschäftsführung die Aufgabe, bei zukünftigen Personaleinstellungen auf Kosteneinsparung zu achten. Sie wollen daher zur Ersparnis der Sozialversicherungsbeiträge ein freies Mitarbeiterverhältnis begründen, bei dem der Mitarbeiter Maschinenkonstruktionen mit Hilfe eines CAD-Systems zu fertigen hat. Zu diesem Zwecke beabsichtigen Sie den freien Mitarbeiter in seinem häuslichen Bereich von Ihnen gestellte Hard- und Software zum Gebrauch zu überlassen, ihm auf Ihre Kosten ein Mobiltelefon zur Verfügung zu stellen und mit Kurierdienst Korrespondenz zwischen Ihrer Hauptverwaltung und dem Wohnsitz des Mitarbeiters zu erledigen. Die Vergütung des Mitarbeiters soll nach dem ERTV erfolgen. Das BUrlG, nicht jedoch das EFZG sollen zur Anwendung kommen. Der zukünftige Mitarbeiter soll frei sein in seiner Zeitgestaltung, hat jedoch nach Ihren Vorgaben Fristen zur Ablieferung von Arbeiten einzuhalten.

Ein Anfrageverfahren nach § 7 a SGB IV führen Sie nicht durch.

Wie wird die DRV bei einer Betriebsprüfung hinsichtlich des Status entscheiden?

#### 1. Begriff

**Es gibt keinen allgemein anerkannten Begriff des Arbeitnehmers. Spezialgesetzliche Begriffsbestimmungen (z. B. § 5 BetrVG, § 14 KSchG gelten nur dort). Allgemein anerkannt, jedoch zum Teil umstritten, ist die vom BAG gewählte Begriffsbestimmung, wonach Arbeitnehmer derjenige ist, der**

- **Arbeit,**
  - **aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages,**
  - **im Dienste eines anderen**
  - **in persönlicher Abhängigkeit**
- erbringt.**

**a) Arbeit**

**Arbeit ist im wirtschaftlichen Sinn zu verstehen. Es ist jede Betätigung oder jedes Verhalten, das zur Befriedigung eines Bedürfnisses dient und im Wirtschaftsleben als Arbeit qualifiziert wird.**

**Auszuschalten sind hier also spielerische oder sportliche Betätigungen zum Selbstzweck u. a.**

**b) Privatrechtlicher Vertrag**

**Durch die Voraussetzung des privatrechtlichen Vertrages wird klar gestellt, dass der Status eines Arbeitnehmers nur dann vorliegt, wenn sich eine Person freiwillig in den Dienst eines anderen begibt und den Willen zur Beschäftigung hat. Nicht hierhin gehören also Beamte, da ihr Dienstverhältnis öffentlich-rechtlich beinhaltet ist, Insassen einer JVA oder einer Heil- und Pflegeanstalt, weil deren Tätigkeit ebenfalls öffentlich-rechtlich begründet ist, Ordensmitglieder oder DRK-Schwestern, die ihre Tätigkeit aufgrund konventioneller Übereinkunft erbringen, oder Familienmitglieder, die aufgrund des Familienrechts (§§ 1356, 1619 BGB) tätig werden.**

**c) Persönliche Abhängigkeit**

**Der unselbstständige oder abhängige Arbeitnehmer unterscheidet sich vom Unternehmer, dem Dienstnehmer oder freien Mitarbeiter. Er ist im Gegensatz zu diesen Personen persönlich abhängig. Persönliche Abhängigkeit wird vom BAG in ständiger Rechtsprechung beschrieben als eine Einbindung in die betriebliche Organisation, verbunden mit dem Weisungsrecht des Unternehmers.**



- aa) Einbindung in die betriebliche Organisation**  
bedeutet, dass ein Mitarbeiter in der Hierarchie und Struktur des Unternehmens tätig ist, dessen Infrastruktur in Anspruch nimmt und dort mit Hilfe von sachlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgt.

Einbindung in die betriebliche Organisation bedeutet nicht notwendigerweise, Arbeiten vor Ort in den Betrieben zu erbringen, eine Eingliederung kann sich, wie es sich bei Außendienstmitarbeitern zwangslos ergibt, auch außerhalb von Betrieben stattfinden.

- bb) Weisungsgebundenheit besteht dann, wenn ein Mitarbeiter hinsichtlich**

- Arbeitszeit
- Arbeitsart
- Arbeitsort und
- Arbeitsinhalt

den Vorgaben des Unternehmers verpflichtet ist.

Weisungsgebundenheit zeigt sich außerdem in Berichtspflichten, in der Verpflichtung Aufträge anzunehmen, dem Verbot Preise zu gestalten und eigene Kunden zu akquirieren. Indiziell ist außerdem das Fehlen von Kosten- und Unternehmensrisiko.

- d) Entgelt und berufsmäßige Tätigkeit**

Entgelt und berufsmäßige Tätigkeit gehören nicht zum Begriff des Arbeitnehmers. Zwar arbeitet die Mehrzahl der Arbeitnehmer gegen Entgelt, denkbar ist aber auch, dass sie unentgeltlich, etwa

**zum Zweck ihrer Einarbeitung beschäftigt werden. Berufsmäßigkeit ist ebenfalls nicht erforderlich, da auch der Werkstudent oder Schüler Arbeitnehmer ist.**

**e) Gesamtschau**

**Bei der Statusprüfung ist abschließend eine Gesamtschau erforderlich, wie es das Gesetz auch in § 7 a SGB IV für die DRV vorsieht. Es muss davor gewarnt werden, den vorgenannten Arbeitnehmerbegriff wie eine mathematische Formel ohne Wertungsmöglichkeit anzuwenden.**

**Eine umfassende kausuelle Auflistung mit Rechtsprechungsübersicht findet sich bei Schaub § 8, Randziffer 38.**

**f) Prozessuale Durchsetzung**

**Die Statusfrage kann durch Feststellungsklage (Statusklage) aber auch durch Leistungsklage, z. B. wegen Forderung nach dem EFZG (incident) geklärt werden.**

## **II. Arbeitnehmerähnliche Personen**

### **1. Begriff**

Arbeitnehmerähnliche Personen sind Dienstleistende, die mangels persönlicher Abhängigkeit keine Arbeitnehmer, aber wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit keine Unternehmer sind. Sie werden regelmäßig persönlich ohne Mithilfe Dritter tätig, sind nicht in eine fremde Betriebsorganisation eingegliedert und vermögen ihre Leistung nicht am Markt, sondern nur gegenüber einem bestimmten Unternehmen zu erbringen. Ob § 12 a TVG eine Legaldefinition ist, oder nur für den Bereich des TVG gilt, ist umstritten.

Zu den arbeitnehmerähnlichen Personen gehören typischerweise Heimarbeiter, Hausgewerbetreibende und Zwischenmeister, Einfirmenhandelsvertreter oder freie Mitarbeiter.

## **2. Rechtsfolgen**

Das Arbeitsrecht ist auf arbeitnehmerähnliche Personen grundsätzlich nicht anwendbar. Ihre besondere Schutzbedürftigkeit rechtfertigt jedoch, einzelne arbeitsrechtliche Vorschriften entsprechend anzuwenden. So z. B. § 5 ArbGG, § 2 BUrlG und §§ 1,2 EFZG. Für die Einfirmenhandelsvertreter gilt zusätzlich § 92 a HGB. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass allgemeine Kündigungsschutzbestimmungen für arbeitnehmerähnliche Personen ebenso wenig gelten, wie § 613 a BGB.

## **III. Besondere Personengruppen**

### **1. Arbeiter, Angestellte, AT-Angestellte**

Die Begriffe Arbeiter und Angestellte sind im Arbeitsrecht weitgehend überholt, insbesondere seit es weitgehend keine Lohn- und Gehaltstarifverträge mehr sondern nur noch Entgelttarifverträge gibt und § 622 BGB geändert ist. Stattdessen hat sich der Begriff des Arbeitnehmers etabliert.

AT-Angestellte sind solche, die über Tarif vergütet werden. Ein besonderer arbeitsrechtlicher Status ist damit nicht verbunden. Die Problematik des 25 %-igen Lohnabstandes hat sich durch Änderung der Tarifverträge in der Metall- und Elektroindustrie erübrigt.

### **2. Leitende Angestellte**

Eine allgemeingültige Legaldefinition fehlt. Die spezialgesetzlichen Regelungen nach § 5 Abs. 3, 4 BetrVG, § 14 KSchG gelten nur dort.

Für die arbeitsrechtliche Praxis ist § 14 Abs 2 KSchG i. V. m. §§ 3,9 Abs. 1 Satz 2 von Bedeutung. Das heißt, auf Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnliche leitende Angestellte, soweit diese zur selbstständigen Ein- und Ausstellung von Arbeitnehmern berechtigt sind, sind die §§ 1 bis 14 anwendbar, nicht jedoch § 3, der die 3-wöchige Klagefrist enthält. Im Ergebnis bedeutet § 14 Abs. 2, dass der Bestandsschutz von Arbeitnehmern in Sinne des § 14 Abs. 2 eingeschränkt ist mit der Maßgabe, dass die Arbeitgeberseite im Prozess den Auflösungsantrag stellen kann ohne ihn begründen zu müssen und dass gemäß §§ 9, 10 KSchG dem Arbeitnehmer eine Abfindung zusteht.

### **3. Dienstrecht, Organschaft**

Es versteht sich von selbst, dass auf Mitarbeiter, die keinen Arbeitnehmerstatus haben, das Arbeitsrecht nicht anwendbar ist. Dazu gehören vor allem solche Personen, die persönlich nicht abhängig, insbesondere nicht weisungsgebunden sind, wie z. B. Direktoren, Bereichsleiter, Generalbevollmächtigte u. a.

Keinen Status als Arbeitnehmer haben Organmitglieder, wobei bei den GmbH-Geschäftsführern eine Sonderproblematik entstehen kann. Bei einer insbesondere mehrgliedrigen GmbH-Geschäftsführung und der üblichen Weisungsgebundenheit gegenüber der Gesellschafterversammlung kann Arbeitnehmerstatus vorliegen. Für deren Bestandsschutz gilt jedoch § 14 Abs. 1 KSchG.

## **IV. Arbeitgeber**

### **Fall 5: Klage gegen die GmbH & Co. KG**

Nehmen Sie an, die Ender GmbH betreibt eine Tochtergesellschaft, die als Ender GmbH & Co. KG firmiert. Die Komplementärin ist dort eine Verwaltungs-GmbH.

Bei ihr sind 15 Mitarbeiter beschäftigt. Einem dieser Mitarbeiter, Frau B., ist aufgrund Ihrer Veranlassung fristgemäß unter Beteiligung des Betriebsrates betriebsbedingt gekündigt worden.

Frau B. erhebt Kündigungsschutzklage gegen die GmbH & Co. KG.

Wie verhalten Sie sich taktisch?

Hat die Kündigungsschutzklage Aussicht auf Erfolg, und wenn ja in welchen Fällen?

## 1. Begriff

Arbeitgeber im Sinne des Arbeitsrechtes ist jeder, der einen Arbeitnehmer beschäftigt. Unschädlich ist eine vorübergehende Nichtbeschäftigung. Auf die Rechtsform kommt es nicht an. Arbeitgeber kann jede natürliche oder juristische Person des privaten oder des öffentlichen Rechts sein.

Bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind Arbeitgeber die einzelnen Gesellschafter. Es wird angeraten von der neueren BGH-Rechtsprechung bei Klagen gegen eine GbR noch nicht Gebrauch zu machen und im Rubrum der Klage die einzelnen Gesellschafter namentlich zu bezeichnen, eventuell eine subjektive Klagehäufung herbeizuführen und die Gesellschafter sowie die GbR zu verklagen.

Subjektive Klagehäufung kann auch bei einer Klage gegen die OHG empfehlenswert (§§ 124, 130 HGB).

## 2. Vertretungsberechtigter

Eine juristische Person wird durch ihre satzungsgemäßen Vertreter vertreten. Im Gesellschaftsvertrag kann jedoch vorgesehen sein, dass der Geschäftsführer einer GmbH zur Vornahme von bestimmten Rechtshandlungen z. B. einer Kündigung, die Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedarf. Die fehlende Zustimmung ist Unwirksamkeitsgrund.

Ansonsten gilt für die Vertretung, das in der Vorlesung WPR I zu **§§ 164 BGB** Ausgeführte.

## V. Unternehmen, Betrieb

Legaldefinitionen fehlen.

### 1. Unternehmen

Üblicherweise wird als Unternehmen eine organisatorische Einheit verstanden, die bestimmt wird durch den wirtschaftlichen oder ideellen Zweck, dem ein Betrieb oder mehrere organisch verbundene Betriebe desselben Unternehmens dienen.

### 2. Betrieb

Unter Betrieb wird eine organisatorische Einheit verstanden, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sachlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt.

Für die Praxis ist lediglich bedeutsam, ob ein Betrieb Arbeitgeberbereitschaft besitzen kann. Ist er selbstständig, steht er also unter einer eigenen Leitung und ist ihm vom Unternehmen die Arbeitgeberbereitschaft verliehen, so kann auch mit ihm ein Arbeitsverhältnis begründet werden.

## VI. Leseprogramm

### 1. Literatur

- Schaub/Koch/Linck: Arbeitsrechtshandbuch, Verlag C.H. Beck, aktuelle Auflage, §§ 8, 10, 13-15, 18
- Wörlen/Kokemoor: Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag, aktuelle Auflage, RZ 35-61

## 2. Rechtsprechung

- BAG, 21.12.2005, 7 AZR 541/04
- BAG, 08.11.2006, 5 AZR 706/05
- BAG, 06.05.1998, 5 AZR 612/97
- BAG, 10.04.1991, 4 AZR 467/90
- BAG, 09.10.1996, 5 AZB 18/96
- BAG, 17.10.1990, 5 AZR 639/89
- BAG, 02.10.1990, 4 AZR 606/90
- BAG, 15.11.2005, 9 AZR 626/04
- BAG, 08.05.2007, 9 AZR 777/06
- BAG, 25.01.1984, 5 AZR 44/82
- BAG, 06.12.1995, 10 AZR 123/95
- BAG, 29.11.1958, 2 AZR 245/58
- BAG, 22.01.1980, 1 ABR 48/77
- BAG, 28.01.1986, 1 ABR 8/84
- BAG, 27.01.1998, 1 ABR 38/97
- BAG, 13.02.2002, 5 AZR 713/00
- BAG, 27.09.2001, 2 AZR 176/00
- BAG, 16.04.2002, 1 ABR 23/01
- BAG, 23.08.2001 - 5 AZB 9/01
- BAG, 11.02.2004 - 7 ABR 27/03
- BAG, 29.05.1991 - 7 ABR 54/90

## **C. Anbahnung des Arbeitsverhältnisses**

Der Bereich vor Abschluss des Arbeitsvertrages kann in 5 große Teileinheiten eingeteilt werden.

- Planung und grundsätzliche Entscheidung
- Ausschreibung
- Vorauswahlverfahren
- Vorstellungsgespräch
- Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates

Aus personalwirtschaftlichen, ökonomischen und arbeitsrechtlichen Gründen ist es beim Bestehen eines Betriebsrates geboten, diesen in allen Teilbereichen umfassend einzubeziehen.

### **Exkurs**

Ausführlicher Bericht aus der Praxis. Personalwirtschaftliche, ökonomische und arbeitsrechtliche Erfahrungen. Grundsätze. Empfehlungen.

## **I. Planung und grundsätzliche Entscheidung**

In KMU findet die Personalplanung praktisch nicht, oder nur rudimentär statt. In Großunternehmen ist die Personalplanung obligatorisches Steuerungselement.

### **1. Betriebsverfassungsrechtliche Grundlagen**

Gemäß § 92 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten.



Er hat mit dem Betriebsrat über Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen und über die Vermeidung von Härten zu beraten. Der Betriebsrat kann dem Arbeitgeber Vorschläge für die Einführung einer Personalplanung und Ihre Durchführung machen.

Führt der Arbeitgeber keine Personalplanung durch, beteiligt er den Betriebsrat hieran nicht oder greift er dessen Vorschläge nicht auf, so bleibt dies unmittelbar sanktionslos. Mittelbar besteht allerdings in solchen Fällen die Gefahr, dass der Betriebsrat gemäß § 99 BetrVG seine Zustimmung zu einer Einstellung verweigert und damit das gesamte ökonomisch und arbeitsrechtlich aufwändige Ersetzungsverfahren gemäß §§ 99-101 BetrVG erzwingt.

## **2. Entscheidungsbefugnis**

Der grundsätzliche Beschluss, eine Einstellung vorzunehmen ist eine freie unternehmerische Entscheidung. Sie ist mitbestimmungsfrei.

Die funktionale Zuständigkeit für den Grundsatzbeschluss ist nur denjenigen Entscheidungsträgern im Unternehmen vorbehalten, die zur selbstständigen Einstellung berechtigt sind.

## **II. Ausschreibung**

Der bis zum Inkrafttreten des AGG geltenden § 611 b BGB ist aufgehoben. Für das Ausschreibungsverfahren gilt nunmehr nur noch das AGG.

### **1. Ziel des AGG**

Das Ziel des AGG ergibt sich aus § 1.

## **2. Anwendungsbereich**

Gemäß §§ 2 Abs.1 Nr. 1, 6 AGG dürfen bei Auswahlkriterien, Einstellungsbedingungen und dem Zugang zu unselbstständiger Erwerbstätigkeit keine Benachteiligungen im Sinne des § 1 AGG entstehen. Zulässige unterschiedliche Behandlungen können nur noch durch die §§ 8-10 AGG erfolgen. Ausdrücklich schreibt § 11 AGG vor, dass ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden darf. Das bedeutet, dass grundsätzlich Stellenausschreibungen geschlechtsneutral zu erfolgen haben. In diesem Zusammenhang dürfte es wohl zukünftig unzulässig sein, bei der Ausschreibung zu verlangen, dass neben den üblichen Bewerbungsunterlagen auch Lichtbilder einzureichen sind.

## **3. Entschädigung und Schadensersatz**

Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Beweisrechtlich bedeutet diese Formulierung, dass sich der Arbeitgeber exkulpieren muss.

Ist eine Ausschreibung nicht geschlechtsspezifisch erfolgt, liegt kein Vermögensschaden vor, so dass § 15 Abs. 2 AGG zu Anwendung kommt. Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Die Ursächlichkeit hat der Bewerber zu beweisen.

## **4. Aufgaben des Betriebsrats**

Der Betriebsrat hat gemäß §§ 80 Abs. 1 Nr. 1, 2 a BetrVG die allgemeine Aufgabe, darüber zu wachen, dass Benachteiligungsverbote auch im Bereich der Ausschreibung unterbleiben.

Er kann gemäß § 93 BetrVG verlangen, dass Arbeitsplätze die besetzt werden sollen, allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebes ausgeschrieben werden. Verletzt der Arbeitgeber dieses Recht, so stehen unmittelbar keine Sanktionen zur Verfügung, der Betriebsrat kann jedoch gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG seine Zustimmung zur Einstellung wirksam verweigern.

### III. Vorauswahlverfahren

Aufgrund der eingereichten Bewerbungsunterlagen, deren Art und Umfang der Arbeitgeber bestimmt, wird er ein Vorauswahlverfahren durchführen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang nur, welche Unterlagen der Arbeitgeber anfordern kann. Fordert er z. B. eine Handschriftprobe, z. B. in Form eines handgeschriebenen Lebenslaufes, so steht zu befürchten, dass er ein graphologisches Gutachten einholen wird. Holt er ohne Zustimmung des Bewerbers ein solches ein, verletzt er dessen Persönlichkeitsrecht und macht sich schadensersatzpflichtig. Hierfür gilt § 311 Abs. 2 Nr. 1,3 BGB, also das Rechtssystem eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses. Für die Höhe des Schadensersatzes ist § 15 Abs. 2 AGG entsprechend anzuwenden.

Lichtbilder werden wohl nach Geltung des AGG nicht mehr zulässigerweise als Bewerbungsunterlagen gefordert werden können.

Unstreitig steht es dem Arbeitgeber frei, nach Eingang der Bewerbungsunterlagen an die benachteiligungsfrei als geeignet erachteten Bewerber Einstellungsfragebögen mit der Aufforderung zur ausgefüllten Rückgabe zu versenden.

#### 1. Einstellungsfragebögen

**Der Inhalt von Einstellungsfragebögen steht im Spannungsverhältnis zwischen dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers einerseits und dem Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers andererseits. Ein weiterer Problemkreis ist dadurch eröffnet, inwieweit der Bewerber auch ohne eine entsprechende Frage eine Offenbarungspflicht besitzt.**

**a) Einstellungsfragebogen**

Häufig anzutreffende Fragen sind nachfolgend aufgelistet. Die Bemerkung grundsätzlich ja bedeutet, die Frage sei zulässig, es gibt jedoch Ausnahmen. Umgekehrt bedeutet grundsätzlich nein, die Frage ist unzulässig bei bestehenden Ausnahmen.

Insgesamt ist jeweils zu beachten, dass eine sachgerechte Interessenabwägung stattzufinden hat. Wenn z. B. die Frage nach Krankheiten grundsätzlich unzulässig ist, bedeutet dies, der Arbeitgeber dürfe gleichwohl nach solchen Krankheiten fragen, die in engen Zusammenhang mit der Arbeitsleistung stehen. Die Frage nach Auge- oder Gehörleiden ist bei einem Berufskraftfahrer also zulässig.

- aa) Schwerbehinderung, ja
- bb) Krankheiten, grundsätzlich nein
- cc) HIV-Infektion, grundsätzlich nein
- dd) Schwangerschaft, grundsätzlich nein
- ee) Wehr- und Ersatzdienst, ja
- ff) Grund für Arbeitsplatzwechsel, ja
- gg) Höhe des letzten Verdienstes, ja
- hh) Pfändungen, Abtretung, grundsätzlich nein
- ii) Vorstrafen, grundsätzlich nein
- jj) Gewerkschaftszugehörigkeit, grundsätzlich nein
- kk) Parteizugehörigkeit, grundsätzlich nein
- ll) Religionszugehörigkeit, grundsätzlich nein
- mm) Familienplanung, nein
- nn) Familienstand, ja
- oo) Nichteheleiche Gemeinschaft, nein
- pp) Vermögensverhältnisse, grundsätzlich nein
- qq) Stasimitarbeit, im öffentlichen Dienst ja, ansonsten grundsätzlich nein

**rr) Wettbewerbsverbote, grundsätzlich ja**  
**ss) Beendigungsgrund im Vorvertrag, ja**

**b) Offenbarungspflicht**

**Selbst dann, wenn ein Fragebogen keine Anwendung finden sollte, oder eine entsprechende Frage nicht enthalten ist, hat der Bewerber dann eine Offenbarungspflicht, wenn das Erbringen der Arbeitsleistung wesentlich erschwert oder verhindert wird. So müssen z. B. arbeitsbezogene vorsätzlich begangene Vorstrafen, sofern sie nicht BZRG-frei sein sollten, ungefragt mitgeteilt werden. Der Schwerarbeiter muss ungefragt offenbaren, dass er infolge Bandscheiben-, Hüft- oder Knieleidens nicht in der Lage ist schwer zu heben und zu tragen. Der Bewerber für eine Lehrerstelle hat Vorstrafen wegen Sittlichkeitsdelikten zu offenbaren.**

**2. Führungszeugnis**

**Die Vorlage eines Führungszeugnisses gemäß § 30 BZRG dürfte unzulässig sein (str.) da sich hieraus mehr an Informationen für den Arbeitgeber ergibt, als bei zulässigen Fragen nach Vorstrafen möglich wäre.**

**3. Testverfahren**

**Die Durchführung von Testverfahren ist grundsätzlich zulässig, soweit Antworten auf Fragen erhoben werden, die nach den vorstehend genannten Grundsätzen zulässig sind.**

**Die seit vielen Jahren in der praktischen Anwendung befindlichen Testverfahren (Testbatterien) erheben jedoch mehr an Erkenntnissen als zulässig wäre. Sie sind damit rechtswidrig. Gleichwohl gilt für den Bewerber: Take it or leave it.**

#### **4. Assessment-Center Verfahren**

Vor allem Großunternehmen praktizieren üblicherweise im Vorauswahlverfahren Assessment Center Verfahren. Dort werden üblicherweise nur solche Erkenntnisse erhoben, die zulässigerweise ermittelt werden dürfen, wie z. B. Teamfähigkeit, Kommunikationsvermögen, Organisationstalent, Führungseigenschaften, Stresstoleranz pp. Begleitet werden die Assessment Center Verfahren jedoch häufig von Psychologen, die darüber hinaus weitere Erkenntnisse zu gewinnen versuchen. Insoweit gilt das unter c. dargestellte entsprechend.

#### **5. Auskünfte beim bisherigen Arbeitgeber**

So wie Zeugnisse und schriftliche Referenzen im Bewerbungsverfahren gefordert werden können, so ist auch eine persönliche oder fernmündliche Anfrage beim bisherigen Arbeitgeber zulässig.

Im Falle des Auskunftsverlangens bei noch ungekündigtem Arbeitsplatz besteht die Gefahr des Schadensersatzes des vorvertraglichen Schuldverhältnisses (§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB).

Ist die Auskunft des bisherigen Arbeitgebers vorsätzlich falsch, können Ansprüche durch den Arbeitnehmer wegen Verletzung einer Vertragspflicht (§ 280 Abs. 1 BGB) oder Verletzung einer nachvertraglichen Vertragspflicht (§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB entsprechend) gegeben sein.

Die häufig von bisherigen Arbeitgebern geäußerten Bedenken, sie könnten sich einem Schadenersatzanspruch des neuen Arbeitgebers gegenüber ausgesetzt sehen, ist weitgehend unbegründet. In der Regel wird ein Fall des § 675 Abs.2 BGB oder allenfalls ein Gefälligkeitschuldverhältnis vorliegen. Vertragliche Ansprüche bestehen nicht, Ansprüche aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB) scheidet i. d. R. aus.

## 6. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

Falschinformationen des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren können auf mehreren Ebenen arbeitsrechtlich aktuell werden.

- a) Ist die Handschriftenprobe von einer dritten Person gefertigt und wird hierzu ein graphologisches Gutachten erstellt, so ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass dies zu Anfechtung wegen arglistiger Täuschung führt. Zur arglistigen Täuschung siehe unten d.
- b) Ist dem Bewerber Ziel und Zweck einer Testung bekannt (vgl. z. B. Susanne von Paczenski „Der Testknacker“), sind die dortigen Erhebungen zulässig und verhält sich der Bewerber persönlichkeitswidrig, so wird er wie bei der Falschbeantwortung von zulässigen Fragebögen zu behandeln sein (str.).
- c) Bei fehlerhaften Auskünften des bisherigen Arbeitgebers besteht nur dann ein Anlass für die arglistige Täuschung, wenn der Bewerber und der bisherige Arbeitgeber hinsichtlich zulässiger Fragen absichtlich zum Nachteil des neuen Arbeitgebers zusammen gewirkt haben.
- d) **Ob bei der unrichtigen Beantwortung von Fragebögen eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung erfolgen kann, hängt davon ab, ob es sich im konkreten Einzelfall um eine zulässige oder unzulässige Frage gehandelt hat.**

**Ist eine zulässige Frage bewusst wahrheitswidrig beantwortet wurden, so ist der Arbeitgeber berechtigt, seine Willenserklärung, die zum Abschluss des Arbeitsvertrages geführt hat, wegen arglistiger Täuschung gem. 123 BGB anzufechten.**

**Zu den Einzelheiten des Anfechtungsrechts gem. § 123 BGB vergleiche die Vorlesung WPR I. Hierauf wird vollinhaltlich Bezug genommen und zum Gegenstand der Vorlesung gemacht.**

- **Willenserklärung**
- **Begriff der Arglist**
- **Bestimmung (= Veranlassung - Ursächlichkeit)**
- **Begriff des Dritten i. S. v. § 123 Abs. 2 BGB**
- **Anfechtungsfrist gem. § 124 BGB**
- **Anfechtungserklärung gem. § 143 BGB**
- **Wirkung der Anfechtung, § 142 BGB**

**Hingegen ist die bewusst wahrheitswidrige Beantwortung einer unzulässigen Frage arbeitsrechtlich sanktionslos.**

**Gem. § 143 BGB wirkt die Anfechtung ex tunc, das würde nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen bedeuten, der Arbeitsvertrag wäre von Anfang an nichtig, was zu einer Rückabwicklung gem. §§ 985, 812 BGB führen würde. Im Arbeitsrecht gilt jedoch der Grundsatz des sogenannten faktischen Arbeitsverhältnisses. Das bedeutet, der Arbeitsvertrag bleibt für die Vergangenheit wirksam und ist nur für die Zukunft (ex nunc) nichtig.**

## **IV. Vorstellungsgespräch**

### **1. Vorstellungskosten**

Um hohe Kosten für Lustreisen, insbesondere in attraktive Städte zu vermeiden, verfahren Unternehmen gelegentlich in der Weise, dass sie schon bei einer Einladung zum Vorstellungsgespräch eine Erstattung der Vorstellungskosten ausschließen. Das ist rechtlich möglich.



Geschieht dies nicht, ist der Arbeitgeber in entsprechender Anwendung des § 670 BGB um Ersatz der angemessenen Fahrt- und Übernachtungskosten verpflichtet. Das gilt nur bei Einladungen zum Vorstellungsgespräch, nicht bei Eigeninitiative des Bewerbers.

## 2. Interview

Bericht aus der Praxis. Hinweise. Empfehlungen.

Für das Interview und die dort zulässigen Fragen gelten die Ausführungen zu III.

### **Hinweis:**

Für den Bewerber gilt, take it or leave it.

Für den Bewerber gilt, auf unzulässige Fragen einfallsreich antworten

## V. Mitbestimmung des Betriebsrates

### **Fall 6: Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates**

Sie als Personalleiter der Ender GmbH sind budgetverantwortlich. Aufgrund der Sparvorgaben Ihrer Geschäftsführung haben Sie dem Betriebsrat verweigert:

- Eine externe Schulung durch die IG Metall im Seminar Zentrum Sprockhövel zum Thema „Mitbestimmung gem. § 87 BetrVG“,
- die Anschaffung eines Laptops,
- die Anschaffung des Kommentars von Fitting u. a.,
- den Bezug der AuR und
- die Gestellung einer Sekretärin.

Sie haben sich nach durchgeführter Bewerberauswahl für die Bewerberin A entschieden. Sie möchten die Bewerberin zum Beginn des nächsten Quartals einstellen und beantragen beim Betriebsrat die Zustimmung hierzu. Der Betriebsrat verweigert diese.

Können Sie die Mitarbeiterin A vorläufig einstellen oder sind Sie daran gehindert?  
Welche Alternativen haben Sie?

Obgleich Einzelheiten des sogenannten Zustimmungseretzungsverfahrens gem. §§ 99-101 BetrVG Gegenstand der Vorlesung Betriebsverfassungsrecht sind, wird gleichwohl verlangt, hierzu die Grundkenntnisse zu beherrschen.

**Zur Struktur von §§ 99-101 BetrVG:**

- **Einstellung**
- **Größe des Betriebs**
- **Bewerbungsunterlagen**
- **Auskunft**
- **Zustimmungsverweigerungskatalog § 99 Abs. 2 BetrVG**
- **Wochenfrist, § 99 Abs. 3 BetrVG**
- **Beschlussverfahren zur Zustimmungseretzung, § 99 Abs. 4 BetrVG**
- **Vorläufige Personelle Maßnahme, sofern die Einstellung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist**

**Aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist die Maßnahme, wenn ein verantwortungsbewusster Arbeitgeber im Interesse des Betriebes alsbald handeln müsste, die geplante Maßnahme also keinen Aufschub duldet. Ein zumutbarer anderer Weg darf nicht zur Verfügung stehen. Es muss sich um betriebliche Sachzwänge handeln, die im Zeitpunkt der vorläufigen Maßnahme erforderlich sind. (Beispiel: Ein Spezienschweißer, der zur Durchführung eines Terminauftrages benötigt wird, ist wegen Eigenkündigung ausgefallen; ein EDV-Layouter wird zur Gestaltung des bereits gebuchten Fernsehwerbespots gebraucht).**

- **Aufklärung über Sach- und Rechtslage, § 100 Abs. 1 Satz 2 BetrVG**
- **Unverzügliche Unterrichtung des Betriebsrates von der personellen Maßnahme, § 100 Abs. 2 BetrVG**
- **3-Tages-Frist zur Aufrechterhaltung der personellen Maßnahme gem. § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG**

- **Alternatives Ende nach Entscheidung durch das ArbG**
- **Gegebenenfalls Kündigung des eingegangenen Arbeitsverhältnisses**
- **Zwangsgeld bei Zuwiderhandlung § 101 BetrVG**

## **VI. Leseprogramm**

### **1. Literatur**

- Schaub/Koch/Linck: Arbeitsrechtshandbuch, Verlag C.H. Beck, aktuelle Auflage, §§ 24-28
- Senne: Arbeitsrecht, Luchterhand Verlag, aktuelle Auflage, S. 17-36
- Wörlen/Kokemoor: Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag, aktuelle Auflage, RZ 62-97
- Fitting/Engels/Schmidt/Trebing: Betriebsverfassungsgesetz, Verlag Vahlen, aktuelle Auflage, S. 92-105
- § 99-101 Betriebsverfassungsgesetz

### **2. Rechtsprechung**

- BAG, 01.07.1993 - 2 AZR 25/93
- BAG, 06.06.1984 - 5 AZR 286/81
- BAG, 27.07.2005 - 7 AZR 508/04
- BAG, 20.04.1993 - 1 ABR 59/92
- BAG, 07.06.1984 - 2 AZR 270/83
- BAG, 21.02.1991 - 2 AZR 449/90
- BAG, 29.06.1988 - 5 AZR 433/87
- BAG, 20.05.1999 - 2 AZR 320/98
- BAG, 15.04.1986 - 1 ABR 44/84
- BAG, 03.12.1985 - 1 ABR 72/83
- BAG, 14.12.2004 - 1 ABR 55/03
- BAG, 28.04.1992 - 1 ABR 73/91
- BAG, 28.01.1992 - 1 ABR 45/91
- BAG, 14.11.1989 - 1 ABR 88/88

## D. Begründung des Arbeitsverhältnisses

### I. Rechtsdogmatik

#### 1. Einigung

Hinsichtlich der rechtsdogmatischen Begründung des Arbeitsverhältnisses wird auf die Vertragslehre aus der Vorlesung WPR I verwiesen. Es kommt auf die Willenseinigung an.

#### 2. Form

Formerfordernisse bestehen keine. Selbst wenn Schriftform gefordert werden sollte, wie häufig in Tarifverträgen, liegt keine Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern nur deklaratorische Bedeutung vor.

**Nur die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf zu Ihrer Wirksamkeit gem. § 14 Abs. 4 TzBfG der Schriftform. Die Schriftform ist nicht für den Arbeitsvertrag, nur für die Befristung Wirksamkeitsvoraussetzung.**

#### 3. Vertragsfreiheit, gesetzliche Rahmenbedingungen

Grundsätzlich besteht auch beim Abschluss des Arbeitsvertrages Vertragsfreiheit. Diese ist jedoch durch die zwingenden gesetzlichen Rahmenbedingungen weitgehend eingeschränkt. Diese Einschränkung rechtfertigt sich aus

- der häufig anzutreffenden rechtlichen Unerfahrenheit der Arbeitnehmer
- der Schutzbedürftigkeit infolge der persönlichen Abgängigkeit
- der Notwendigkeit, den Lebensunterhalt aus der Arbeitsleistung zu erzielen und
- der Eigenart des Arbeitsverhältnisses, das sich auf menschliche Arbeit bezieht und häufig die ganze Person des Arbeitnehmers erfasst.

Arbeitsrecht wird deswegen häufig - unzulässig verkürzt - als Arbeitnehmerschutzrecht bezeichnet.

Zu den zwingenden und dispositiven Normen vgl. bereits oben Teil A, I, 2.) c) cc) und zu den Formularverträgen a.a.O.. unter bb.) Bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen ist es daher unerlässlich, den dispositiven Charakter von Einzelnormen und die Grundsätze des AGB-Rechts zu beachten. So ist es z. B. unzulässig, die Entgeltfortzahlung in Krankheitsfälle einzuschränken (§ 12 EFZG), den gesetzlichen Mindesturlaub zu verkürzen (§ 13 BUrlG) oder die Arbeitszeit einzelvertraglich über das gesetzliche Höchstmaß zu verlängern (§ 12 AZG).

#### **4. Nachweisgesetz**

Aufgrund der EG-Nachweisrichtlinie hat der nationale Gesetzgeber das Nachweisgesetz (NachwG) erlassen. Danach hat der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach dem Beginn des vereinbarten Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen. Die Niederschrift ist dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Zur Niederschrift vgl. § 2 Abs. 1 Satz 2 NachwG.

Ein Verstoß gegen die Nachweispflicht bleibt sanktionslos.

## **II. Gesetzliche Vertragsverhältnisse**

Ausnahmsweise kann das Arbeitsverhältnis auch aufgrund gesetzlicher Tatbestände ohne darauf gerichtete Willenserklärung des Arbeitgebers, also alleine durch Verwirklichung von Tatbestandsmerkmalen des Gesetzes, begründet werden.

### **1. Arbeitnehmerüberlassung**

Hat ein Entleiher mit einem Verleiher einen AÜ-Vertrag geschlossen, ohne hierzu die gem. § 10 I AÜG erforderliche Erlaubnis zu haben, so wird gesetzlich fingiert, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leih-

Arbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen gilt. Ist das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter unbefristet, gilt dies auch im Verhältnis zwischen Leiharbeiter und Entleiher. Ist das Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeiter und dem Verleiher zulässigerweise befristet gewesen, so gilt diese Befristung allerdings auch im fingierten Arbeitsverhältnis.

## **2. Betriebsverfassung**

Im Bereich der Betriebsverfassung und entsprechend im Bereich des BPersVG gibt es jeweils zwei Fälle der Begründung gesetzlicher Vertragsverhältnisse (§§ 78 a Abs. 2, 102 Abs. 5 BetrVG, §§ 9 Abs. 2, 79 Abs. 2 BPersVG).

### **a) Auszubildende**

Verlangt ein Auszubildender, der Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Betriebsrates pp. ist, innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich vom Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung so wird ein unbefristetes Arbeitsverhältnis fingiert (§ 78 a Abs. 1, 2 BetrVG).

### **b) Betriebsratswiderspruch bei Kündigung**

Hat der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen und hat der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhoben, so muss der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum Ablauf des rechtskräftigen Abschlusses des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen (§ 102 Abs. 5 BetrVG).

### c) Teilzeitarbeit

Für die Teilzeitarbeit gilt das TzBfG.

Die Arbeitsvertragsparteien können so verfahren, dass sie bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrages ein Teilzeitarbeitsverhältnis begründen. Fraglich ist hier nur, wie die Rechtslage ist, wenn der Arbeitnehmer später eine Verlängerung der Arbeitszeit wünscht. Hierfür gilt § 9 TzBfG. Danach gilt, dass der Arbeitgeber bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung den Teilzeitbeschäftigten bevorzugt zu berücksichtigen hat, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe dem entgegenstehen.

Umgekehrt kann gem. § 8 TzBfG ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, eine Verringerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit verlangen (§ 8 Abs. 1 TzBfG).

Der Arbeitgeber hat gem. § 8 Abs. 4 TzBfG der Verringerung der Arbeitszeit zuzustimmen, es sei denn, ein betrieblicher Grund liege vor der dies verhindere. § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG beschreibt die betrieblichen Gründe. Für die Arbeitgeberseite ist gem. § 8 Abs. 5 Satz 2 TzBfG zu beachten, dass die Ablehnung der Arbeitszeitverringerung spätestens einen Monat nach fehlgeschlagener Einigung dem Arbeitnehmer zugehen muss. Ansonsten wird eine entsprechende Verkürzung der Arbeitszeit zu Gunsten des Arbeitnehmers fingiert.

Für das Teilzeitarbeitsverhältnis ist zu beachten, dass sämtliche arbeitsrechtlichen Vorschriften hierauf Anwendung finden. Probleme kann es bei der Berechnung des Urlaubs geben. Der Urlaubsanspruch des Teilzeitbeschäftigten ist wie folgt zu berechnen.

Tatsächlicher Urlaubsanspruch =

$$\frac{\text{Urlaubsanspruch des Vollzeitarbeitnehmers} \times \text{tatsächliche Arbeitstage des Teilzeitarbeitnehmers pro Woche}}{6 (5) \text{ Werktagen pro Woche}}$$

### III. **KAPOVAZ**

Die KAPOVAZ (kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit) vom Gesetz als Arbeit auf Abruf bezeichnet, ist in § 12 TzBfG geregelt.

Danach können Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass der Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat. Zu den Einzelheiten der Vereinbarung vgl. § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG.

Der Arbeitnehmer ist gem. § 12 Abs. 2 TzBfG bei der KAPOVAZ zur Arbeitsleistung nur verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens 4 Tage im Voraus mitteilt.

### IV. **Jobsharing**

Die Arbeitsplatzteilung ist in § 12 TzBfG geregelt. Arbeitgeber und Arbeitnehmer können danach vereinbaren, dass mehrere Arbeitnehmer sich die Arbeitszeit an einem Arbeitsplatz teilen (Arbeitsplatzteilung). Streitig ist hier in der Praxis der Fall der Vertretung in der Krankheit. Hierfür gilt § 13 Abs. 1 Satz 2, 3 TzBfG.

### V. **Befristung**

#### **Rückblick:**

Die gesetzlichen und tarifvertraglichen Rahmenbedingungen haben die Idee auf Seiten der Arbeitgeberschaft entstehen lassen, gegenstrategisch zur Möglichkeit der Befristung von Arbeitsverhältnissen zu greifen, um ökonomische arbeits- und sozialrechtliche sowie personalwirtschaftliche Nachteile zu vermeiden. Rechtssprechung und wissenschaftliche Literatur sind dem mit der Begründung entgegengetreten, damit würden Schutzrechte zugunsten der Arbeitnehmer eingeschränkt. Gleichwohl muss beachtet werden, dass es berechnete Arbeitgeber- aber auch Arbeitnehmerinteressen gibt, zu einer wirkamen Befristung zu gelangen. Das geltende Recht, maßgeblich im TzBfG



geregelt, und die höchstrichterliche Rechtsprechung stellen derzeit einen Interessenausgleich her.

## **1. Begriff**

**Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses liegt dann vor, wenn der Arbeitsvertrag auf bestimmte Zeit geschlossen ist.**

### **a) Zeitbefristung**

**Ist die Befristung kalendermäßig bestimmt, so spricht man von Zeitbefristung. Gem. § 15 Abs. 1 TzBfG endet der zeitbefristete Arbeitsvertrag mit Ende der vereinbarten Zeit.**

### **b) Zweckbefristung**

**Gem. § 15 Abs. 2 TzBfG endet ein zweckbefristeter Arbeitsvertrag mit Erreichung des Zwecks, frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung.**

### **c) Keine Kündigung**

**Beide Arten der befristeten Arbeitsverträge enden ohne Kündigung entweder mit Ablauf der Zeit oder mit Zweckerreichung. Zur Wirksamkeit der Befristung ist allerdings Schriftform gem. § 14 Abs. 4 TzBfG (Wirksamkeitsvoraussetzung) erforderlich.**

**Die Beendigung tritt auch dann ein, wenn zwischenzeitlich gesetzliche Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers zur Anwendung kämen, z. B. bei Mitgliedschaft im Betriebsrat, Mutterschaft oder Schwerbehinderung. Befristete Arbeitsverhältnisse können ordentlich nicht gekündigt werden, es sei denn die Mög-**

**lichkeit der ordentlichen Kündigung ist vereinbart worden. Die außerordentliche Kündigung ist immer möglich.**

## **2. Zulässigkeit der Befristung**

### **Fall 7: Befristeter Arbeitsvertrag**

In einem der Betriebe der Ender GmbH kommt es in der Produktion immer wieder zu Arbeitsspitzen die durch Mehrarbeit abgedeckt werden müssen. Der Betriebsrat verweigert seine Zustimmung gem. § 87 Abs.1 Nr. 3 BetrVG, sodass Produktionsausfälle zu verzeichnen sind. Sie wollen einen Maschinenführer als Springer einstellen und schließen mit ihm einen befristeten Arbeitsvertrag über sechs Monate. Im Arbeitsvertrag formulieren Sie: „...als Maschinenführer/Springer eingesetzt, um immer wieder auftretende Arbeitsspitzen abzudecken“.

Einen Monat vor vereinbartem Ende des befristeten Arbeitsvertrages erhebt der neu eingestellte Arbeitnehmer Entfristungsklage gem. § 17 TzBfG. Nach Ablauf der Befristung erweitert der Arbeitnehmer seine Klage auf Entgeltzahlung aus unbefristet bestehendem Arbeitsvertrag.

Beurteilen Sie die Erfolgsaussichten der Klage.

Welche Handlungsalternativen haben Sie?

### **Fall 8: Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses**

Für eine Verkaufsmesse Ihres Unternehmens haben Sie mit der Studentin A einen befristeten Arbeitsvertrag für einen Monat gem. § 14 Abs. 2 TzBfG abgeschlossen. Die Arbeitszeit war auf Donnerstag bis einschließlich Samstag für jeweils 8 Stunden bei einem Entgelt von 12 € pro Stunde festgelegt. Einige Tage nach Ablauf der Verkaufsmesse und nach Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses bittet die Studentin für Nacharbeiten erneut für zwei Wochen beschäftigt zu werden und bietet ein Entgelt von 10 € pro Stunde an.

Sie schließen den neuen Arbeitsvertrag ab, worauf die Studentin A Entfristungsklage erhebt.

Prüfen Sie die Erfolgsaussichten der Klage.

Welche Handlungsalternativen haben Sie?

**a) sachlicher Grund**

**Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses bedarf grundsätzlich eines sachlichen Grundes. Zu den Ausnahmen vgl. b.**

**Der Gesetzgeber hat in § 14 Abs. 1 TzBfG weitgehend die Rechtsprechung des BAG zur Kasuistik des sachlichen Grundes übernommen, ohne allerdings einen abschließenden Katalog vorzulegen. Danach ist eine wirksame Befristung dann gegeben, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:**

**aa. vorübergehender Bedarf, § 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG**

**Der Arbeitgeber muss im Zeitpunkt der Befristung aufgrund konkreter Tatsachen mit hinreichender Sicherheit eine Prognose abgeben können, inwieweit ein vorübergehender Arbeitskräftebedarf besteht. Allein die Unsicherheit über künftige Arbeitsspitzen rechtfertigt die Befristung nicht. Zum vorübergehenden Bedarf vgl. BAG vom 20.02.2008 (7 AZR 950/06).**

**bb. Übergang von Ausbildung oder Studium in eine Anschlussbeschäftigung, § 14 Abs.1 Nr. 2 TzBfG**

**Häufig bei Werkstudenten u. ä.**

**cc. Vertretung, § 14 Abs. 1 Nr. 3 TzBfG**

**Auch hier handelt es sich um einen vorübergehenden Vertretungsbedarf. Häufig anzutreffen bei Krankheit, Kur, Mutterschaftsurlaub und Elternzeit.**

**dd. Eigenart der Arbeitsleistung, § 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG**

**Häufig anzutreffen bei Projektarbeiten und programmgestaltenden Tätigkeiten im Bereich der Medien.**

**ee. Probezeit, §14 Abs. 1 Nr. 5 TzBfG**

**Um die Kenntnisse und Fähigkeiten pp. eines Arbeitnehmers zu ermitteln, kann ein befristetes Arbeitsverhältnis auf Probe eingegangen werden. Das befristete Arbeitsverhältnis auf Probe unterscheidet sich strukturell von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis, dem eine Probezeit vorgeschaltet ist.**

**Die Dauer der Probezeit muss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Bei einfachen Arbeiten werden drei bis vier Monate und bei schwierigen Tätigkeiten sechs bis neun Monate anerkannt. Ausnahmsweise ist auch die Höchstdauer von einem Jahr zulässig.**

**ff. Persönliche Gründe, § 14 Abs. 1 Nr.6 TzBfG**

**Hier kommt vor allem der eigene Wunsch des Arbeitnehmers in Betracht.**

**gg. Haushaltsmittel, § 14 Abs. 1 Nr. 7 TzBfG**

Haushaltsmittel sind solche der öffentlichen Hand, die konkret zweckbestimmt sind, nicht jedoch aus nur arbeitsmarktpolitischen Gründen zur Verfügung gestellt werden (BAG vom 07.05.2008, 7 AZR 198/07).

**hh. Gerichtlicher Vergleich, § 14 Abs. 1 Nr. 8 TzBfG**

Häufig enden Bestandsschutzstreitigkeiten mit Vergleich.

**b) Befristung ohne Sachgrund, Ausnahme**

Der Gesetzgeber hat in § 14 Abs. 2,3 TzBfG bei einer Interessenabwägung der Lösung den Vorzug gegeben, auch ohne sachlichen Grund könnte eine kalendermäßige Befristung gewählt werden.

aa. In der Praxis wird daher heute, sofern eine kalendermäßige Befristung den Zeitraum von zwei Jahren nicht überschreiten sollte, regelmäßig von dieser Norm Gebrauch gemacht. Das bedeutet, die Befristung wird unter Inanspruchnahme von Kalenderdaten vorgenommen und ohne Angabe von Gründen vereinbart. Die Angabe von Gründen ist eher schädlich.

bb. Allerdings ist diese Zeitbefristung nach dem Kalender nur bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Eine dreimalige Verlängerung innerhalb dieses Zweijahreszeitraums ist möglich.

**cc. Verlängerung bedeutet die inhaltsgleiche zeitliche Erweiterung.**

**Keine Verlängerung liegt vor, wenn auch nur Teile des Arbeitsinhalts, wie Arbeitszeit oder Entgelthöhe verändert werden. Zur Verlängerung siehe z. B. BAG vom 16. 01.2008, 7 AZR 603/06; vom 20.02.2008, 7 AZR 786/06.**

**Bei Verstößen gilt § 16 TzBfG!**

**Die Verlängerung muss sich nahtlos an das vorausgegangene befristete Arbeitsverhältnis anschließen.**

**Befristungsketten:**

**Zulässige Befristung**

- z. B. 8 Monate – 6 Monate – 6 Monate - 4 Monate, gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG
- Befristung gem. § 16 Abs. 2 Satz 1 TzBfG - daran nahtlos angeschlossen Befristung mit sachlichem Grund, auch über zwei Jahre hinaus

**Unzulässige Befristung**

- Befristung aus sachlichem Grund – daran anschließend Befristung gem. § 16 Abs. 2 Satz 1 TzBfG
- Unbefristetes Arbeitsverhältnis – daran anschließend Befristung gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG
- Unbefristetes oder befristetes Arbeitsverhältnis – Unterbrechung – Befristung gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG

**dd. Bei Neugründungen, nicht bei Umgründungen, ist in den ersten vier Jahren nach Gründung eine kalendermäßige Befristung ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren zulässig.**

ee. Bis zur Dauer von fünf Jahren ist eine kalendermäßige Befristung ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes dann möglich, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet hat und dieser unmittelbar davor mindestens vier Monate beschäftigungslos war.

**c) Rechtsfolgen unzulässiger Befristung**

Ist die Befristung rechtsunwirksam, so gilt der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Er kann vom Arbeitgeber frühestens zum vereinbarten Ende ordentlich gekündigt werden (§ 16 TzBfG).

Will der Arbeitnehmer die unzulässige Befristung geltend machen, so muss er innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende der Befristung Klage zum Arbeitsgericht erheben (Entfristungsklage). Der Klageantrag ist auf Feststellung zu richten, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung nicht beendet ist.

**d) Elternzeit u. a.**

Gemäß § 23 TzBfG bleiben besondere Regelungen über Teilzeitarbeit und über die Befristung von Arbeitsverträgen nach anderen Gesetzesnormen unberührt. Hier ist insbesondere § 21 BEEG von Bedeutung. Ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses liegt dann vor, wenn eine Vertretung wegen §§ 3, 4, MuSchG oder nach dem BEEG, Tarifvertrag pp., vorliegt.

Für die Praxis bedeutet das insbesondere Befristungsmöglichkeiten, auch über zwei Jahre hinaus, wenn § 15 Abs. 2 BEEG vollständig in Anspruch genommen wird. Zu beachten ist, dass auch dann die Dauer der Befristung kalendermäßig bestimmt, oder zumindest bestimmbar sein muss (§ 21 Abs. 3 BEEG).

## **Zustimmung des Betriebsrates**

**Der Betriebsrat ist bei jeder Einstellung, also auch bei befristeter Einstellung gem. § 99 BetrVG im Wege des Zustimmungsverfahrens zu beteiligen. Dies gilt auch für Verlängerung.**

## **VI. Leseprogramm**

### **1. Literatur**

- Schaub/Koch/Linck: Arbeitsrechtshandbuch, Verlag C.H. Beck, aktuelle Auflage, §§ 29, 34, 38-40
- Senne: Arbeitsrecht, Luchterhand Verlag, aktuelle Auflage, S. 37-47
- Wörlen/Kokemoor: Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag, aktuelle Auflage, RZ 62-97

### **2. Rechtsprechung**

- BAG vom 16.01.2008, 7 AZR 603/06
- BAG vom 20.02.2008, 7 AZR 786/06
- BAG vom 07.05.2008, 7 AZR 198/07
- BAG vom 20.02.2008, 7 AZR 950/06



## **E. Allgemeine arbeitsrechtliche Pflichten des Arbeitnehmers**

Hier werden diejenigen Pflichten des Arbeitnehmers dargestellt, die nicht aus Spezialregelungen (Teil I) stammen.

### **I. Arbeitspflicht**

#### **Fall 9: Verspäteter Arbeitsbeginn**

Arbeitnehmer in der Hauptverwaltung der Ender GmbH als auch in den einzelnen Betriebsstätten machen regelmäßig Entgeltzahlung auch für diejenigen Zeiten geltend, in denen Sie unverschuldet, z. B. wegen Verkehrsstörungen pp. verspätet zur Arbeit erschienen sind.

Wie ist die Rechtslage?

Wie ist die Rechtslage, wenn in der Vergangenheit für solche Ausfallzeiten Entgelt gezahlt wurde?

Welche Handlungsalternativen haben Sie?

#### **Fall 10: Erkrankung eines Kindes**

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer machen in Ihrem Unternehmen regelmäßig von der Entgeltfortzahlung Gebrauch, wenn sie wegen Betreuung eines erkrankten Kindes an der Arbeitsleistung verhindert waren.

Wie ist die Rechtslage?

Wie ist die Rechtslage, wenn in der Vergangenheit regelmäßig in solchen Fällen Entgeltfortzahlung geleistet wurde?

Welche Handlungsalternativen haben Sie?

#### **1. Verhinderung aufgrund objektiver Unmöglichkeit**

Der Arbeitnehmer ist aufgrund des Arbeitsvertrages gem. § 611 Abs. 1 BGB zur Arbeitsleistung verpflichtet. Gem. § 613 BGB hat er diese Arbeitsleistung im Zweifel in Person zu erbringen.

Wird ihm die Arbeitserbringung unmöglich, gilt für ihn § 275 Abs. 1 BGB, das heißt, er wird von seiner Arbeitsleistung frei.

Aber auch der Arbeitgeber wird gem. § 326 Abs. 1 BGB von seiner Leistung frei.

§ 616 Satz 1 BGB findet jedoch nur bei subjektiver Unmöglichkeit Anwendung.

Zum Unmöglichkeitensrecht vgl. Vorlesung WPR I.

## **2. Verhinderung bei subjektiver Unmöglichkeit**

§ 616 Satz 1 BGB findet nur dann Anwendung, wenn die Unmöglichkeit in der Person des Arbeitnehmers begründet ist. Nach § 616 Satz 2 BGB muss sich der Arbeitnehmer jedoch anrechnen lassen, was ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer aufgrund gesetzlicher Vorschrift bestehenden Kranken- oder Unfallverhinderung zukommt.

Allerdings gilt bei Kindeserkrankung und Anspruch auf Kinderpflegekrankengeld die Sondervorschrift des § 45 Abs. 3 SGB V. Danach haben versicherte nur Anspruch auf unbezahlte Freistellung gegenüber dem Arbeitgeber, solange der Anspruch gem. § 45 III SGB V besteht.

## **II. Nebenpflichten**

Wie in jedem Schuldverhältnis bestehen auch im Arbeitsverhältnis Haupt- und Nebenpflichten. Hierzu bereits Vorlesung WPR I.

Die Nebenpflichten können beim Arbeitsvertrag unter dem Oberbegriff der „Treuepflicht“ zusammengefasst werden. Das bedeutet, der Arbeitnehmer hat die Interessen des Arbeitgebers wahrzunehmen und alles zu unterlassen, was dessen Interessen schädigen könnte. Es besteht also eine Pflicht zur Rücksichtnahme, die aufgrund der besonderen persönlichen, Vertrauen voraussetzenden Bin-

dung der Vertragsparteien hier stärker ausgeprägt ist als in sonstigen Dauerschuldverhältnissen.

Der Treuepflicht des Arbeitnehmers steht die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber (vgl. Teil F).

### **1. Mitteilungspflichten**

Der Arbeitnehmer muss dem Arbeitgeber im Rahmen seiner Treuepflicht über alle Tatsachen Mitteilung machen, die bei einer Interessenabwägung geboten sind. Insbesondere muss er Anzeichen für bevorstehende Betriebsstörungen und andere den Arbeitslauf störende Beeinträchtigungen mitteilen. Über rechtswidriges Verhalten von Arbeitskollegen ist der Arbeitgeber zu unterrichten.

### **2. Verschwiegenheitspflicht**

Über alle Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse obliegt dem Arbeitnehmer Stillschweigen. Er darf diese Kenntnisse auch nicht zum Zweck von Nebentätigkeiten verwerten.

Sonderproblem: Whistleblowing

### **3. Wettbewerbsverbot**

**Es wird das gesetzliche und das nachvertragliche Wettbewerbsverbot unterschieden. Für beide Bereiche gilt, dass es Sonderregelungen für kaufmännische Angestellte in den §§ 60, 61 und 74 ff. HGB gibt. Diese Vorschriften enthalten jedoch allgemeine Rechtsgrundsätze, die entsprechend für alle Arbeitnehmer Anwendung finden.**

**a) Gesetzliches Wettbewerbsverbot**

**Gem. § 60 HGB ist bei direkter oder entsprechender Anwendung der Arbeitnehmer gehindert, ohne Einwilligung des Arbeitgebers ein Handelsgewerbe zu betreiben oder in dessen Geschäftsbereich für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen. Verletzt der Arbeitnehmer dieses gesetzliche Wettbewerbsverbot, so kann der Arbeitgeber Schadensersatz fordern. Er kann stattdessen verlangen, dass die vom Arbeitnehmer für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für seine Rechnung eingegangen gelten oder sich die Ansprüche hieraus abtreten lassen (§ 61 Abs. 1 HGB). In der Regel wird die außerordentliche Kündigung berechtigt sein.**

**Die Ansprüche des Arbeitgebers verjähren in drei Monaten ab dem Zeitpunkt seiner Kenntnisnahme; spätestens nach fünf Jahren (§ 61 Abs. 2 HGB).**

**Bericht aus der Praxis. Vorsicht bei Nebentätigkeiten!**

**b) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot**

**Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer frei in der Verwertung seiner Kenntnisse.**

**§ 17 Abs. 2 UWG als Strafvorschrift ist zu beachten.**

**Will der Arbeitgeber die nachvertragliche Verwertung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen durch den Arbeitnehmer verhindern, so muss er mit dem Arbeitnehmer eine Wettbewerbsvereinbarung gem. § 74 HGB treffen. Diese Wettbewerbsvereinbarung ist nur verbindlich, wenn sich der Arbeitgeber verpflichtet, für die Dauer des Verbotes eine monatliche Entschädigung zu zahlen, die mindestens die Hälfte des vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen Entgelts erreicht (§ 74 Abs. 2 HGB).**

**Die Höchstdauer dieser nachvertraglichen Wettbewerbsvereinbarung beträgt zwei Jahre (74 a Abs. 1 Satz 3 HGB). Schriftform ist erforderlich (74 Abs. 1 HGB).**

**Ähnlich wie in § 615 HGB enthält § 74 c HGB eine Anrechnungsvorschrift. Danach hat sich der durch ein nachvertraglich vereinbartes Wettbewerbsverbot gebundene Arbeitnehmer anrechnen zu lassen, was er während des Karenzzeitraumes durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Allerdings findet die Anrechnung nur dann statt, wenn die Entschädigung unter Hinzurechnung des anderweitigen Erwerbs bzw. der böswilligen Unterlassung den Betrag der zuletzt vom Arbeitnehmer bezogenen vertragsmäßigen Leistung um mehr als 1/10 übersteigen würde.**

#### **4. Sachschaden des Arbeitgebers und Haftungsbeschränkung**

##### **Fall 11: Verkehrsunfall mit Betriebsfahrzeug**

Der Mitarbeiter A lenkte einen Lkw der Ender GmbH im Straßenverkehr. Er erhielt einen Anruf per Mobiltelefon, nahm diesen entgegen und wurde dadurch abgelenkt. Er übersah deswegen das Rotlicht an einer Lichtzeichenanlage und verursachte einen Verkehrsunfall. Der Schaden betrug bei der Ender GmbH 6.705,05 €. Der Bruttoverdienst des A beträgt monatlich 5.370,00 € (vgl. zum Fall BAG DB 99,288 ff).

Können Sie den der Ender GmbH entstandene Sachschaden vom Arbeitnehmer A ersetzt verlangen?

Wie gehen Sie dabei vor?

##### **a) Schadensersatzrecht und Anspruchsgrundlagen**

**Auch im Arbeitsrecht ist systematisch bei Schadensersatzfällen von den Anspruchsgrundlagen §§ 280 ff, 823 BGB auszugehen.**

Wegen der Einzelheiten zum Schadensersatzrecht wird auf die Vorlesung WPR II verwiesen.

**b) Haftungsbeschränkung**

Mit Zustimmung der wissenschaftlichen Literatur ist es richterrechtlich anerkannt, bei Sachschäden des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer eine Haftungsbeschränkung zuzubilligen. Dem liegt der Rechtsgedanke zugrunde, jedem Arbeitnehmer könne bei Ausübung seiner betrieblichen Tätigkeit ein Fehler mit der Folge unterlaufen, dass der Arbeitgeber einen Sachschaden erleide. Dieser Sachschaden kann erheblich sein.

Der Arbeitgeber ist verantwortlich für die Organisation des Betriebes und die Gestaltung der Arbeitsbedingungen. Er kann diese Sach- und Betriebsgefahr durch geeignete Maßnahmen, z. B. durch den Abschluss von Versicherungen beherrschen. Das Haftungsrisiko des weisungsgebundenen Arbeitnehmers ist damit weitgehend durch den Arbeitgeber geprägt. Dies rechtfertigt es, bei entsprechender Anwendung des § 254 BGB eine Haftungsbeschränkung für den Arbeitnehmer anzunehmen.

Die Beschränkung der Haftung auf sogenannte gefahreneigige Tätigkeiten ist nach der neueren Rechtsprechung nicht mehr erforderlich.

**Es muss eine betriebliche Tätigkeit vorliegen**

Betrieblich veranlasst ist eine Tätigkeit, die dem Arbeitnehmer vertraglich übertragen oder zumindest im Interesse des Arbeitgebers für den Betrieb ausgeführt wird.

### **c) Haftungsumfang**

**Der Haftungsumfang richtet sich nach dem Verschuldensgrad. Hier ist eine Dreiteilung vorzunehmen.**

- aa. Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer grundsätzlich unbeschränkt. Ausnahmsweise kann bei besonderer Höhe des Schadens und bei Existenzgefährdung des Arbeitnehmers, insbesondere bei versicherbarem Risiko, davon abweichend eine Abwägung im Einzelfall erfolgen, jedoch nur bei grober Fahrlässigkeit, nicht bei Vorsatz.**
  
- bb. Bei normaler Fahrlässigkeit ist der Schaden zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber quotal zu verteilen. Ob und ggf. in welchem Umfang der Arbeitnehmer an den Schadensfolgen zu beteiligen ist, richtet sich im Rahmen einer Abwägung der Gesamtumstände, nach Schadensanlass, Schadensfolgen, nach Billigkeits- und Zumutbarkeitsgesichtspunkten.**

**Zu den Umständen, denen je nach Lage des Einzelfalles ein unterschiedliches Gewicht beizumessen ist, und die im Hinblick möglicher Schadensursachen auch nicht abschliessend bezeichnet werden können, gehören:**

- Der Grad des dem Arbeitnehmer zur Last fallenden Verschuldens,**
- die Gefahrgeneigtheit der Arbeit,**
- die Höhe des Schadens,**
- ein vom Arbeitgeber einkalkuliertes oder von Versicherung abdeckbares Risiko,**
- die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb,**
- die Höhe des Arbeitsentgeltes und**

- die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers  
(BAG vom 18.01.2007, 8 AZR 250/06, Rz. 30)

cc. Bei leichter Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer nicht.

#### **5. Sachschaden von Arbeitskollegen, Haftungsfreistellung**

Verursacht der Arbeitnehmer bei einer Tätigkeit, wie sie unter 4. b) aa) beschrieben ist, einen Sachschaden bei einem Arbeitskollegen, wird er deswegen von diesem direkt in Anspruch genommen, so hat er nach den vorbeschriebenen Haftungsbeschränkungsgrundsätzen einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber.

Außergerichtlich wird dies dadurch geltend gemacht, dass der Arbeitskollege auf Ansprüche gegen den Arbeitgeber verwiesen wird.

Prozessual steht die Möglichkeit der Streitverkündung gem. § 72 ZPO zur Verfügung (vgl. Vorlesung Prozessrecht).

#### **6. Schaden von Dritten, Haftungsfreistellung**

Die Grundsätze unter 5. gelten entsprechend, wenn der Arbeitnehmer bei Ausübung der beschriebenen betrieblichen Tätigkeit einem Dritten Schaden zufügt.

#### **7. Personenschaden des Arbeitgebers, Haftung der Berufsgenossenschaft**

Fügt der Arbeitnehmer bei Ausübung einer vorbeschriebenen betrieblichen Tätigkeit dem Arbeitgeber einen Personenschaden zu, so haftet an seiner Stelle die BG (§ 105 Abs. 2 SGB VII). Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Personenschaden bei einem Wegeunfall i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1-4 SGB VII eintritt (Weg zwischen Wohnung und Arbeitsstätte). Diese Ausnahme gilt deswegen, weil praktisch nur die Fälle



**von Bedeutung sind, in denen der Weg mit einem Fahrzeug zurückgelegt wird, das pflichtversichert ist.**

#### **8. Personenschaden eines Arbeitskollegen, Haftung Berufsgenossenschaft**

**Der Arbeitnehmer haftet bei Ausübung der vorbeschriebenen betrieblichen Tätigkeit nicht für Personenschäden weder einem Arbeitskollegen, noch dessen Angehörigen oder Hinterbliebenen. Hier tritt die gesetzliche Haftung der BG ein. Eine Ausnahme gilt wie vor beim Wegeunfall. Dabei ist allerdings § 8 Abs. 2 Nr. 2 b SGB VII zu beachten. Bilden Arbeitnehmer eine Fahrgemeinschaft, und wird dabei ein Arbeitskollege verletzt, so ist die Leistungspflicht der BG gegeben.**

#### **9. Personenschaden von Dritten, Haftungsfreistellung**

**Bei Personenschäden von Dritten kommt eine Leistungspflicht der BG nicht in Betracht. Hier gelten die Grundsätze, wie sie unter 6. dargestellt werden (Haftungsfreistellung). Eine Ausnahme besteht, wenn Dritte wie Arbeitskollegen in den Betriebsablauf eingebunden sind (§ 106 III, IV SGB VII).**

#### **10. Mankohaftung**

Von einem Manko spricht man, wenn ein dem Arbeitnehmer übertragener Kassen- oder Warenbestand eine Differenz zwischen Soll- und Istbestand aufweist und hierdurch dem Arbeitgeber ein Schaden entsteht. Grundsätzlich gelten für die Mankohaftung des Arbeitnehmers die unter 4. dargestellten Grundsätze. Etwas anderes kann jedoch dann gelten, wenn zwischen den Parteien eine Mankoabrede getroffen ist. Eine wirksame Mankoabrede ist nach der Rechtsprechung des BAG mit der Folge voller Haftung des Arbeitnehmers nur dann gegeben, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind.

**a) Vereinbarung eines Mankogeldes**

Vereinbaren die Parteien eine Mankohaftung des Arbeitnehmers, ohne hierfür eine Vergütung zu gewähren, ist dies unwirksam.

Ist Mankogeld vereinbart, so haftet der Arbeitnehmer für einen eventuellen Fehlbestand jedoch nur in Höhe des Mankogeldes (BAG vom 05.02.2004, 8 AZR 91/03).

**b) Alleinzugriff**

Außerdem ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer den alleinigen Zugriff auf den Geld- und Warenbestand hat. Sobald andere Personen solchen Zugriff haben, ist die Mankoabrede unwirksam.

Bei wirksamer Mankoabrede besteht eine Garantiehafung des Arbeitnehmers.

**11. Vertragsstrafe**

Vertragsstrafenabreden gem. §§ 339 ff. BGB sind auch im Arbeitsrecht grundsätzlich zulässig (BAG vom 18.08.2005, 8 AZR 65/05, Rz. 14).

**a) Formulararbeitsverträge**

Finden Formulararbeitsverträge Anwendung, so gilt § 309 Nr. 6 BGB. Von dieser Norm erfasste Klauseln sind unwirksam.

In einer Reihe von Entscheidungen hat das BAG allerdings Vertragsstrafenabreden schon allein deswegen für unwirksam erachtet, weil das Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verletzt worden ist (vgl. z. B. BAG vom 14.08.2007, 8 AZR 973/06; vom 18.08.2005, 8 AZR 65/05; vom 21.04.2005, 8 AZR 425/04). Zum Transparenzgebot vgl. Vorlesung WPR I / II.

Dem Transparenzgebot entspricht es z. B. nicht, wenn eine Vertragsstrafe für „ gravierende Verstöße“ vereinbart wird oder ein „schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers, das den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung des Arbeitnehmers veranlasst“ unter Strafe gestellt werden soll. Dem Transparenzgebot entspricht es jedoch, wenn für den Nichtantritt zur Arbeit eine Vertragsstrafe wie folgt aufgenommen wird: „Tritt der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis schuldhaft nicht an, so ist er verpflichtet, dem Arbeitgeber eine Vertragsstrafe von einem Monatsgehalt zu zahlen“.

## **b) Ausgehandelte Verträge**

In frei verhandelten Arbeitsverträgen und bei Einflussnahmemöglichkeit i. S. d. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB gelten die §§ 339 ff BGB.

## **12. Rückzahlungspflichten, Bindungspflicht**

Werden zwischen den Arbeitsvertragsparteien Sonderzahlungen vereinbart, so sind in der Praxis häufig zwei Problemkreise anzutreffen. Inwieweit ist der Arbeitnehmer einerseits aufgrund der Sonderzahlungen verpflichtet am Arbeitsverhältnis festzuhalten und andererseits, inwieweit ist er zur Rückzahlung verpflichtet, wenn er die Bindungspflichten nicht einhält.

Vorab ist festzuhalten, dass Rückzahlungspflichten und/ oder Bindungspflichten nur dann bestehen, wenn diese ausdrücklich vereinbart sind.

Zwei Problemkreise sind von Bedeutung.

- Bezahlung von Weihnachtsgeld und
- von Ausbildungskosten

**a) Weihnachtsgeld**

- aa. Beträgt die Höhe des Weihnachtsgeldes weniger als 100 € besteht keine Rückzahlungs- oder Bindungspflicht.
- bb. Beträgt das Weihnachtsgeld 100 € bis zu einem Monatsgehalt, besteht eine Bindungspflicht bis zum 31.03. des Folgejahres und bei entsprechender Vereinbarung und einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer eine Rückzahlungspflicht.
- cc. Beträgt das Weihnachtsgeld ein Monatsgehalt, besteht die Bindungspflicht bis zur nächstmöglichen Kündigung nach dem 31.03 des Folgejahres.
- dd. Beträgt das Weihnachtsgeld mehr als ein Monatsgehalt besteht eine Bindungspflicht bis zum 30.06. des Folgejahres und eine entsprechende Rückzahlungspflicht.

**b) Ausbildungskosten**

Bei einer Lehrgangsdauer bis zu zwei Monaten ist eine Bindungsfrist bis zu einem Jahr, von 6 bis 16 Monaten bis zu drei Jahren gerechtfertigt. Eine Bindungsdauer von mehr als drei Jahren ist von der Rechtsprechung als unzulässig erachtet worden (vgl. z. B. BAG vom 15.12.1993, 5 AZR 279/93).

Bindefristen und Rückzahlungsklauseln sind häufig in Formulararbeitsverträgen erhalten. Hier hat das BAG in den letzten Jahren regelmäßig an § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (Transparenzgebot) geprüft. So wurde z. B. in der Entscheidung vom 18.03.2008 (9 AZR 186/07) eine Rückzahlungsverpflichtung des Arbeitnehmers verneint, der Studienbeihilfen des Arbeitgebers bekommen hatte. Das BAG hat seine Entscheidung darauf gestützt, dass das Transparenzgebot deswegen verletzt war, weil

der Student völlig im Unklaren gelassen wurde, zu welchen Arbeitsbedingungen er nach erfolgreichem Abschluss des Studiums vom Arbeitgeber beschäftigt werden sollte. Der Arbeitgeber hatte nach Beendigung des Studiums einen unterwertigen Arbeitsplatz angeboten, den der Arbeitnehmer abgelehnt hat. Der Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers wurde vom BAG verneint.

### **III. Leseprogramm**

#### **1. Literatur**

- Schaub/Koch/Linck: Arbeitsrechtshandbuch, Verlag C.H. Beck, aktuelle Auflage, §§ 45-61
- Senne: Arbeitsrecht, Luchterhand Verlag, aktuelle Auflage, S. 48-83
- Wörlen/Kokemoor: Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag, aktuelle Auflage, RZ 98-193

#### **2. Rechtsprechung**

- BAG vom 18.01.2007, 8 AZR 250/06, Rz. 30
- BAG vom 18.08.2005, 8 AZR 65/05, Rz. 14
- BAG vom 05.02.2004, 8 AZR 91/03
- BAG vom 14.08.2007, 8 AZR 973/06
- BAG vom 18.08.2005, 8 AZR 65/05
- BAG vom 21.04.2005, 8 AZR 425/04
- BAG vom 15.12.1993, 5 AZR 279/93

## **F. Allgemeine arbeitsrechtliche Pflichten des Arbeitgebers**

Hier werden diejenigen Pflichten des Arbeitgebers dargestellt, die nicht aus Spezialregelungen (Teil I.) stammen.

### **Fall 12: Mitbestimmung bei leistungsbezogenen Entgelten**

Als Mitarbeiter der DGB-Rechtsschutz GmbH wird Ihnen von einem Betriebsratsmitglied die Frage vorgelegt, ob bei der Einführung von leistungsbezogenen Entgelten ein Mitbestimmungsrecht besteht.

Bei Gelegenheit der Beratung durch Sie fragt der Kollege nach, wie die Mitbestimmungsfrage bei Weihnachtsgratifikationen, übertariflichen Zulagen und Jubiläumsgaben aussieht.

## **I. Vergütungsanspruch**

Der Arbeitgeber erfüllt seine synallagmatische Hauptpflicht der Vergütung zunächst gem. § 611 Abs. 1 BGB i. V. m. dem Arbeitsvertrag durch Entgeltzahlung und / oder durch Naturalleistung.

### **1. Entgeltzahlung**

Für die Entgeltzahlung findet sich die Anspruchsgrundlage entweder in § 611 Abs. 1 BGB i. V. m. dem Arbeitsvertrag, im Tarifvertrag oder - selten - in § 612 BGB.

#### **a) Formen, Ausblick**

Festgehalt, Zeitlohn, Akkordvergütung (zum Akkordlohn vgl. z. B. Senne S. 90 f.), Prämienvergütung, Provisionen, Gewinnbeteiligung, Cafeteria-System.

## **b) Betriebsvereinbarungen**

Grundsätzlich scheidet wegen der Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG als Anspruchsgrundlage für die Entgeltzahlung eine Betriebsvereinbarung aus! Eine Ausnahme kann dann bestehen, wenn im Tarifvertrag eine Öffnungsklausel enthalten ist, wie dies z. B. bei tariflich vereinbarten Entgeltkorridoren oder bei Härteklauseln geschieht.

Zur Betriebsvereinbarung, abzuschließen zwischen den Betriebspartnern, Arbeitgeber und Betriebsrat, vgl. § 77 BetrVG.

## **c) Akkord- und Prämiensätze, vergleichbare leistungsbezogene Entgelte**

- aa. Bei Einführung und Änderung der Festsetzung von Akkord- und Prämiensätzen und vergleichbaren leistungsbezogenen Entgelten steht dem Betriebsrat ein umfassendes Mitbestimmungsrecht zu. Es dient dem Schutz der Arbeitnehmer durch gleichberechtigte Teilhabe an arbeitgeberischen Entscheidungen.

Zu beachten ist, dass sich das Mitbestimmungsrecht nur auf kollektive Tatbestände bezieht, wenn also abstrakt generelle Entscheidungen des Arbeitgebers betroffen sind. Individuelle Entgeltvereinbarungen unterliegen nicht dem Mitbestimmungsrecht. Deswegen wird vor allem bei herausragenden Arbeitsverhältnissen individuell eine Vereinbarung zu Gratifikationen, übertariflichen Leistungen und leistungsbezogenen Entgelten getroffen.

Ein Mitbestimmungsrecht besteht auch nicht bei der Höhe des Dotierungsrahmens, den der Arbeitgeber zur Flexibilisierung, als Leistungsanreiz oder zur Belohnung aussetzt. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich lediglich auf die Art und Weise der Mittelverteilung.

Unter Beachtung dieser Grundsätze steht dem Betriebsrat bei Einführung und / oder Änderung im Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 10, 11 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht zu.

- bb. Das Verhältnis von § 87 Abs. 3 BetrVG zu § 87 Abs. 1 BetrVG war lange Zeit umstritten. Es konkurrierte die Zwei-Schranken-Theorie mit der Vorrang-Theorie.

Nach der Zwei-Schranken-Theorie bleiben die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nach § 87 BetrVG in ihrem materiellen Gehalt unangetastet, zu ihrer Ausgestaltung steht jedoch nicht das normative Regelungsinstrument der Betriebsvereinbarungen, sondern die Regelungsabrede zur Verfügung. Dadurch soll die verfassungsrechtlich garantierte Tarifautonomie geschützt werden.

Nach Ansicht der sog. Vorrang-Theorie soll der Tarifvorbehalt in § 87 Abs. 1 BetrVG Eingangssatz als speziellere Norm dem § 77 Abs. 3 BetrVG vorgehen. Begründet wird dies im wesentlichen mit dem Schutzzweck des § 87 Abs. 1 BetrVG, die Wahrung des Mitbestimmungsrechtes auch durch Betriebsvereinbarungen zu gewährleisten und hiervon nur eine Ausnahme zu machen, wenn die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit durch eine gesetzliche oder tarifliche Vorschrift abschließend geregelt ist. (Fitting, § 77, Rz. 96 ff. m. z. w. N.).

Das BAG hat der Vorrang-Theorie mit dem Argument zum Schutzzweck des § 87 Abs. 1 BetrVG und der dortigen Spezialregelung den Vorzug gegeben. Damit wird die Sperrwirkung des Tarifvertrages aufgehoben, soweit ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG besteht. Im Ergebnis besteht bei leistungsbezogenen Entgelten also ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Verteilungsmethodik, die Betriebsvereinbarung



selbst wird damit aber nicht zur Anspruchsgrundlage.

- cc. Betriebsvereinbarungen haben gem. § 77 Abs. 6 BetrVG bei sog. Erzwingbarkeit Nachwirkung, die durch anderweitige Vereinbarungen, z. B. verschlechternde Betriebsvereinbarungen oder Individualabreden beseitigt werden kann.

## 2. Naturallohn

Naturallohn anstelle von Entgeltzahlung ist wegen § 107 Abs. 2 GewO, der die Zulässigkeit vom Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses abhängig macht, praktisch nicht mehr anzutreffen.

Gleichwohl ist die Kombination von Entgeltzahlung und Naturallohn nicht ungewöhnlich, wie z. B. bei unterschiedlichen Bezugsrechten. Diese finden sich noch im Brauerei- (Haustrunk), Hotel- und Gaststätten- (Kost und Logis) und im aktienbestimmten Gewerbe (Bezug von Aktien, Kuxen u. ä.). Zur sozial- und steuerrechtlichen Bewertung gilt die SachbezugsVO.

Die am häufigsten anzutreffende Form des Naturallohns findet man bei der Überlassung von PKW's, die auch zum persönlichen Gebrauch benutzt werden dürfen. Gem. § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG ist hier zur steuerrechtlichen Bewertung ein geldwerter Vorteil i. H. v. 1 % aus dem inländischen Anschaffungspreis in Ansatz zu bringen.

## II. Beschäftigungspflicht

### Fall 13: Freistellung in der Kündigungsfrist

Als Mitarbeiter der DGB – Rechtschutz GmbH beraten Sie ein Gewerkschaftsmitglied. Dieses trägt Ihnen vor, vom Arbeitgeber betriebs-, / verhaltensbedingt-, / personenbedingt gekündigt worden zu sein. Gleichzeitig sei eine unwiderrufliche / wider- rufliche Freistellung erfolgt.

Das Mitglied will während der Kündigungsfrist weiter arbeiten.

Wie beraten Sie?

## 1. Interessenabwägung

Es ist sicher nicht zu verkennen, dass der Arbeitgeber ein Interesse daran haben kann, insbesondere in der Kündigungsfrist den Arbeitnehmer von der Arbeit bei Entgeltweiterzahlung von der Arbeit freizustellen.

**Andererseits wird die Achtung und Anerkennung eines Arbeitnehmers nicht nur durch die Entgeltzahlung sondern auch durch den Umstand bestimmt, die ihm obliegenden Aufgaben zu erfüllen (Achtungsanspruch). Seit der Entscheidung des BAG vom 15.11.1955 (NJW 56, 359) ist in st. Rspr. anerkannt, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich auch während der Kündigungsfrist einen Beschäftigungsanspruch besitzt.**

Von der Streitfrage unabhängig können die Parteien eine Freistellung unwiderruflicher oder widerruflicher Art vereinbaren. Für diesen Fall wird empfohlen, so zu verfahren, dass wegen § 143 SGB III geregelt wird, der Arbeitnehmer nehme zuerst seinen Resturlaub und dann schließe sich die Freistellung an.

Einigen sich die Parteien nicht, kann sich der Arbeitnehmer auf seinen Beschäftigungsanspruch berufen. Nur ausnahmsweise gilt das nicht, wenn

z. B.

- im Arbeitsverhältnis wirksam unter Beachtung des Transparenzgebots (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) auf den Beschäftigungsanspruch verzichtet wurde oder
- billigerweise Gründe auf Seite des Arbeitnehmers, wie Verdacht einer Straftat, Verdacht der Wettbewerbsverletzung oder schwerwiegende Vertragsverletzungen vorliegen.

## **2. Weiterbeschäftigungsanspruch im Kündigungsschutzrechtsstreit**

Der Große Senat des BAG hat mit Entscheidung vom 27.02.1985 (DB 85, 551, 2197 = NJW 85, 2968 = NZA 85, 702) dem Arbeitnehmer im Kündigungsschutzrechtsstreit nach jeweils gewonnenen Instanzen einen vorläufig vollstreckbaren Weiterbeschäftigungsanspruch zugestanden (vgl. dazu unten Teil H).

## **3. Weiterbeschäftigung, § 102 Abs. 5 BetrVG**

Zum Weiterbeschäftigungsanspruch bei § 102 Abs. 5 BetrVG unter Erhebung der Kündigungsschutzklage vgl. schon oben unter Teil D II 2 c, Seite 42.

# **III. Betriebs- und Arbeitskampsrisiko**

## **Fall 14: Feierschichten**

Als Mitarbeiter der DGB – Rechtschutz GmbH beraten Sie zwei Mitglieder. In einem Fall trägt ein Mitglied vor, er sei bei einem Automobilhersteller beschäftigt, der zum Jahresende 2008 / Anfang 2009 wegen der Finanzkrise und Sättigung des Automobilmarktes 8 Wochen Betriebsstilllegung angeordnet habe. Er fragt an, ob er sich den Resturlaub 2008 und seinen anteiligen Jahresurlaub 2009 auf die geplante Freistellung anrechnen lassen müsse, ob er Entgeltweiterzahlungsansprüche und Anspruch auf Mehrarbeit-, Nacht- und Sonn- und Feiertagszuschläge sowie Schmutzzulagen habe.

Ein anderes Mitglied fragt an, ob er dieselben Ansprüche wegen der Fernwirkung des Streiks in der Metall- und Elektroindustrie habe.

Wie antworten Sie?

## 1. Betriebsrisiko

Gem. § 615 Satz 3 BGB trägt der Arbeitgeber das Risiko des Betriebsausfalls. Unter dem Betriebsrisiko versteht man das Lohnzahlungsrisiko bei Annahmefähigkeit infolge betrieblicher Störungen, das grds. den Arbeitgeber trifft. Dies gilt in gleicher Weise für das Wirtschaftsrisiko. Darunter versteht man die ökonomische Sinnlosigkeit der Fortsetzung des Betriebs bei Auftrags- und / oder Absatzmangel. Das heißt betriebstechnische Störungen entbinden den Arbeitgeber ebenso wenig von der Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten, insbesondere der Entgeltfortzahlungspflicht, wie wirtschaftliche Schwierigkeiten.

Hintergrund dieser Rechtslage ist die Tatsache, dass der Arbeitgeber das Betriebsrisiko ganz oder zumindest überwiegend durch den Abschluss einer Betriebsunterbrechungsversicherung mindern bzw. ausschließen kann. Die ältere Rechtsprechung des BAG hat die Überbürdung des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos mit der griffigen aber unscharfen Sphärentheorie, wonach jede Partei das Risiko aus der ihr zurechenbaren Sphäre zu tragen hat, begründet.

### a) Voraussetzungen

- Bestehen eines Arbeitsverhältnisses,
- Betriebsstörung a. G. Störung im betrieblichen Bereich, wie z. B. Stromausfall, Brand, Überschwemmung oder,
- Wirtschaftliche Störungen a. G. Absatz- bzw. Auftragsmangel, Finanzprobleme, Lieferstopp,
- Weder vom Arbeitnehmer, noch vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände (ansonsten §§ 280 ff., 276 BGB),
- Kein vertraglicher oder tariflicher Ausschluss.

## b) Rechtsfolgen

- **Tragung des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos durch den Arbeitgeber,**
- **Erfüllung der vertraglichen Pflichten durch den Arbeitgeber, insbesondere Entgeltzahlung nach dem Lohnausfall-Prinzip,**
- **Abmilderung durch KUG (§§ 169 ff. SGB III) unter Beteiligung des Betriebsrates gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.**

## c) Zur Übung: Klausurmäßige Lösung von Fall 14, Teil 1

## 2. Arbeitskampfparität

Die Arbeitskämpfungsmittel Streik und Aussperrung werden eingesetzt, um den Abschluss eines Tarifvertrags zu erreichen. Sie stehen unter dem verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG (BVerfG vom 04.07.1995, 1 BvF 2/86; BAG in st. Rspr. vom 19.06.2007, 1 AZR 396/06, Rz. 15). Das Funktionieren der Tarifautonomie, und damit letztlich des Arbeitskämpfungssystems hängt wesentlich davon ab, ob ein Kräftegleichgewicht zwischen der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite vorhanden ist (z. B. BAG a.a.O.. Rz. 17, 20). Die sog. Kampfparität wäre gefährdet, wenn durch Fernwirkung betroffene Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko auch im Falle eines Streiks zu tragen hätten, denn die Streikwirkungen würden dadurch verstärkt und ein Vorteil für die Arbeitnehmerseite erzielt.

Im Falle eines Streiks sind beim unmittelbar betroffenen Arbeitsverhältnis die Hauptpflichten ohnehin suspendiert, so dass sich das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko dort nicht stellt. Für die durch die Fernwirkung eines Streiks betroffenen Unternehmen gilt, dass die dortigen Arbeitnehmer das Arbeitskämpfrisiko zu tragen haben und demgemäß ein Anspruch auf Entgeltweiterzahlung nicht besteht.

## **VI. Aufwendungsersatz**

**Der Arbeitgeber ist dem Arbeitnehmer zum Ersatz von Aufwendungen verpflichtet. Diese Pflicht folgt aus § 670 BGB analog. Aufwendungen sind zweckbestimmte Vermögensopfer, die freiwillig erbracht werden und die mit der Entgeltzahlung nicht abgegolten sind.**

### **1. Sachaufwendungen**

**Hierher gehören insbesondere Aufwendungen wie Fahrtkosten, Reisespesen, Anschaffungen von Geräten und Arbeitsschutzkleidung, soweit ein vernünftiger Arbeitnehmer sie für erforderlich halten dürfte.**

### **2. Schäden des Arbeitnehmers**

**Rspr. und h. L. wenden diese Grundsätze auch dann an, wenn der Arbeitnehmer bei Ausführung betrieblicher Tätigkeit Schäden erleidet, die nicht vom Arbeitgeber zu vertreten sind (ansonsten §§ 280, 276 BGB, § 823 BGB).**

**Hierher gehören insbesondere die in der Praxis nicht seltenen Fälle von Schäden an privat PKW's, die dadurch entstehen, dass Arbeitnehmer diese zu betrieblichen Zwecken einsetzen und unverschuldet oder mit Teilschuld in Unfälle verwickelt werden. Um den Einsatz im Betätigungsbereich des Arbeitgebers handelt es sich, wenn ohne den Einsatz des Arbeitnehmerfahrzeugs der Arbeitgeber ein eigenes Fahrzeug einsetzen und damit dessen Unfallgefahr tragen müsste. In jedem Fall aber dann, wenn die betriebliche Fahrt vom Arbeitgeber oder einem weisungsberechtigten Mitarbeiter angewiesen worden ist (BAG vom 23.11.2006, 8 AZR 701/05).**

**Im Gegensatz zum innerbetrieblichen Schadensausgleich und dem Haftungsfreistellungsanspruch (vgl. oben Teil E II 4 – 9, Seite 57-61)**

**handelt es sich hier nicht um Fremdschäden sondern um Eigenschäden der Arbeitnehmer.**

### **Fall 15: Angewiesene Fahrten zur Arbeitsstelle**

Sie sind Rechtschutzsekretär des CGM. Ein CGM - Mitglied trägt Ihnen folgenden Sachverhalt vor. Er ist als Maler Leiharbeitnehmer. Er sei von seinem Disponenten am 09. Dezember angewiesen worden, mit seinem PKW zu einer außerörtlichen Baustelle zu fahren und Mitarbeiter mitzunehmen. Am 17. Dezember habe er auf dieser angewiesenen Fahrt einen Verkehrsunfall erlitten, bei dem sein Fahrzeug ins schleudern geraten und sich anschließend mehrfach um die eigene Achse gedreht habe. Sein PKW sei als Gebrauchtwagen erworben worden, wobei ihm die Verkehrstauglichkeit ausdrücklich zugesichert worden sei. Tatsächlich aber sei einer der Reifen porös gewesen und sei geplatzt. Deswegen sei es zu diesem Verkehrsunfall gekommen.

Der Kaufpreis für das Fahrzeug habe vor wenigen Monaten 3.900,00 € betragen, die Reparaturkosten beliefen sich auf 3.200,00 €.

Der Arbeitgeber möchte keinen Aufwendungsersatz leisten.

Wie beraten Sie?

Wie gehen Sie rechtlich vor?

(BAG vom 23.11.2006, 8 AZR 701/05)

### **3. Gleichbehandlungsgrundsatz**

Es kann dahin stehen, ob Artikel 3 GG Drittwirkung hat, jedenfalls sind die Pflichten des Arbeitgebers über §§ 157, 242 BGB so auszulegen, dass sie verfassungskonform erfüllt werden.

Dem Arbeitgeber ist es untersagt Gleiches ungleich und Ungleiches gleich zu behandeln. Verletzt der Arbeitgeber diesen Gleichbehandlungsgrundsatz, haben die Arbeitnehmer Anspruch auf Gleichbehandlung.

**a) Konkretisierung durch das AGG**

Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz wird spezialgesetzlich durch das AGG konkretisiert. Ziel und Zweck des Gesetzes ergeben sich aus § 1 AGG. Benachteiligungen in diesem Sinn werden in § 2 AGG genannt, wozu insbesondere auch die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt gehören. Gem. § 8 AGG wird in Konkretisierung, Ungleiches nicht gleich zu behandeln, gesetzlich festgelegt, dass Differenzierungen zulässig sind, wenn an die Art der auszuübenden Tätigkeit oder die Bedingungen ihrer Ausübung wesentliche und unterschiedliche berufliche Anforderungen gestellt werden, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderungen angemessen sind.

**b) Keine Beschränkung auf Entgelt**

Es muss festgehalten werden, dass sich der Gleichbehandlungsgrundsatz auf alle Bedingungen des Arbeitsverhältnisses bezieht, also z. B. auch auf Beförderungen, Pausen-, Urlaubs- oder Freistellungsregelungen.

**c) Gratifikationen und andere Entgeltleistungen**

Gleichwohl ist Hauptanwendungsgebiet für den Gleichbehandlungsgrundsatz der Entgeltbereich. Der Arbeitgeber darf hierbei Gruppen bilden und Angehörige der Gruppen gegenüber anderen ungleich behandeln. Dazu ist allerdings mit § 8 AGG ein sachlicher Grund im dort genannten engen Sinn zu beachten (BAG vom 30.07.2008, 10 AZR 497/07).



#### 4. Ablösende Betriebsvereinbarung

##### **Fall 16: Verschlechternde Betriebsvereinbarung**

Sie sind Mitarbeiter der DGB - Rechtschutz GmbH. Mitglieder der Ender GmbH legen Ihnen zur Prüfung folgende Frage vor: Haben wir weiterhin Anspruch auf Weihnachtsgeld nach § 10 des Formulararbeitsvertrages i. H. v. 2.000,00 € oder gilt für uns die neue Betriebsvereinbarung, auf Grund derer nur ein Weihnachtsgeld von 500,00 € gezahlt werden soll?

Wie beraten Sie?

Wie gehen Sie rechtlich vor?

##### **a) Änderungen von Sonderleistungen**

Für die Frage, ob der Arbeitgeber Sonderleistungen abändern kann, bieten sich folgende Regelungen an:

- aa. Individuelle Änderung des Einzelarbeitsvertrages. Betriebliche Bündnisse für Arbeit unter Mitwirkung des Betriebsrates scheiden allerdings aus (vgl. BAG vom 20.04.1999, 1 ABR 72/98 „Burda“).
- bb. Abschluss einer Betriebsvereinbarung gem. § 77 BetrVG.
- cc. Änderungskündigung (dazu unten Teil I).

##### **b) Vertragliche Änderung des Arbeitsvertrages**

Stammt die abzuändernde Regelung aus einem Arbeitsvertrag, so kann die Regelung durch Individualvereinbarung abgeändert werden.

**c) Änderung einer Betriebsvereinbarung durch eine Individualabrede oder eine Betriebsvereinbarung**

Betriebsvereinbarungen gelten gem. § 77 Abs. 4 BetrVG unmittelbar und zwingend. Sie wirken gem. § 77 Abs. 6 BetrVG, soweit es sich um erzwingbare Regelungsgegenstände handelt, nach. In der Nachwirkungszeit kann die Regelung durch Individualvereinbarung auch zu Lasten des Arbeitnehmers abgeändert werden, da in dieser Zeit zwar eine unmittelbare, aber keine zwingende Wirkung mehr besteht.

Die bisherige Regelung kann aus gleichem Grund durch eine neue Betriebsvereinbarung auch zu Lasten des Arbeitnehmers geändert werden. Dies geht dann nicht, wenn es sich um in der Vergangenheit erworbene Besitzansprüche wie z. B. aus betrieblicher Altersversorgung oder Kündigungsschutz handelt.

**d) Änderung einer einheitlichen Regelung durch Betriebsvereinbarung**

Ist eine einheitliche Regelung individualrechtlicher Art, z. B. durch Gesamtzusage oder über Formularverträge entstanden, so fragt es sich, ob durch eine Betriebsvereinbarung eine Verschlechterung zum Nachteil der Arbeitnehmer möglich ist (sog. verbösernde oder verschlechternde BV). Nach der Rechtsprechung des BAG ist hier ein kollektiver Günstigkeitsvergleich anzustellen, sofern es sich um eine sog. Sozialleistung wie z. B. Weihnachtsgeld oder sonstige Gratifikationen handelt. Ziel ist es dabei, die Gesamtheit aller Arbeitnehmer eines Betriebes nicht schlechter zu stellen als nach der vorangegangenen **einheitlichen** Regelung über Gesamtzusage oder Formularvertrag. Das kollektive Bezugssystem muss insgesamt erhalten bleiben (BAG vom 17.06.2008, 3 AZR 254/07 für Versorgungsregelungen).

Ist die neue Regelung durch Betriebsvereinbarung insgesamt für alle Arbeitnehmer des Betriebes ungünstiger, z. B. weil sich der Gesamt-

aufwand des Arbeitgebers verringert, so kann der Individualanspruch nicht durch eine Betriebsvereinbarung verringert werden, es sei denn, der Arbeitsvertrag sei „betriebsvereinbarungsoffen“ gestaltet. Ist die Betriebsvereinbarung komplex, so gilt der vom BAG entwickelte Sachgruppenvergleich.

Bleibt hingegen der Dotierungsrahmen des Arbeitgebers gleich, so kann bei kollektiver Betrachtung auch eine individuelle Schlechterstellung des einzelnen Arbeitnehmers möglich sein.

Nochmals: Die Grundsätze gelten nur für Sozialleistungen, nicht für Arbeitsentgelt, Überstunden, Urlaubsgeld u. ä. Leistungen.

## VII. Leseprogramm

### 1. Literatur

- Schaub/Koch/Linck: Arbeitsrechtshandbuch, Verlag C.H. Beck, aktuelle Auflage, §§ 45-61
- Senne: Arbeitsrecht, Luchterhand Verlag, aktuelle Auflage, S. 48-83
- Wörlen/Kokemoor: Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag, aktuelle Auflage, RZ 69-125
- Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger: Betriebsverfassungsgesetz, Verlag Vahlen, aktuelle Auflage, S. 77, Rz. 96 ff.

### 2. Rechtsprechung

- BAG, 15.11.1955, NJW 56, 359
- BAG, 27.02.1985, DB 85, 551
- BVerfG, 04.07.1995, 1 BvF 2/86
- BAG, 19.06.2007, 1 AZR 396/06
- BAG, 23.11.2006, 8 AZR 701/05

- BAG, 30.07.2008, 10 AZR 497/07
- BAG, 20.04.1999, 1 ABR 72/98
- BAG, 17.06.2008, 3 AZR 254/07

## **G. Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag**

### **Einführung:**

Bericht aus der Praxis; Vorteile, Nachteile des Aufhebungsvertrages; Abgrenzung zum Abwicklungsvertrag und zu § 1a KSchG

### **Fall 17: Nachteiliger Aufhebungsvertrag**

Der Arbeitgeber bietet dem Arbeitnehmer die Beendigung eines aus persönlichen Gründen belastenden Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag an. Er schlägt vor, pro vollem Jahr der Betriebszugehörigkeit 75 % des zuletzt bezogenen monatlichen Bruttoentgelts als Abfindung zu bezahlen. Die Parteien schließen am 01.12. schriftlich ab; die Kündigungsfrist hätte 6 Wochen zum Quartalsende betragen. In der Arbeitsbescheinigung kreuzt der Arbeitgeber „verhaltensbedingte Kündigung“ an.

Der Aufhebungsvertrag hat im Wesentlichen folgenden Inhalt:

1. Die Parteien sind sich darüber einig, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis zum 31.12.... enden wird.
2. Der Arbeitgeber zahlt an den Arbeitnehmer für den Verlust des Arbeitsplatzes eine Abfindung von 15.000,00 €.
3. Damit sind sämtliche Ansprüche der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung abgegolten.

Sie sind Mitarbeiter der DGB - Rechtsschutz GmbH und beraten den Arbeitnehmer.

Welche Auskünfte geben Sie

- in arbeitsrechtlicher,
- in sozialversicherungsrechtlicher und
- steuerrechtlicher Hinsicht?

## **I. Vertragsdogmatik**

So wie Verträge begründet und inhaltlich abgeändert werden können, so können sie auch durch Antrag und Annahme, realiter durch Willenseinigung, beendet werden. Dies gilt auch für besonders geschützte Arbeitnehmer, wie schwangere Frauen, Betriebsratsmitglieder und Schwerbehinderte. Eine Betriebsratsbeteili-

gung ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Schriftform gem. § 623 BGB ist Wirksamkeitsvoraussetzung.

### **1. Interessenlage auf Seiten des Arbeitgebers**

Zu den wesentlichen Gründen, warum auf Arbeitgeberseite ein Aufhebungsvertrag geschlossen wird, ist das Risiko, im Kündigungsschutzstreit zu unterliegen und gem. § 615 BGB wegen Annahmeverzugs zur Nachentrichtung von Arbeitsentgelt verpflichtet zu sein.

### **2. Interessenlage auf Seiten des Arbeitnehmers**

Zu den wesentlichen Gründen, warum auf Arbeitnehmerseite ein Aufhebungsvertrag geschlossen wird, gehört die Abfindungszahlung, die der vollen Steuerpflicht unterliegt, aber nach § 34 EStG (Fünftelregelung) privilegiert ist.

Im Übrigen dient die Abfindung nicht nur als Ausgleich für den Verlust des sozialen Besitzstandes, sondern auch als Risikoausgleich beim Bezug von ALG bzw. ALG II.

## **II. Anfechtung**

Gelegentlich findet sich auf Seiten des Arbeitnehmers nach Abschluss des Aufhebungsvertrages, insbesondere unter dem Eindruck sozialversicherungsrechtlicher Nachteile das Entstehen einer Vertragsreue.

Es gilt der Grundsatz, dass Verträge zu halten sind (*pacta sunt servanda*), so dass allenfalls eine Anfechtung wegen Drohung gem. § 123 BGB in Betracht kommt.

Der Arbeitnehmer kann den Aufhebungsvertrag gem. § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB anfechten, wenn er denn widerrechtlich durch Drohung zu dessen Abschluss bestimmt worden sein sollte. Ein solcher Anfechtungsgrund liegt z. B. dann vor,

wenn der Arbeitgeber mit einer unberechtigten, insbesondere fristlosen Kündigung als Alternative zum Aufhebungsvertrag droht (BAG vom 15.12.2005, 6 AZR 197/05).

### **III. Sozialversicherungsrechtliche Fragen**

Sollte der Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit haben, nahtlos in ein Folgearbeitsverhältnis zu wechseln, so stellen sich die sozialversicherungsrechtlichen Fragen bei Bezug von ALG und ALG II.

#### **1. ALG - Bezug**

**Sofern der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Voraussetzungen für den Bezug von ALG (§§ 117 ff. SGB III) wird er diese Entgeltersatzleistung beantragen und für max. 18 Monate beziehen (§ 127 SGB III).**

##### **a) Sperrfrist gem. §§ 144 Abs. 6, 38 Abs. 1 SGB III**

**Meldet sich der Arbeitnehmer nach den Grundsätzen der Quick-Vermittlung gem. § 38 Abs. 1 SGB III nicht rechtzeitig, so wird ihm eine Sperrfrist von 1 Woche auferlegt. Die Anspruchsdauer verkürzt sich um diese Woche gem. § 128 Abs. 1 Nr. 3 SGB III.**

##### **b) Ruhen des ALG bei Entlassungsentschädigung (§ 143a SGB III)**

**Das gesetzgeberische Vorhaben, die Entlassungsentschädigung voll auf das ALG anzurechnen, ist nicht Gesetz geworden. Vielmehr hat sich der Gesetzgeber für eine Anrechnung unter folgenden Voraussetzungen entschieden:**

- aa. Aufhebungsvertrag / Abwicklungsvereinbarung**
- bb. Entlassungsentschädigung**
- cc. Keine Einhaltung der Kündigungsfrist**

Die Rechtsfolgen sind:

- dd. Der Anspruch auf ALG ruht vom Abschluss des Aufhebungsvertrages bis zum Ende der Kündigungsfrist bzw. bei Abwicklungsvereinbarungen von der Kündigung an bis zum Ende der Kündigungsfrist (§ 143a Abs. 1 SGB III).
- ee. Der ALG - Anspruch ruht für längstens ein Jahr.
- ff. Eine Verkürzung der Bezugsdauer gem. § 128 SGB III tritt nicht ein.
- gg. Er ruht nicht über den Tag hinaus, der sich auf Grund § 143a II SGB III durch prozentuale Abschläge und Berücksichtigung des Lebensalters ergibt. Vgl. hierzu die Berechnungstabelle und Beispielfall aus:

[http://www.hensche.de/Rechtsanwalt\\_Arbeitsrecht\\_Handbuch\\_Abfindung\\_Alg.html](http://www.hensche.de/Rechtsanwalt_Arbeitsrecht_Handbuch_Abfindung_Alg.html)

Betriebs- / Unternehmen-sangehörigkeit	Lebensalter bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses					
	<i>unter 40</i>	<i>ab 40</i>	<i>Ab 45</i>	<i>ab 50</i>	<i>ab 55</i>	<i>ab 60</i>
Weniger als 5 Jahre	60 %	55 %	50 %	45 %	40 %	35 %
5 und mehr Jahre	55 %	50 %	45 %	40 %	35 %	30 %
10 und mehr Jahre	50 %	45 %	40 %	35 %	30 %	25 %
15 und mehr Jahre	45 %	40 %	35 %	30 %	25 %	25 %
20 und mehr Jahre	40 %	35 %	30 %	25 %	25 %	25 %
25 und mehr Jahre	35 %	30 %	25 %	25 %	25 %	25 %
30 und mehr Jahre	30 %	25 %	25 %	25 %	25 %	25 %
35 und mehr Jahre	25 %	25 %	25 %	25 %	25 %	25 %



**Beispiel:**

Der Arbeitnehmer ist 57 Jahre alt; seit 18 Jahren beim Arbeitgeber beschäftigt. Das Arbeitsentgelt betrug zuletzt 50 EUR (brutto) pro Kalendertag. Der Arbeitnehmer erhielt bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung i. H. v. 13.000,00 EUR und im Gegenzug erklärte er sich damit einverstanden, dass das Arbeitsverhältnis 90 Tage früher endet, als es geendet hätte, wenn der Arbeitgeber die Kündigungsfrist beachtet hätte.

Eigentlich müsste der Arbeitslosengeldanspruch gemäß § 143a Abs.1 Satz 1 SGB III für die gesamte Zeit der "abgekauften Kündigungsfrist" ruhen, in diesem Fall also für volle 90 Tage. Aus der Begrenzung der Anrechnung entsprechend der obigen Tabelle ergibt sich aber eine für den Arbeitnehmer günstigere Art der Anrechnung:

Der maßgebliche Prozentsatz für die Anrechnung der Abfindung beträgt hier nämlich entsprechend der obigen Tabelle nur 25 %, d.h. dem Arbeitnehmer verbleibt hier aufgrund seines Lebensalters und der Beschäftigungsdauer das gesetzliche Maximum seiner Abfindung von 75 %. Auf das Arbeitslosengeld anzurechnen sind daher lediglich 25 % von 13.000 EUR, d.h. 3.250,00 EUR.

Im nächsten Schritt muss jetzt berechnet werden, wie lange der Arbeitnehmer hätte arbeiten müssen, um diesen Anrechnungsbetrag von 3.250,00 EUR zu verdienen (§ 143a Abs.2 Satz 1 Nr.1 SGB III). Dies sind bei 50 EUR (brutto) pro Kalendertag 65 Tage.

Statt der eigentlich maßgeblichen Anrechnungszeit von 90 Tagen ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld daher in diesem Beispielfall nur 65 Tage.

**c) Ruhen bei Sperrzeit**

**Gem. § 144 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 SGB III ruht der Anspruch auf ALG für 12 Wochen, wenn sich der Arbeitnehmer versicherungswidrig verhalten hat. Versicherungswidriges Verhalten liegt vor, wenn der Arbeitslose das Beschäftigungsverhältnis selbst gelöst oder durch sein arbeitsvertragswidriges Verhalten Anlass für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses gegeben und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat (Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe).**

**aa. Es ist denkgesetzlich nicht zu bestreiten, dass der Arbeitnehmer bei einem Aufhebungsvertrag aktiv mitwirkt. Es stellt sich aber die Frage, ob der Abschluss eines Aufhebungsvertrages ein versicherungswidriges Verhalten darstellt. Ein solches liegt nicht vor, wenn dem Arbeitnehmer ein sachlicher Grund zur Seite steht. Als sachlichen Grund hat das BSG angesehen:**

- Wenn Nachteile für das berufliche Fortkommen im Fall einer Kündigung zu befürchten sind (BSG vom 25.04.2002, B 11 AL 100/01 R).**
- Wenn objektiv die konkrete Aussicht besteht, ein nach Beendigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses ein befristetes Arbeitsverhältnis einzugehen, das in ein dauerhaftes umgewandelt werden soll (BSG vom 26.10.2006, B 7 AL 98/03 R).**
- Wenn der Arbeitgeber mit einer objektiv rechtmäßigen Kündigung droht, wie dies bei leitenden Angestellten gem. §§ 14, 9, 10 KSchG möglich ist (BSG vom 17.11.2005, B 11a / 11 AL 69/04 R).**

- **Wenn ein Wechsel von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis in ein höherwertiges befristetes stattfindet (BSG vom 12.07.2006, B 11a AL 73/05 R).**
- **Wenn eine offensichtlich begründete rechtmäßige betriebsbedingte Kündigung droht (BSG vom 12.07.2006, B 11a AL 47/05 R).**

#### **d) Dauer der Sperrzeit**

Gem. § 144 Abs. 3 SGB III beträgt die Sperrzeit 12 Wochen. Sie verkürzt sich in den Fällen des § 144 Abs. 3 Satz 2 SGB III. Der ALG - Bezug verkürzt sich gem. § 128 Abs. 1 Nr. 4 SGB III um die Dauer der Sperrfrist.

Eine Kumulation mehrerer Sperrfristen ist im Falle von § 144 Abs. 2 SGB III möglich, nicht aber mit einer solchen nach § 143 a SGB III.

#### **e) Höhe der Abfindung**

Bislang sind vom BSG nur solche Fälle entschieden worden, bei denen in der Höhe der Abfindung eine Abweichung von der Formel des § 1a KSchG nicht vereinbart war. Demgemäß hat das BSG seine Entscheidung vom 12.07.2006 (B 11a AL 47/05 R) daraufhin gewiesen, es werde zukünftig bei einer Aufhebung entsprechend § 1a KSchG einen wichtigen Grund annehmen.

Offen bleibt, wie das BSG entscheiden wird, wenn die Abfindung die Grenze von einem  $\frac{1}{2}$  Bruttomonatsgehalt pro Jahr der Zugehörigkeit zum Unternehmen deutlich überschreiten wird, weil damit ein Indiz für fehlende oder vermutete fragliche Begründetheit der arbeitgeberseitigen Kündigung gegeben sein könnte.

#### **f) Formulierung in Aufhebungsverträgen**

Nicht selten wird - gelegentlich sogar bei gerichtlich geschlossenen Abwicklungsverträgen - trotz verhaltensbedingter Kündigungsgründe der Text gewählt, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolge aus betrieblichen Gründen, um eine Sperrfrist gem. § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III zu vermeiden. Davor muss ausdrücklich gewarnt werden, weil der Tatbestand des § 263 StGB droht.

**Diese Gefahr besteht besonders bei Rückdatierungen in Aufhebungsverträgen.**

#### **g) Aufklärungspflicht des Arbeitgebers**

Eine Aufklärungspflicht des Arbeitgebers über sozialversicherungsrechtliche Folgen des Aufhebungsvertrages besteht grds. nicht. In Ausnahmefällen, z. B. bei Überrumpelung eines Arbeitnehmers und offensichtliche Unwissenheit kann ein Schadenersatzanspruch gem. § 280 BGB entstehen.

Häufig wird in Aufhebungsverträgen deklaratorisch formuliert, der Arbeitgeber habe den Arbeitnehmer über die sozialversicherungsrechtlichen Fragen nicht aufgeklärt, dies sei Aufgabe des Arbeitnehmers.

### **IV. Leseprogramm**

#### **1. Literatur**

- Schaub/Koch/Linck: Arbeitsrechtshandbuch, Verlag C.H. Beck, aktuelle Auflage, § 122
- Senne: Arbeitsrecht, Luchterhand Verlag, aktuelle Auflage, S. 233-238
- Wörten/Kokemoor: Arbeitsrecht, Heymanns Verlag, akt. Auflage, S. 184

## 2. Rechtsprechung

- BSG, 25.04.2002, B 11 AL 100/01 R
- BSG, 26.10.2006, B 7 AL 98/03 R
- BSG, 17.11.2005, B 11a / 11 AL 69/04 R
- BSG, 12.07.2006, B 11a AL 73/05 R
- BSG, 12.07.2006, B 11a AL 47/05 R

## H. Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung

### Fall 18: Nachgeschobene Kündigungsgründe

Sie sind Mitarbeiter der DGB – Rechtschutz GmbH. Das Mitglied einer Einzelgewerkschaft sucht bei Ihnen Rat.

Der Arbeitnehmer ist verhaltensbedingt gekündigt worden. Er ist zwischenzeitlich freigestellt. Die Kündigung war auf den Verdacht einer Unterschlagung von Betriebsgegenständen gestützt. Der Betriebsrat wurde hierzu mit dieser Begründung angehört.

Die Klagefrist gem. § 4 KSchG ist zwischenzeitlich abgelaufen. Nunmehr hat sich herausgestellt, dass die Vorwürfe der Unterschlagung haltlos sind. Deswegen stützt der Arbeitgeber seine Kündigung nunmehr auf Betriebsbedingtheit ohne den Betriebsrat nochmals angehört zu haben.

Wie beraten Sie?

Erheben Sie Feststellungsklage?

Kombinieren Sie die Feststellungsklage mit einer Leistungsklage?

### I. Anhörung des Betriebsrates

**Gem. § 102 Abs. 1 Satz 1, 2 BetrVG muss der Betriebsrat vor jeder Kündigung des Arbeitgebers angehört werden. Eine ohne Anhörung des Betriebsrates vorgenommene Kündigung ist unwirksam. Auf die Art der Kündigung kommt es nicht an.**

#### 1. Keine Kündigungssperre

**Eine Kündigungssperre ist durch die Anhörung nur insoweit gegeben, als der Arbeitgeber die 1-Wochen- bzw. 3-Tagesfrist abzuwarten hat, sofern sich der Betriebsrat nicht vorher äußert.**

## 2. Mitteilung von Gründen

**Die Anhörung kann mündlich erfolgen, es bleiben dabei aber Beweisschwierigkeiten. Neben den Personalien sind die Kündigungsgründe anzugeben. Wertende Urteile oder stichwortartige Angaben genügen nicht. Ferner ist die Art der Kündigung, die Kündigungsfrist und der Kündigungstermin zu bezeichnen.**

## 3. Nachschieben von Kündigungsgründen

Ein Nachschieben, also die spätere Geltendmachung von Kündigungsgründen, ist individuell möglich, bei der Anhörung des Betriebsrats jedoch nur dann, wenn diese zur Zeit der Kündigung schon vorgelegen haben, dem Arbeitgeber aber noch nicht bekannt waren. In diesem Fall kann der Arbeitgeber auch während eines schon laufenden Kündigungsverfahrens, sogar noch im Kündigungsschutzprozess den Betriebsrat nachträglich erneut anhören (BAG vom 06.09.2007, 2 AZR 264/06). Geschieht dies nicht, kann die Kündigung auf die neuen Kündigungsgründe nicht gestützt werden.

Wird die Kündigung nicht auf das KSchG, sondern auf eine Verletzung von § 102 BetrVG gestützt, muss die 3-Wochenfrist des § 4 KSchG gleichwohl eingehalten werden (ebenso z. B. bei § 9 MuSchG, § 85 SGB IX, § 613 a BGB).

## 4. Unvollständige Angaben

Die Kündigungsgründe sind so lückenlos und umfassend darzustellen, dass sich der Betriebsrat ein abschließendes Bild von den für den Arbeitgeber ausschlaggebenden Gründen machen und ohne zusätzliche eigene Nachforschungen die Stichhaltigkeit der Kündigung prüfen kann (BAG vom 06.10.2005, 2 AZR 316/04). Defizite gehen zu Lasten des Arbeitgebers.

Dem Betriebsrat allgemein oder auf Grund von Vorinformationen übergebenen Erkenntnisse müssen nicht wiederholt werden.

Konkretisierungen sind im Kündigungsschutzprozess noch möglich. Darüberhinaus gilt: Auf weitere, nicht genannte Gründe kann sich der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess nicht stützen. M. a. W. Gegenstand des Kündigungsschutzprozesses sind dann nur die im Anhörungsschreiben genannten Gründe.

## **5. Verfahrensfehler des Betriebsrates**

Liegen Verfahrensfehler auf Seiten des Betriebsrates vor, wird z. B. statt in einer Sitzung im Umlaufverfahren entschieden, ist die Einladung oder Beschlussfassung regelwidrig, hat statt des Gremiums der Betriebsratsvorsitzende entschieden u. ä., so sind diese Mängel in der Willensbildung für den Arbeitgeber unbeachtlich. Eine Nachforschungspflicht für den Arbeitgeber besteht nicht (BAG vom 06.10.2005, 2 AZR 316/04).

## **6. Beweislast**

Die Darlegungs- und Beweislast für eine ordnungsgemäße Anhörung durch den Arbeitgeber obliegt ihm.

## **7. Äußerungen des Betriebsrates**

Äußert sich der Betriebsrat innerhalb der 1-Wochen- bzw. 3-Tagesfrist nicht, so gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt (§ 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG). Der Betriebsrat kann schon vor Ablauf dieser Fristen mitteilen, dass er sich nicht äußern wird, dann kann die Kündigung sofort erfolgen.

Will der Betriebsrat der Kündigung nicht zustimmen, so kann er gem. § 102 Abs. 3 BetrVG auch formell widersprechen. Zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Fall vgl. oben Teil D II 2 b), Seite 42.



## 8. Zugang

Die Kündigung ist empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie muss gem. § 130 BGB dem Erklärungsempfänger zugehen. Zur Zugangsproblematik vgl. WPR I.

## II. Kündigungsschutzklage

Erachtet der gekündigte Arbeitnehmer die Kündigung für unwirksam, so muss er Kündigungsschutzklage erheben.

### 1. Klagefrist

Will der Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er die 3-wöchige Klagefrist gem. § 4 KSchG einhalten.

#### a) Klageantrag

**Der Klageantrag lautet auf Feststellung, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom (Datum), zugegangen am (Datum) nicht aufgelöst worden ist. Eine Klage z. B. auf Urlaubserteilung, bei der inzident das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses begehrt wird, reicht nicht aus. Es droht Fristversäumnis.**

#### b) Berechnung der Frist, Fälle

**Die Klagefrist berechnet sich gem. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB. Einwurf in den Nachbriefkasten des Arbeitsgerichtes genügt. Geht die Kündigung z. B. am 18.11.2008 zu, so beginnt die Frist am 19.11.2008 zu laufen (§ 187 Abs. 1 BGB) und endet am 03.12.2008 (§ 188 Abs. 2 BGB).**

Die Klagefrist ist stets einzuhalten, nicht nur bei den Klagen, die auf § 1 KSchG gestützt werden, also auch für Kündigungen in einem Kleinbetrieb gem. § 23 Abs. 1 KSchG, wenn die Wartezeit gem. § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht erfüllt ist, bei Unwirksamkeit gem. § 102 Abs. 1 BetrVG, § 9 MuSchG, § 85 SGB IX oder § 613a Abs. 4 S. 1 BGB. Die Klagefrist ist auch bei ao Kündigungen gem. § 626 BGB einzuhalten (§ 13 Abs. 1 S. 2 KSchG).

Ein Ausnahme gilt, wenn nicht die Unwirksamkeit der Kündigung sondern nur die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist geltend gemacht werden soll (BAG vom 15.12.2005, 2 AZR 148/05).

Ist die Kündigung wegen Verletzung der Schriftform gem. §§ 623, 125 S. 1 BGB nichtig, so bedarf es der Einhaltung der Klageerhebungsfrist nicht, da § 4 Abs. 1 S. 1 KSchG seinem Wortlaut nach nur bei Zugang einer schriftlichen Kündigung anwendbar ist.

### c) Zulassung verspäteter Klagen

Unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 KSchG ist die Zulassung verspäteter Klagen möglich. Häufige Fälle sind krankheits- oder urlaubsbedingte Abwesenheit des Arbeitnehmers im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung oder fehlerhafte Beratung durch die rechtsberatenden Berufe.

## 2. Versäumung der Klagefrist

Wird die Klagefrist versäumt, so wird gem. § 7 KSchG gesetzlich die Wirksamkeit der Kündigung fingiert, gleichgültig, ob diese wirksam war oder nicht.

### **3. Allgemeine Feststellungsklage**

Die Feststellungsklage gem. § 4 S. 1 KSchG bezieht sich nur auf die bezeichnete Kündigung. Will der Arbeitnehmer darüber hinaus auch andere Kündigungsgründe geltend machen, z. B. die unterlassene oder unwirksame Anhörung des Betriebsrats, so muss der Klageantrag wie folgt formuliert werden (allgemeiner Feststellungsantrag).

**1) Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom ..., zugegangen am ... nicht aufgelöst worden ist und weiter fortbesteht.**

**2) Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.**

Nur so wird die Wahrung der Klageerhebungsfrist gewahrt.

Ist zu besorgen, dass weitere Kündigungen erfolgen, z. B. eine ordentliche Kündigung nach der ao Kündigung oder hilfsweise eine ordentliche Kündigung nach einer solchen, so muss auch hier der allgemeiner Feststellungsantrag zur Fristwahrung gestellt werden.

### **4. Leseprogramm**

#### **a) Literatur**

Senne, Seite 206-209

#### **b) Rechtsprechung**

BAG vom 15.12.2005, 2 AZR 148/05

### III. Außerordentliche Kündigung

Die ao Kündigung gem. § 626 BGB ist dann begründet, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer 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 Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Gem. § 626 Abs. 2 BGB kann die Kündigung nur innerhalb von 2 Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt.

§ 626 ist weder im Abs. 1 noch im Abs. 2 dispositiv.

#### **Fall 19: Spesenbetrug**

Sie sind Mitarbeiter der DGB-Rechtschutz GmbH und erhalten folgenden Sachverhalt vorgetragen:

Der Arbeitnehmer, Mitglied einer Einzelgewerkschaft, erhält vertragsgemäß seine Spesen ersetzt. Dazu gehören auch die Übernachtungskosten in einem 3 Sterne Hotel, sofern dies betrieblich veranlasst ist. Für den 01.11. hat der Arbeitnehmer anlässlich eines auswärtigen Termins in Köln, die Hotelrechnung eines 3 Sterne Hotels über 98,00 € zur Begleichung beim Arbeitgeber vorgelegt. Die Original - Hotelabrechnung hatte er von einem Bekannten erhalten, der diese weder für die Spesen- noch Steuerabrechnung benötigte. Er hatte vielmehr am 01.11. in Köln bei einer Freundin übernachtet.

Am 15.11. wurde er deswegen zu einer Personalbesprechung mit dem Personalleiter und dem Geschäftsführer berufen in der er die Vorwürfe bestätigt hatte.

Am 05.12. erhielt er die ao hilfsweise ordentliche verhaltensbedingte Kündigung zum 31.03., gestützt auf Spesenbetrug. Er ist ab dem 05.12. von der Arbeitsleistung freigestellt worden. Eine Lohnabrechnung hat er einschließlich 04.12. erhalten.

Wie beraten Sie?

Erheben Sie Kündigungsschutzklage?

Erweitern Sie die Feststellungsklage um einen Leistungsantrag?

## 1. Prüfungsschritte

**Nach der Rspr. des BAG ist die ao Kündigung in zwei Prüfungsschritten vorzunehmen:**

### **a) Erster Prüfungsschritt**

**Ist ein bestimmter Sachverhalt, losgelöst vom Einzelfall an sich geeignet einen wichtigen Grund dazustellen?**

### **b) Zweiter Prüfungsschritt:**

**Wird dies bejaht, ist zu klären, ob im Einzelfall unter Abwägung aller Umstände eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist.**

## 2. Außerordentliche Kündigungsgründe

### **a) Arbeitgeberkündigung**

Die Kasuistik zu den ao Kündigungsgründen ist komplex. Als solche sind beispielsweise anerkannt:

- Spesenbetrug, auch bei kleineren Beträgen,
- Arbeitszeitbetrug, auch bei kleineren Abweichungen,
- Diebstahl, auch bei geringwertigen Gegenständen,
- Körperverletzungen von Arbeitskollegen,
- Beharrliche Arbeitsverweigerung,
- Trunkenheit,
- Entzug der Fahrerlaubnis,
- Wettbewerbsverstoß

wegen weiterer Einzelfälle vgl. z. B. Schaub, § 125.

## **b) Arbeitnehmerkündigung**

Auch hier ist die Kasuistik komplex. Als ao Kündigungsgründe sind beispielsweise anerkannt:

- Erheblicher Zahlungsverzug,
- Dauernde Arbeitsunfähigkeit,
- Gefährdung der Gesundheit,
- Gravierende Arbeitsschutzverletzungen,
- Gravierende Beschäftigungspflichtverletzungen,
- Grundlose Verdächtigungen.

## **3. Zumutbarkeit**

Wie das BAG regelmäßig feststellt (BAG vom 27.04.2006, 2 AZR 415/05), lassen sich die bei Interessenabwägung zu berücksichtigenden Umstände nicht abschließend für alle Fälle klären. Anerkannt ist eine Berücksichtigung von

- Dauer der Betriebszugehörigkeit,
- Beanstandungsfreies Vorverhalten,
- Wiederholungsgefahr,
- Ausmaß der Schädigung beim Arbeitgeber,
- Besondere Verwerflichkeit,
- Sozialfaktoren.

## **4. Abmahnung**

Die ao Kündigung kommt als ultima-ratio nur in Betracht, wenn alle anderen nach den Umständen möglichen angemessenen mildereren Mittel nicht ausreichen. Bei verhaltensbedingter Kündigung ist zu erwägen, ob eine Mahnung die Wiederholungsgefahr ausschließt (BAG vom 26.06.2008, 2 AZR 190/07). Bei Zerstörung des Vertrauensverhältnisses scheidet die Abmahnung aus.

## **5. Ausschlussfrist, § 626 Abs. 2 BGB**

Die Ausschlussfrist zur ao Kündigung beträgt gem. § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB 2 Wochen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt (§ 626 Abs. 2 Satz 2 BGB). Maßgebend ist nicht nur die Kenntnis des Arbeitgebers selbst, sondern aller kündigungsberechtigten Mitarbeiter und solcher leitenden Vorgesetzten, von denen erwartet werden darf, dass sie dem Arbeitgeber Mitteilung machen.

## **6. Betriebsratsanhörung**

Die 2-Wochenfrist wird durch die 3-tägige Anhörungsfrist des Betriebsrates gem. § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG nicht verlängert.

## **7. Außerordentliche Verdachtskündigung**

### **a) Begriff**

Die Verdachtskündigung ist dadurch gekennzeichnet, dass der eigentlich verdachtauslösende Anlass der Kündigung, also das wahre Geschehen, für den Kündigenden im Dunkeln liegt und oft vom Vertragspartner bewusst verborgen wird.

Der Verdacht einer strafbaren Handlung ist gegenüber einer erwiesenen Straftat ein eigenständiger Kündigungsgrund.

### **b) Verdacht**

Eine Verdachtskündigung kommt nur in Betracht, wenn dringende, auf objektiven Tatsachen beruhende schwerwiegende Verdachtsmomente vorliegen und diese geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen bei einem verständigen und ge-

recht abwägenden Arbeitgeber zu zerstören (BAG vom 29.11.2007, 2 AZR 724/06).

Der Verdacht muss dringend sein, das heißt bei einer kritischen Prüfung muss eine auf Beweisanzeichen (Indizien) gestützte große Wahrscheinlichkeit für die erhebliche Pflichtverletzung (Tat) gerade dieses Arbeitnehmers bestehen (BAG a.a.O.). Bloße auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen deswegen zur Rechtfertigung eines dringenden Tatverdachts nicht aus.

### c) Aufklärung

Der Arbeitgeber muss alles ihm Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhaltes tun. Insbesondere muss er zunächst selbst eine Aufklärung des Sachverhaltes unternehmen. Möglichen Fehlerquellen muss er nachgehen. Der Umfang der Nachforschungen richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles.

Der Arbeitgeber muss die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB beachten. Die Frist beginnt, wenn er die für die Kündigung maßgebenden Tatsachen kennt. Der Arbeitnehmer ist anzuhören.

Die 2-Wochenfrist beginnt, wenn sich der Verdacht im vorgenannten Sinn manifestiert hat.

### d) Handlungsalternativen

- a. Der Arbeitgeber kann sich am Fortgang eines Strafverfahrens orientieren. Sind seine Ermittlungen nicht zu einem endgültigen Ergebnis gelangt, ist die Frist des § 626 Abs. 2 BGB gehemmt. Nur dann, wenn aus dem Gang des Strafverfahrens ihm zuverlässige Verdachtsgründe bekannt werden, beginnt die Frist zu laufen.



Nach Abschluss des Strafverfahrens kann er dann zur Tatkündigung greifen (BAG vom 05.06.2008, 2 AZR 234/07).

- b. Orientiert sich der Arbeitgeber nicht an einem möglichen Strafverfahren, spricht er also eine ao Verdachtskündigung aus, und erweist sich nachträglich der Verdacht als unbegründet, z. B. auf Grund eines freisprechenden Strafurteils, steht dem Arbeitnehmer ein Wiedereinstellungsanspruch zu.
  
- c. Hat der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhoben und erweist sich der Verdacht als unbegründet, befindet sich der Arbeitgeber mit der Rechtsfolge des § 615 BGB im Annahmeverzug.

## 8. Geltendmachung der Unwirksamkeit

Will der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der ao Kündigung geltend machen, so muss er gem. § 13 KSchG vorgehen. Das heißt, er muss innerhalb der 3-wöchigen Anrufungsfrist des § 4 KSchG Feststellungsklage zum Arbeitsgericht erheben. Der Klageantrag lautet:

- 1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom ..., zugegangen am ... nicht aufgelöst worden ist.**
- 2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.**

Stellt das Gericht fest, dass die ao Kündigung unbegründet ist, ist jedoch dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, so hat auf seinen Antrag das Gericht das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung, deren Höhe sich aus § 10 KSchG ergibt, zu urteilen (§§ 9, 10 KSchG).

## IV. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG

Zu den besonders hohen Gütern im Besitzstand eines Arbeitnehmers gehört das zwischen ihm und dem Arbeitgeber bestehende Arbeitsverhältnis. Es ist deswegen im Arbeitsrecht durch das KSchG einem besonderen Schutz unterworfen.

### 1. Wartefrist

#### a) Entstehung des Kündigungsschutzes

**Dieser Schutz setzt aber gem. § 1 Abs. 1 KSchG erst nach 6 Monaten ein. Danach ist die Arbeitgeberkündigung gegenüber einem Arbeitnehmer, sofern das Arbeitsverhältnis länger als 6 Monate in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung bestanden hat unwirksam, wenn die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist.**

**Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie gem. § 1 Abs. 2 KSchG nicht durch Gründe, die in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegen oder durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist.**

#### b) Zusammenrechnung

Haben Arbeitsverhältnisse in verschiedenen Betrieben eines Unternehmens bestanden, so werden sie zusammengerechnet. Ausbildungsverhältnisse zählen dazu. Wegen der Unternehmensbezogenheit des § 1 Abs. 1 KSchG werden Arbeitsverhältnisse in verschiedenen Unternehmen des Konzerns nicht zusammengerechnet.

### **c) Enger zeitlicher Zusammenhang**

Das BAG nimmt in st. Rspr. an, eine Unterbrechung liege gem. § 242 BGB bei einem engen zeitlichen Zusammenhang nicht vor. Eine allgemeine Angabe zur Dauer und zum Anlass der Unterbrechung sei aber nicht möglich (BAG vom 28.08.2008, 2 AZR 101/07). Gerade noch ausreichend für eine Zusammenrechnung hat es das BAG bei einer Lehrerin angesehen, bei der das Arbeitsverhältnis durch die 6-wöchigen Schulferien unterbrochen war (BAG vom 19.06.2007, 2 AZR 94/06).

## **2. Kleinbetriebsklausel**

**Das Kündigungsschutzgesetz findet gem. § 23 Abs. 1 KSchG nur dann Anwendung, wenn der gesetzliche Schwellenwert in einem Betrieb, ausschließlich der Azubis, überschritten wird.**

**Beim Schwellenwert liegt der Rechtsgedanke zu Grunde, Kleinunternehmen nicht mit der Bürde des KSchG zu belasten. Er betrug bis zum Stichtag 31.12.2003 5 Arbeitnehmer, danach beträgt er 10 Arbeitnehmer, jeweils ausschließlich der Azubis und unter Anrechnung von Teilzeitkräften mit einem Faktor von 0,5 bzw. 0,75 ( $\leq 20$  Std.;  $\leq 30$  Std.).**

**Um den Bestandsschutz für Altarbeitnehmer zu sichern gilt nach Novellierung des KSchG folgendes:**

### **a) Altarbeitnehmer**

**Für Altarbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis am 31.12.2003 bestanden hat, gilt der Schwellenwert von 5 Arbeitnehmern, d. h. diese Arbeitnehmer genießen den Schutz des KSchG schon dann, wenn i. d. R. mehr als 5 Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt werden. Ersatzeinstellungen zählen nicht mit (BAG vom 21.09.2006, 2 AZR 840/05).**

## **b) Neuarbeitnehmer**

**Für Neuarbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003 begonnen hat, gilt das KSchG erst dann, wenn der Schwellenwert von 10 Arbeitnehmern überschritten wird.**

## **3. Leitende Angestellte**

Organe juristischer Personen und Vertretungsberechtigte von Personengesamtheiten (GbR, OHG, KG) genießen den Kündigungsschutz nicht (§ 14 Abs. 1 KSchG).

Leitende Angestellte hingegen genießen den Kündigungsschutz, auch wenn sie zum Personenkreis des § 14 Abs. 2 KSchG gehören. Allerdings findet auf sie § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG Anwendung mit der Folge, dass der Arbeitgeber im Falle einer Kündigungsschutzklage den Auflösungsantrag ohne Begründungsfrist stellen kann und im Gegenzug gem. § 10 KSchG vom Arbeitsgericht eine Abfindung festzusetzen ist.

## **4. Leseprogramm**

### **a) Literatur**

- Schaub/Koch/Linck: Arbeitsrechtshandbuch, Verlag C.H. Beck, aktuelle Auflage, § 130
- Senne: Arbeitsrecht, Luchterhand Verlag, aktuelle Auflage, S. 173-199
- Wörlen/Kokemoor: Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag, aktuelle Auflage, S. 169-177

### **b) Rechtsprechung**

- BAG, 28.08.2008, 2 AZR 101/07
- BAG, 19.06.2007, 2 AZR 94/06
- BAG, 21.09.2006, 2 AZR 840/05

## V. Leseprogramm

### 1. Literatur

- Schaub/Koch/Linck: Arbeitsrechtshandbuch, Verlag C.H. Beck, aktuelle Auflage, § 125
- Senne: Arbeitsrecht, Luchterhand Verlag, aktuelle Auflage, S. 162-223
- Wörlen/Kokemoor: Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag, aktuelle Auflage, S. 162-187

### 2. Rechtsprechung

- BAG, 06.09.2007, 2 AZR 264/06
- BAG, 06.10.2005, 2 AZR 316/04
- BAG, 27.04.2006, 2 AZR 415/05
- BAG, 26.06.2008, 2 AZR 190/07
- BAG, 29.11.2007, 2 AZR 724/06
- BAG, 05.06.2008, 2 AZR 234/07

## VI. Personenbedingte Kündigung

### Fall 20:

Der Arbeitnehmer Klein war an folgenden Tagen arbeitsunfähig erkrankt:

Jahr	AU - Tage	Kosten der Entgeltfortzahlung	
		ohne Arbeitgeberanteil SV	mit Arbeitgeberanteil SV
2003	46	6.215,83 €	7.469,22 €
2004	50	6.560,33 €	7.829,83 €
2005	54	7.377,09 €	8.829,60 €
2006	50	6.694,44 €	8.022,05 €
2007	130	4.052,66 €	4.866,76 €

Er ist 40 Jahre alt, seit 15 Jahren im Betrieb als Schlosser beschäftigt. Er ist verheiratet und zwei schulpflichtigen Kindern unterhaltsverpflichtet. Auf Grund ärztlichen Attestes traue er sich die bisherige Arbeit nicht mehr zu und könne wegen eines Wirbelsäulenleidens nur noch 3 bis 6 Stunden täglich seine Arbeit als Schlosser ausüben. Eine durchgeführte Heilbehandlung konnte das Beschwerdebild nicht verbessern.

Sie sollen als Rechtsschutzsekretär / -in Klein beraten, mit welchen arbeitsrechtlichen Konsequenzen er rechnen müsse.

### 1. Soziale Rechtfertigung von Kündigungen

**Gem. § 1 Abs. 1 KSchG ist nach Ablauf der Wartezeit eine Kündigung unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Gem. § 1 Abs. 2 KSchG ist eine Kündigung u. a. ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist.**

**Die Arten der Personenbedingtheit sind komplex. In Betracht kommen:**

- **Wegfall von Arbeits- und Aufenthaltserlaubnis,**

- **ausländischer Wehrdienst,**
- **Eignung,**
- **Haft,**
- **Leistungsfähigkeit,**
- **Pensionsalter,**
- **Krankheit,**

u. a. (vgl. im Einzelnen z. B. Schaub § 129, Übersicht).

**Für die betriebliche Praxis relevant sind besonders Eignung und Krankheit.**

#### **a) Eignung**

Hauptanwendungsfall ist die mangelnde Qualifikation wie z. B. das Fehlen beruflicher Qualifikationsmerkmale, das Nichtbestehen von Prüfungen oder mangelhafte Kenntnisse und Fähigkeiten.

Der Bezug zur Verhaltensbedingtheit ist eng, insbesondere in den Fällen, in denen der Wille zur notwendigen Fort- oder Weiterbildung, wie z. B. im EDV - Bereich, fehlt. Abmahnungen wären hier zu erteilen.

Bei Berufskraftfahrern ist der Entzug der Fahrerlaubnis oder das Nichtbestehen der MPU ein Fall der Personenbedingtheit, ebenso der Verlust der Fluglizenz eines Berufspiloten (BAG vom 07.12.2000).

#### **b) Krankheit**

**Die ganz überwiegenden Fälle der Personenbedingtheit liegen jedoch im Bereich der Krankheit; so finden sich seit 2005 in der Rechtsprechung des BAG nur noch Entscheidungen im Bereich der Personenbedingtheit hierzu (siehe BAG zum Stichwort „Kündigung“).**

Vorab ist mit dem weitverbreiteten Irrtum aufzuräumen, dass während und/oder wegen Krankheit nicht gekündigt werden könne. Krankheit ist typischer personenbedingter Kündigungsgrund.

Bei personenbedingten Kündigungen unterscheidet das BAG in

- dauernde Unfähigkeit, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen (z. B. BAG vom 18.01.2007, 2 AZR 759/05),
- lang anhaltende Krankheit (z. B. BAG vom 19.04.2007, 2 AZR 239/06; vom 08.11.2007, 2 AZR 425/06) und
- häufige Kurzerkrankungen (z. B. BAG vom 08.11.2007, 2 AZR 292/06).

Für alle drei Arten der personenbedingten Kündigung sieht das BAG die gleiche Prüfungssystematik vor, wobei allerdings unterschiedliche Gewichtungen zu erfolgen haben. Das System des BAG sieht eine 3 - Stufen - Prüfung vor:

1. Stufe: Auf der ersten Stufe ist zunächst eine Gesundheitsprognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes erforderlich. Der Arbeitgeber muss, eventuell unter Inanspruchnahme sachkundiger medizinischer Beratung erheben, wie sich zukünftig der Gesundheitszustand des Arbeitnehmers darstellen wird. Ein Anspruch auf Benennung des Leidens oder die Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht kann nicht verlangt werden. Verweigert der Arbeitnehmer auf Aufforderung dies, dürfen an die Prognose durch den Arbeitgeber weniger Anforderungen gestellt werden.



**Ist die Prognose für den Arbeitnehmer negativ, muss auf der 2. Stufe weiter geprüft werden.**

**2. Stufe: Auf der 2. Stufen müssen die zu erwartenden Auswirkungen des Gesundheitszustandes des Arbeitnehmers auf die betrieblichen Interessen geklärt werden. Hierher gehören Betriebsablaufstörungen, Störungen durch den Unmut von Arbeitskollegen, die sich auf den Betriebsablauf auswirken, insbesondere aber die finanziellen Belastungen des Arbeitgebers durch die Entgeltfortzahlung inklusive der gesetzlichen Sozialabgaben und Kosten für Ersatzkräfte, sowie Entgelt für Mehrarbeit.**

**Ist die Prognose auch hier für den Arbeitnehmer negativ, muss auf der 3. Stufe weiter geprüft werden.**

**3. Stufe: Auf der 3. Stufe erfolgt eine Interessenabwägung bei der die erheblichen Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen den Interessen des Arbeitnehmers auf Bestandsschutz gegenüber gestellt werden. Ergibt die Prüfung, dass die erheblichen Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen zu einer billigerweise nicht hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen, so ist die Kündigung gerechtfertigt.**

**Bei der Interessenabwägung sind alle Umstände des Einzelfalles heranzuziehen, somit insbesondere die Ursache des Leidens, also ob sie leichtsinnig im privaten Bereich oder unverschuldet im Betrieb bestanden, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Alter, Unterhaltsverpflichtungen und schwerbehinderten Eigenschaft.**

**aa. Dauernde Arbeitsunfähigkeit**

Bei dauernder Unfähigkeit, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, ist die 3 - Stufen - Prüfung erleichtert. Dauernde AU hat das BAG bei völliger Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit stets angenommen. Im Urteil vom 18.01.2007 (2 AZR 759/05) hat es dauernde Arbeitsunfähigkeit bei einem Industriemeister angenommen, der eine psychische Erkrankung zu verzeichnen hatte, die damit verbunden war, dass unvorhergesehene und akute Anfälle auftraten. Die weitere Beschäftigung war nicht zumutbar, da sie zu einer erheblichen Gefährdung von Mitarbeitern und betrieblichen Produktionsanlagen geführt hätte, da dort mit hoch explosiven Stoffen gearbeitet wurde. Ein anderer leistungsgerechter Arbeitsplatz stand nicht zur Verfügung.

In solchen Fällen ist die notwendige Negativprognose ohne weiteres gegeben. Die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen liegen hier „auf der Hand“. Es bestehen daher schutzwürdige Interessen des Arbeitnehmers nur in Ausnahmefällen (BAG a.a.O.).

**bb. Langanhaltende Krankheit**

Stellt die Prognose fest, in den nächsten 24 Monaten könne mit einer Genesung nicht gerechnet werden, so steht dies einer dauernden AU gleich. In anderen Fällen liegt eine lang anhaltende Krankheit vor. Die bisherige Dauer der AU ist Indiz für die negative Prognose. Dabei kommt es auf den Zeitpunkt der Prognose an. Die Prognose hat auf der 1. Stufe alle dem Arbeitgeber bekannten Umstände zu berücksichtigen.

**Auf der 2. Stufe muss er, bevor er von einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen ausgeht, alle Ersatzmöglichkeiten ausgeschöpft haben, d. h. Überstunden angeordnet, Leiharbeitnehmer eingestellt, Urlaub verlegt oder Umorganisationen, soweit möglich, vorgenommen haben. Es wird ein strenger Maßstab angelegt.**

**Auf der 3. Stufe ist eine umfassende Interessenabwägung, wie beschrieben, erforderlich. Seit der Entscheidung des BAG vom 12.07.2007 (2 AZR 716/06) ist auf der 3. Stufe das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) gem. § 84 Abs. 2 SGB IX zu beachten, wonach bei Beschäftigten, die innerhalb eines Jahres länger als 6 Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind, der Arbeitgeber in einem gesetzlich beschriebenen internen Verfahren zu klären hat, wie die AU möglichst überwunden werden kann. Das BAG hat a.a.O. ausgeführt und nachfolgend daran festgehalten (BAG vom 23.04.2008, 2 AZR 1012/06) das dieses BEM nicht nur für Schwerbehinderte, sondern allgemein gilt. Zwar erhebe § 84 Abs. 2 SGB IX keine Sperre oder halte Sanktionen bei seiner Verletzung bereit, doch sei die Norm Ausdruck des das ganze Kündigungsschutzrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Durch BEM könnten mildere Mittel als die Kündigung, z. B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen geschaffen werden. Wurde eine BEM nicht durchgeführt und hätte eine Erfolgsaussicht im BEM bestanden, dann ist auf der 3. Stufe ein Fehler anzunehmen, der zur Unwirksamkeit der Kündigung führt. Im Umkehrschluss dazu hat das BAG a.a.O. festgestellt, dass ein unterlassenes BEM einer Kündigung dann nicht entgegensteht, wenn sie**

auch durch das BEM nicht hätte verhindert werden können.

**cc. Häufige Kurzerkrankungen**

Bei häufigen Kurzerkrankungen, also solchen, die keine lang andauernden Krankheiten sind, ist die Prognose oft deswegen erschwert, weil unterschiedliche Krankheitsursachen vorliegen. Es müssen, und zwar bezogen auf den Kündigungszeitpunkt, objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen. Häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit können indiziell für eine entsprechende künftige Entwicklung des Krankheitsbildes sprechen. Dies gilt allerdings nicht, wenn die Krankheiten ausgeheilt sind oder auf betrieblichen Ursachen beruhen.

Auf der 2. Stufe kommen hier unter Berücksichtigung von § 3 EFZG die Entgeltfortzahlungskosten inklusive der Sozialabgaben und eventuell vertraglich vereinbarte Leistungen in Betracht. In gut geführten Kündigungsschutzprozessen werden die Krankheitszeiten und die dazugehörigen Entgeltfortzahlungsleistungen meist tabellarisch dargestellt.

Auf der 3. Stufe ist die umfängliche Interessenabwägung, wie auch bei lang andauernder Krankheit erforderlich.

## **2. Darlegungs- und Beweislast**

Für alle Fälle der personenbedingten Kündigung gilt, dass der Arbeitgeber grds. die Darlegungs- und Beweislast für alle entscheidungserheblichen

Tatsachen trägt. Bei der Gesundheitsprognose, 1. Stufe, ist die Darlegungs- und Beweislast abgestuft.

Der Arbeitgeber braucht zunächst nur die Fehlzeiten darzulegen und zu behaupten, dass sich dadurch eine negative Zukunftsprognose ergebe.

Der Arbeitnehmer kann nun entgegen, dass aus zu benennenden Gründen mit weiteren Erkrankungen nicht zu rechnen ist, insbesondere ein Leiden ausgeheilt oder so gebessert ist, dass Arbeitsunfähigkeiten nicht mehr zu befürchten sind. Dabei reicht es aus, wenn er ein ärztliches Attest über die positive gesundheitliche Entwicklung vorlegt und den Arzt von der Schweigepflicht entbindet.

Der Arbeitgeber muss nun durch Anhörung des Arztes als sachverständigen Zeugen und / oder durch selbst erholtes ärztliches Sachverständigen-gutachten die negative Zukunftsprognose darlegen und beweisen.

### 3. Leseprogramm

- Schaub/Koch/Linck: Arbeitsrechtshandbuch, Verlag C.H. Beck, aktuelle Auflage, § 131
- Senne: Arbeitsrecht, Luchterhand Verlag, aktuelle Auflage, S. 176-180
- Wörlen/Kokemoor: Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag, aktuelle Auflage, S. 171

## VII. Verhaltensbedingte Kündigung

### Fall 21:

Der Kläger war 5 Jahre Bauleiter bei der Beklagten. Er ist 30 Jahre alt und 2 Kindern unterhaltspflichtig. Bei einer Überprüfung seines PC's wurden eine Reihe von Bild- und Videodateien mit erotischem Inhalt festgestellt, die während der Arbeitszeit heruntergeladen worden waren. Für die Tage, an denen er die Internetseiten aufgerufen

hatte, waren von ihm Überstunden abgerechnet worden (BAG vom 31.05.2007, 2 AZR 200/06).

Die Beklagte hat den Kläger ao und hilfsweise ordentlich gekündigt. Der Kläger hat Kündigungsschutzklage erhoben.

Wie beurteilen Sie die Aussichten der Kündigungsschutzklage?

Nehmen Sie an, eine Abmahnung ist nicht erfolgt.

## **1. Soziale Rechtfertigung von Kündigungen**

**Gemäß § 1 Abs. 1 KSchG ist nach Ablauf der Wartezeit eine Kündigung unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Gemäß § 1 Abs. 2 KSchG ist eine Kündigung u. a. sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist.**

**Die Arten der Verhaltensbedingtheit sind komplex. In Betracht kommen solche aus dem**

- **Leistungsbereich, hierher gehören solche aus Schlecht- und Minderleistung, Arbeitsversäumnis und Arbeitsverweigerung,**
- **Bereich betrieblicher und außerbetrieblicher Verletzung von Verhaltenspflichten und**
- **persönlichen Vertrauensbereich, z. B. Verletzung von Treue- und Rücksichtspflichten.**

**Vgl. wegen weiterer Einzelheiten zur komplexen Sach- und Rechtslage z. B. Schaub, § 130 II, z. B.**

- **Alkoholkonsum,**
- **Anzeigen gegen Arbeitgeber,**
- **beharrliche Arbeitsverweigerung,**
- **Beleidigungen,**
- **Minderleistung,**
- **angekündigte Krankheit,**
- **sexuelle Belästigung,**
- **Tätlichkeit,**

- private PC- und Telefonnutzung,
- Unpünktlichkeit,
- u. v. a. m.

## 2. Soziale Rechtfertigung

In st. Rspr. führt das BAG zur sozialen Rechtfertigung hier aus (z. B. BAG vom 31.12.2007, 2 AZR 818/06; vom 17.01.2008, 2 AZR 536/06):

Eine Kündigung aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG ist sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer mit dem ihm vorgeworfenen Verhalten eine Vertragspflicht – in der Regel schuldhaft – erheblich verletzt, das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird, eine zumutbare Möglichkeit einer anderen Beschäftigung nicht besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beide Vertragsteile billigenwert und angemessen erscheint.

Für eine verhaltensbedingte Kündigung gilt dabei das Prognoseprinzip. Der Zweck der Kündigung ist nicht eine Sanktion für eine begangene Vertragspflichtverletzung, sondern die Vermeidung des Risikos weiterer erheblicher Pflichtverletzungen. Die vergangene Pflichtverletzung muss sich deshalb noch in der Zukunft belastend auswirken. Eine negative Prognose liegt vor, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde auch zukünftig den Arbeitsvertrag nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen. Dies setzt eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus. Diese dient der Objektivierung der negativen Prognose. Liegt eine ordnungsgemäße Abmahnung vor und verletzt der Arbeitnehmer erneut seine vertraglichen Pflichten, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen.

**a) Tätlichkeit**

Das BAG (vom 06.10.2005, 2 AZR 280/04) hat eine ordentliche Kündigung für rechtswirksam gehalten, die darauf gestützt war, dass ein alkoholisierter Arbeitnehmer eine gehörlose und schwerbehinderte Arbeitskollegin versucht hat zu küssen und nach deren Abwehr diese geohrfeigt hat. Hierzu hat das BAG judiziert, Tätlichkeiten unter Arbeitnehmern stellen – zumindest – einen ausreichenden Grund für eine ordentliche Kündigung dar. Ein tätlicher Angriff auf einen Arbeitskollegen stelle eine schwere Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Rechte und Interessen der anderen Arbeitnehmer dar. Der Arbeitgeber sei seinerseits nicht nur allen Arbeitnehmern gegenüber verpflichtet, dafür zu sorgen, dass sie keinen Tätlichkeiten ausgesetzt sind. Er hat auch ein eigenes Interesse daran, dass die betriebliche Zusammenarbeit nicht durch tätliche Auseinandersetzungen beeinträchtigt wird und Mitarbeiter verletzt werden und ggf. ausfallen.

**b) Minderleistung**

Auch auf Pflichtverletzungen beruhende Schlechtleistungen sind geeignet, eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen (st. Rspr. des BAG, z. B. vom 17.01.2008, 2 AZR 536/06). Hierzu hat das BAG a.a.O. ausgeführt, ob eine Leistung als Schlechtleistung anzusehen ist, beurteile sich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Sei die Arbeitsleistung im Vertrag, wie meistens, der Menge und der Qualität nach nicht oder nicht näher beschrieben, so richte sich der Inhalt des Leistungsversprechens zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach den persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer müsse tun, was er solle, und zwar so gut, wie er könne. Die Leistungspflicht sei nicht starr,



sondern dynamisch und orientiere sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Ein objektiver Maßstab sei nicht anzusetzen.

Überschreitet der Arbeitnehmer längerfristig deutlich die durchschnittlichen Fehlerquoten, so weist dies darauf hin, dass er vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt.

Letztlich kommt es bei den Minderleistungen darauf an, dass es dem Arbeitgeber gelingen muss, darzulegen, der Arbeitnehmer schöpfe seine Leistungsfähigkeit nicht aus.

Der Arbeitnehmer kann daraufhin erläutern, warum er trotz erheblich unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft, wobei er darzulegen hat, welche betrieblichen Beeinträchtigungen durch die konkret darzulegenden Fehler verursacht werden und das es sich insoweit nicht lediglich um Fehler handelt, die trotz einer gewissen Häufigkeit angesichts der konkreten Umstände der Arbeitsleistung vom Arbeitgeber hinzunehmen sind.

#### c) PC- Nutzung

Nach der st. Rspr. des BAG (vgl. z. B. BAG vom 31.05.2007, 2 AZR 200/06) kommt als kündigungsrelevante Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten bei einer privaten Nutzung des Internets oder des Dienst - PCs u. a. in Betracht:

- Das Herunterladen einer erheblichen Menge von Daten aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme (unbefugter Download), insbesondere wenn damit einerseits die Gefahr möglicher Vireninfiltrierungen oder andere Störungen des betrieblichen Systems verbunden sein können oder andererseits von solchen Daten, bei deren Rückverfolgung es zu möglichen Rufschädigungen des Arbeitgebers kommen kann, beispiels-

- weise, weil strafbare oder pornografische Darstellungen heruntergeladen werden;
- die private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internetanschlusses als solche, weil durch sie dem Arbeitgeber möglicherweise zusätzliche Kosten entstehen können und der Arbeitnehmer jedenfalls die Betriebsmittel unberechtigterweise in Anspruch genommen hat;
  - die private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internets oder andere Arbeitsmittel während der Arbeitszeit, weil der Arbeitnehmer während des Surfens im Internet oder einer intensiven Betrachtung von Videofilmen oder -spielen zu privaten Zwecken seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringt und dadurch seine Arbeitspflicht nicht nachkommt und sie verletzt.

Dabei legt das BAG wert darauf, dass zu den einzelnen Sachverhalten ausreichende Substantiierung erfolgt. Hierzu gehört:

- aa. die Feststellung der Datenmenge, die aus dem Internet heruntergeladen wurde, und die hierfür benötigte Zeit;
- bb. welche konkrete Störungsgefahr bestanden hat;
- cc. welche zusätzlichen Kosten dadurch entstanden sind;
- dd. ob eine Vernachlässigung der Arbeitspflichten erfolgt ist;
- ee. ob anderen Personen der Zugang zum PC möglich war und
- ff. insgesamt, ob damit eine schwere Vertragspflichtverletzung vorliegt.

### **3. Abmahnung, Ausnahmen**

Grundsätzlich wird vor jeder verhaltensbedingten Kündigung eine wirksame Abmahnung gefordert.

**a) Inhalt der Abmahnung**

Die Abmahnung ist der Ausdruck der Missbilligung eines Verhaltens unter Androhung von Rechtsfolgen für die Zukunft, sofern das Verhalten nicht geändert wird. Handelt es sich um kündigungsrechtliche Tatbestände, so erfordert die Abmahnung die Ankündigung der damit im Zusammenhang stehenden Rechtsfolgen, also der Kündigung. Die Abmahnung unterscheidet sich daher deutlich von der sog. Ermahnung.

Mit der Abmahnung wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt. Die Kündigung nämlich ist die sog. ultima – ratio.

Die Abmahnung muss hinreichend bestimmt sein, also insbesondere konkret die Verfehlungen bezeichnen und gem. § 130 Abs. 1 BGB dem Arbeitnehmer zugehen.

**b) Ziel der Abmahnung**

Neben den bereits oben a.a.O. zur st. Rspr. des BAG genannten Gründen gehört es auch zum Ziel der Abmahnung, das Verhalten des Arbeitnehmers für die Zukunft zu beeinflussen. Eine Störung im Leistungsbereich bedarf daher stets einer Abmahnung, wo hingegen bei einer Vertragsverletzung im persönlichen Vertrauensbereich in Ausnahmefällen eine Abmahnung entbehrlich sein kann.

**c) Gleichartigkeit der Pflichtverletzungen**

Das BAG verlangt zwischen Abmahnung und Kündigung eine Gleichartigkeit der Abmahnungs- und Kündigungsgründen (BAG vom 13.12.2007, 2 AZR 818/06). Eine Abmahnung wegen Zuspätkommens rechtfertigt also nicht eine Kündigung wegen Leistungsminderung. Nur dann, wenn der Arbeitnehmer nach

einer Kündigungsandrohung erneut seine Arbeitsvertragspflichten in gleicher oder ähnlicher Weise verletzt, kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt sein.

Eine Gleichartigkeit der Abmahnungen hat das BAG im Verfahren 2 AZR 818/06 angenommen, bei einer Abmahnung wegen verspäteter Anmeldung zu einer Tagung, nicht umgehender Terminvereinbarung mit einem Kunden trotz entsprechender Weisung des Vorgesetzten, und der verspäteten Vorlage einer Übersicht über die aktuellen Firmen - Jahresdurchsprachen der Agenturen sowie der Übersicht über die erledigten Durchsprachen bei Großkunden einerseits und einer nicht persönlich durchgeführten Jahresdurchsprache mit Firmenkunden andererseits.

#### d) Entbehrlichkeit der Abmahnung

Bei Verletzungen im Leistungsbereich wird stets eine Abmahnung als erforderlich angesehen. Lediglich im persönlichen Vertrauensbereich, kann ausnahmsweise ein Verzicht auf sie festgestellt werden.

So hat z. B. im Verfahren 2 AZR 200/06 das Berufungsgericht wegen besonderen Verstoßes des Arbeitnehmers beim Download von pornografischen Dateien die Ansicht vertreten, ein unredliches Verhalten in Form eines Arbeitszeitbetruges könne die Kündigung rechtfertigen. Dem ist das BAG nicht gefolgt, da das Prognoseprinzip vom LAG nicht beachtet wurde; im Übrigen habe das LAG die zur unbefugten Internetnutzung entwickelten Kündigungsgründe nicht beachtet (siehe dazu oben unter c). Eine Abmahnung hat das BAG außerdem im Verfahren 2 AZR 280/04 angenommen, in dem die Tätlichkeit gegenüber der gehörlosen und schwerbehinderten Arbeitskollegin Gegenstand gewesen ist.

#### 4. Verhältnismäßigkeitsprüfung

Wie schon bei der ao Kündigung dargestellt, muss auch hier 2 – stufig geprüft werden:

1. Stufe: Zunächst ist festzustellen, ob der Sachverhalt an sich geeignet ist, die Kündigung zu rechtfertigen.
2. Stufe: Auf der 2. Stufe ist die Prüfung erforderlich, mit der die beiderseitigen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegeneinander abgewogen werden.

Bei der Interessenabwägung spielen dieselben Gründe eine Rolle, wie sie bereits oben unter Teil III 3 genannt wurden. Zu den Sozialfaktoren gehören insbesondere Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung des Arbeitnehmers.

#### 5. Leseprogramm

##### a) Literatur

- Schaub/Koch/Linck: Arbeitsrechtshandbuch, Verlag C.H. Beck, aktuelle Auflage, § 133
- Senne: Arbeitsrecht, Luchterhand Verlag, aktuelle Auflage, S. 181-190
- Wörlen/Kokemoor: Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag, aktuelle Auflage, S. 172

## b) Rechtsprechung

- BAG vom 06.10.2005, 2 AZR 280/04
- BAG vom 31.05.2007, 2 AZR 200/06
- BAG vom 31.12.2007, 2 AZR 818/06
- BAG vom 17.01.2008, 2 AZR 536/06

## VIII. Betriebsbedingte Kündigung

### Fall 22:

Der Kläger träger trat 1992 in die Dienste der Beklagten und war als bauleitender Monteur tätig. Ende April 2005 traf die Geschäftsführung der Beklagten die Entscheidung, spätestens ab Juni 2005 keine Bauleitung im Montagebereich mehr durchzuführen und diese Aufgaben an andere Unternehmen zu vergeben.

Mit Schreiben vom 09. Mai 2005 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Klägerin zum 30. November 2005. Gleiches geschah mit dem Arbeitsverhältnis des Weiteren bauleitenden Monteurs. Die Beklagte stellte beide Arbeitnehmer alsbald von der Arbeitsleistung frei.

Etwa die Hälfte der bis zur Kündigung vom Kläger erledigten Tätigkeiten fallen nunmehr bei anderen Unternehmen an.

Der Kläger hat Kündigungsschutzklage erhoben und Weiterbeschäftigung beantragt.

Wie beurteilen Sie die Aussichten der Kündigungsschutzklage?

(BAG vom 23.04.2008, 2 AZR 1110/06).

### 1. Soziale Rechtfertigung von Kündigungen

**Gemäß § 1 Abs. 1 KSchG ist nach Ablauf der Wartezeit eine Kündigung unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Gemäß § 1 Abs. 2 KSchG ist eine Kündigung u. a. sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.**

**Die Arten der Betriebsbedingtheit sind komplex. In Betracht kommen solche aus dem**

- **innbetrieblichen Bereich und / oder außerbetrieblichen Bereich.**

## **2. Prüfungsreihenfolge**

**Anders als bei den personen- und verhaltensbedingten Kündigungen hat das BAG für diejenigen aus Betriebsbedingtheit keine Prüfungsreihe vorgesehen. Gleichwohl bietet sich diese wie folgt an:**

- **dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen;**
- **mögliche Weiterbeschäftigung auf freiem Arbeitsplatz;**
- **Sozialauswahl**

## **3. Dringende betriebliche Erfordernisse**

### **a) Innerbetrieblicher Bereich**

**Nach st. Rspr. des BAG können sich dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung insbesondere aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmensentscheidungen) wie Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion oder von Arbeitsabläufen ergeben. Oft werden solche unternehmerischen Entscheidungen auf Outsourcing gestützt.**

**Eine solche unternehmerische Organisationsentscheidung begründet ein dringendes betriebliches Erfordernis i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG, wenn sie sich auf die Einsatzmöglichkeit des gekündigten Arbeitnehmers auswirkt. Die Entscheidung selbst ist nicht auf ihre rechtliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Für eine beschlossene und tatsächlich durchgeführte unternehmerische Organisationsent-**

scheidung spricht die Vermutung, dass sie aus sachlichen Gründen erfolgt ist und kein Rechtsmissbrauch vorliegt. Deshalb muss im Kündigungsschutzprozess der Arbeitnehmer die Umstände darlegen und im Streitfall beweisen, aus denen sich ergeben soll, dass die getroffene innerbetriebliche Strukturmaßnahme offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Diese Überlegungen sind darauf gestützt, dass der Arbeitgeber durch die Artikel 12, 14 GG geschützt ist.

Deshalb ist es missbräuchlich, einen Arbeitnehmer durch die Bildung separater betrieblicher Organisationsstrukturen bei unverändertem Beschäftigungsbedarf aus dem Betrieb zu drängen oder abstrakte Änderungen von Organisationsstrukturen ohne Änderung der realen Abläufe zu benutzen, um den Inhalt von Arbeitsverhältnissen zum Nachteil von Arbeitnehmern zu ändern.

Die unternehmerische Maßnahme muss derart greifbare Formen angenommen haben, dass sie auf Grund einer vernünftigen betriebswirtschaftlichen Prognose zum Ablauf der Kündigungsfrist durchgeführt sein wird und zum Wegfall des Arbeitsplatzes führt. In gut geführten Kündigungsschutzprozessen weist das die Arbeitgeberseite üblicherweise durch eine detaillierte Personal- bzw. Personaleinsatzplanung nach. In jedem Einzelfall muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass die innerbetriebliche Organisationsmaßnahme gerade zum Wegfall des konkreten zu kündigenden Arbeitnehmers geführt hat (vgl. z. B. BAG vom 23.04.2008, 2 AZR 1110/06 m.z.b.N).

Dringende betriebliche Erfordernisse i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG dürfen nicht so verstanden werden, dass eine Kündigung nur dann sozial gerechtfertigt wäre, wenn aus betriebswirtschaftlichen Gründen eine Reduzierung der Arbeitsplätze erforderlich wäre. Auch betriebswirtschaftlich glänzend operierenden Unternehmen sind Kündigungen aus Betriebsbedingtheit eröffnet. Dies hängt damit zusammen, dass das BAG der unternehmerischen



**Entscheidung mit Ausnahme der Willkürkontrolle freie Hand gibt und die betriebswirtschaftlichen Folgen den dringenden betrieblichen Erfordernissen zuordnet.**

#### **b) Außerbetrieblicher Bereich**

**Im außerbetrieblichen Bereich kommen insbesondere Umsatzrückgang, Strukturwandel und neue Arbeitsmethoden in Betracht.**

**Entschließt sich ein Unternehmen in einer solchen Lage zur Umstrukturierung, Teilverkauf, Outsourcing oder ähnlichen Maßnahmen, so liegt eine freie unternehmerische Entscheidung vor.**

**Wie unter a) vorgestellt, ist es auch hier erforderlich, dass der Arbeitgeber darlegt und beweist, dass aus den von ihm getroffenen Maßnahmen der konkret betroffene Arbeitsplatz eines zu kündigenden Arbeitnehmers in Wegfall gerät.**

**Auf den Umfang eines Umsatzrückganges kommt es nicht an. Ebenso wenig auf die Notwendigkeit von Strukturanpassungsmaßnahmen auf Grund geänderter Produktionsverfahren oder Arbeitsmethoden oder die Erforderlichkeit von Outsourcingmethoden. Dies folgt aus der freien unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers, wie vor.**

#### **4. Freier Arbeitsplatz**

##### **Fall 23:**

Der Kläger trat 1977 als Chemielaborant in die Dienste der Beklagten, die sich mit der Herstellung pharmazeutischer Produkte aus humanem Plasma befasst. Der Kläger war zuletzt im sog. „Plasma-Wareneingang“ tätig.

Im ersten Halbjahr des Jahre 2003 erlitt der Kläger einen Arbeitsunfall und war ab Mitte März 2003 bis zum 30. September 2003 erkrankt. Eine mit Schreiben vom 20. Februar 2004 zum 30. September 2004 ausgesprochene ordentliche Kündigung des Beklagten, die auf betriebsbedingte Gründe gestützt war, wurde in einem Kündigungsschutzverfahren rechtskräftig für unwirksam befunden, weil der Kläger Sonderkündigungsschutz als Ersatzmitglied des Betriebsrates genoss. Der Kläger wurde von der Arbeit frei gestellt. Er bot gleichwohl seine Arbeitskraft schriftlich an.

Nach Anhörung des Betriebsrates kündigte die Beklagte dem Kläger erneut mit Schreiben vom 29. Juni 2005 zum 31. Dezember 2005 und berief sich auf betriebsbedingte Gründe. Der Kläger wurde erneut von der Arbeitsleistung freigestellt.

In den Jahren 2004 und 2005 schrieb die Beklagte mehrere Stellen u. a. für Chemielaboranten aus, die in der Folge insbesondere mit gerade ausgebildeten Bewerbern besetzt wurden.

Der Kläger hat Kündigungsschutzklage erhoben und Weiterbeschäftigungsantrag gestellt.

Wie beurteilen Sie die Aussichten der Kündigungsschutzklage?

(BAG vom 05.06.2008, 2 AZR 107/07)

- a) Eine Kündigung, gleich ob aus personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Gründen ist gem. §1 Abs. 2 Satz 3 KSchG auch dann sozial ungerechtfertigt, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat.**

**Nach der hier vorgeschlagenen Prüfungsreihenfolge sollte nach der Prüfung der dringenden betrieblichen Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, geprüft werden, ob ein freier Arbeitsplatz i. S. d. § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG vorliegt.**

Das BAG hat hier a.a.O ausgeführt, eine ordentliche Beendigungskündigung sei nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit bestehe, den Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz ggf. auch zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen. Das Angebot einer Weiterbeschäftigung zu geänderten (schlechteren) Bedingungen könne lediglich in Extremfällen unterbleiben, z. B. bei einer völlig unterwertigen Beschäftigung. Eine Weiterbeschäftigung habe auch dann vorrangig zu erfolgen, wenn sie erst nach einer Einarbeitung des Arbeitnehmers auf einer freien Stelle, ggf. erst nach einer dem Arbeitnehmer anzubietenden zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme möglich sei.

Wenn im Zeitpunkt des Kündigungszugangs eine Beschäftigungsmöglichkeit nicht mehr vorhanden ist, weil ein freier Arbeitsplatz vor dem Zugang der Kündigung besetzt worden ist, so ist es dem Arbeitgeber gleichwohl nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB verwehrt, sich auf den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten im Kündigungszeitpunkt zu berufen, wenn dieser Wegfall treuwidrig herbeigeführt wurde. Der Arbeitgeber hat es nämlich nicht in der Hand, den Kündigungsschutz dadurch leer laufen zu lassen, dass er zunächst einen freien Arbeitsplatz besetzt und erst später eine Beendigungskündigung wegen einer fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ausspricht. Das BAG hat a.a.O. ausgeführt, dies sei der Fall, wenn sich ihm die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung aufdrängen musste.

Bei einer derartigen Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz muss der neue für den Arbeitnehmer geeignet sein. Dies setzt voraus, dass ein freier vergleichbarer (gleichwertiger) Arbeitsplatz oder ein freier Arbeitsplatz zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen vorhanden ist und der Arbeitnehmer über die hierfür erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt oder hierzu fort- oder weitergebildet werden kann.

Im vorliegenden Fall hat das BAG angenommen, dem Kläger sei eine Weiterbeschäftigung anzubieten gewesen, weil sich die Entwicklung im Unternehmen aufgedrängt und üblicherweise die neu einzustellenden Arbeitnehmer einer Fort- oder Weiterbildung unterzogen worden sind.

- b) Das BAG hat a.a.O. erneut dazu Stellung genommen, ob ein Arbeitnehmer seine Arbeitskraft anzubieten habe. In st. Rspr. führt das BAG hierzu folgendes aus. Bei einer Kündigung richte sich der Anspruch aus § 615 Satz 1 BGB nach §§ 293 ff. BGB. Sei aber für die vom Arbeitgeber vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, bedürfe es nach § 296 Satz 1 BGB keines Angebots des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber die Handlung nicht rechtzeitig vornehme. Die nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers liege darin, dem Arbeitnehmer für jeden Arbeitstag einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Nach einer unwirksamen Kündigung müsse deshalb der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, wenn er nicht in Annahmeverzug geraten wolle, die Arbeit wieder zuweisen. Komme der Arbeitgeber dieser Obliegenheit nicht nach, gerate er in Annahmeverzug, ohne das es eines Angebots des Arbeitnehmers bedürfe. Voraussetzung sei weiterhin, dass der Arbeitnehmer gem. § 279 BGB leistungsfähig und leistungswillig sei. An der Leistungsfähigkeit mangle es insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugszeitraums arbeitsunfähig krank sei. Der für die Leistungsunfähigkeit, ebenso wie für die Leistungsunwilligkeit darlegungs- und beweispflichtige Arbeitgeber müsse hierzu ausreichende Indiztatsachen für diese Tatbestände vortragen und unter Beweis stellen.

Zusammengefasst bedeutet dies, der Arbeitnehmer müsse nach einer Kündigung und nach Erhebung der Kündigungsschutzklage seine Arbeitskraft nicht ausdrücklich anbieten, dies sei §§ 293 ff. BGB nicht erforderlich.

## 5. Sozialauswahl

Nach der hier angebotenen Prüfungsreihenfolge ist dann, wenn eine freie unternehmerische Entscheidung vorliegt, ein freier anderweitiger freier Arbeitsplatz nicht zur Verfügung steht gem. § 1 Abs. 3 KSchG die richtige Sozialauswahl zu prüfen.

Nach der st. Rspr. des BAG bestimmt sich der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, also zunächst nach der ausgeübten Tätigkeit. Dies gilt nicht nur bei einer Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Tätigkeit und Ausbildung eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann. Die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit steht einer Vergleichbarkeit nicht entgegen (vgl. z. B. BAG vom 05.06.2008, 2 AZR 907/06). An einer Vergleichbarkeit fehlt es jedoch, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf Grund des zugrunde liegenden Arbeitsvertrages nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann (Problem der Gestaltung eines Arbeitsvertrages).

In gut geführten Kündigungsschutzprozessen verfährt die Arbeitgeberseite üblicherweise in der Weise, dass sie mit dem zu kündigenden Arbeitnehmer vergleichbaren anderen Arbeitnehmern eine Auflistung mit Tätigkeitsbeschreibung und Sozialdaten liefert und dabei ein Punkteschema einführt. Bei diesem Punkteschema darf die Arbeitgeberseite nur die in § 1 Abs. 3 KSchG genannten Sozialdaten berücksichtigen. Nur solche Arbeitnehmer sind gem. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG in die Sozialauswahl nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes in berechtigten betrieblichen Interessen liegen.

**Ein solcher Maßen erstelltes Punkteschema ergibt die soziale Schutzwürdigkeit von Arbeitnehmern. Bei betriebsbedingten Kündigungen muss auf dieser Stufe der Arbeitgeber denjenigen Arbeitnehmer zur Kündigung auswählen, der am wenigsten sozial schutzbedürftig ist. Verletzt er diese Sozialauswahl, ist die Kündigung sozial nicht gerechtfertigt. Allerdings ist dem Arbeitgeber zu zugestehen, dass er bei dem zu vergebenden Punktesystem eine eingeschränkte Freiheit besitzt, die auf grobe Fahrlässigkeit entsprechend § 1 Abs. 4 KSchG überprüfbar ist.**

In der Vorlesung werden Punkteschemata diskutiert! Vergleiche dazu auch Senne a.a.O. Seite 199 f.

## **6. Leseprogramm**

### **Rechtsprechung**

BAG vom 23.04.2008, 2 AZR 1110/06

BAG vom 05.06.2008, 2 AZR 107/07

BAG vom 05.06.2008, 2 AZR 907/06

## I. Ausgewählte Teilbereiche

### I. Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG)

#### Fall 24: Fortsetzungserkrankung

Arbeitnehmer A hat in einem Kalenderjahr folgende AU-Zeiten:

03.01.-05.01.

21.02.-02-03.

23.04.-27.04.

23.05.-14.06.

06.07.-31.12.

Sie als Personalleiter der Ender GmbH erfahren davon und prüfen die Frage der Fortsetzungserkrankung.

Wie gehen Sie vor?

Zu welchem Ergebnis kommen Sie?

Welche Handlungsalternativen haben Sie?

#### 1. Anwendungsbereich, § 1 EFZG

Das EFZG regelt die Zahlung des Arbeitentgelts an gesetzlichen Feiertagen und die Fortzahlung im Krankheitsfall.

Es gilt für Arbeitnehmer und Auszubildende.

#### 2. Feiertage, § 2 EFZG

##### a) Gesetzliche Feiertage

Fällt die Arbeitszeit infolge eines gesetzlichen Feiertags aus, behält der Arbeitnehmer das Arbeitentgelt, das er ohne Ausfall erhalten hätte. Die Vorschrift gilt nur für deutsche gesetzliche Feiertage. Ein Anspruch für ausländische Arbeitnehmer ist damit nicht eröffnet, auch nicht für hohe ausländische Feiertage. Ein Anspruch auf Arbeitbefreiung an ausländi-

schen Feiertagen besteht nicht, ist jedoch gleichwohl personalwirtschaftlich sinnvoll.

**b) Brückentage, u. a.**

An Arbeitstagen vor und nach Arbeitstagen ist die Krankheitsanfälligkeit von Arbeitnehmern hoch. Bleiben sie an diesen Tagen unentschuldigt der Arbeit fern, haben sie keinen Anspruch auf Bezahlung dieser Feiertage. Die Vorschrift ist gut gemeint, sie kann jedoch leicht dadurch unterlaufen werden, dass man sich entschuldigt.

**3. Dauer der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall**

**a) Sechswochenfrist, § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG**

**Die Vorschrift bietet keine Schwierigkeiten. Der Sechswochenzeitraum ist nach dem Kalender zu bestimmen. Er beginnt mit demjenigen Tag, der dem ersten AU-Tag folgt und endet mit dem letzten Tag der sechsten Woche.**

**b) Verschulden**

**Der Entgeltfortzahlungsanspruch entsteht nur, wenn den Arbeitnehmer an seiner AU kein Verschulden trifft. Verschulden wird allerdings nur bei leichtfertigem Verhalten oder einem gröblichen Verstoß, insbesondere bei grober Fahrlässigkeit angenommen.**

**aa. Bei Sportunfällen wird davon ausgegangen, dass es allgemein erkannte besonders gefährliche Sportarten gibt, wie z. B. Drachenfliegen, Fallschirmspringen, Motor- und Crossrennen, Motorradrennen, Skispringen, Kickboxen und Extrembergsteigen. In diesem Bereich erlittene Verletzungen führen zum Verlust der Entgeltfortzahlung.**



**bb. Grob fahrlässig verursachte Verkehrsunfälle, insbesondere in Folge Trunkenheit lassen ebenfalls den Entgeltfortzahlungsanspruch entfallen.**

**cc. AU infolge von Alkohol- oder Drogenabhängigkeit und AU nach einem Selbsttötungsversuch werden vom BAG überwiegend als unverschuldete Krankheiten angesehen (z. B: BAG, BG 81, 1770; BG 82, 194).**

**c) Fortsetzungserkrankung, § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EFZG**

Die Vorschrift ist negativ formuliert und führt gelegentlich zu Verständnisschwierigkeiten. Im Klartext bedeutet sie, erkrankt der Arbeitnehmer wegen derselben Erkrankung mehrfach, hat er den Entgeltfortzahlungsanspruch nur dann, wenn zwischen Ende der vorausgehenden Erkrankung und der neuen Erkrankung ein Zeitraum von mindestens sechs Monaten liegt.

**d) Fortsetzungserkrankung, § 3 Abs.1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EFZG**

Der Arbeitnehmer behält seinen Entgeltfortzahlungsanspruch auch dann, wenn er infolge derselben Krankheit mehrfach erkrankt und seit Beginn der ersten AU und einer erneuten AU eine Frist von 12 Monaten liegt.

Der Anspruch von § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EFZG setzt voraus, dass der Arbeitnehmer nach Ablauf der Zwölfmonatsfrist erneut arbeitsunfähig wird. Die Bestimmung greift nicht ein, wenn der Arbeitnehmer schon vorher erneut arbeitsunfähig wird und die Arbeitsunfähigkeit über den Ablauf der Zwölfmonatsfrist hinaus bestehen bleibt (BAG vom 14.03.2007, 5 AZR 514/06; 10.04.2004-15.03.2005; 25.04.2005-31.10.2005, der Entgeltfortzahlungsanspruch bestand nicht).

**Zusammengefasst heißt dies, der Anspruch nach § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EFZG besteht nur, wenn zwischen dem Beginn der ersten und dem der neuen AU zwölf Monate vergangen sind und keine Zwischenerkrankung wegen desselben Grundleidens vorliegt.**

**e) Begriff der Fortsetzungserkrankung**

**Dieselbe Krankheit, Fortsetzungserkrankung genannt, liegt vor, wenn die Krankheit, auf der die frühere AU beruhte, in der Zeit zwischen dem Ende der vorausgegangenen und dem Beginn der neuen AU medizinisch nicht vollständig ausgeheilt war, sondern ein Grundleiden latent weiterbestanden hat, sodass die neue Erkrankung nur eine Fortsetzung der früheren Erkrankung darstellt. Die frühere AU muss auf demselben, nicht behobenen Grundleiden beruhen. Dieses kann verschiedene Krankheitssymptome zur Folge haben (BAG vom 13.07.2005, 5 AZR 389/04).**

**4. Höhe der Entgeltfortzahlung, §§ 2, 4 EFZG**

**Das Gesetz folgt in §§ 2 Abs. 1, 4 EFZG dem sogenannten Lohnausfallprinzip. Das Entgelt ist in der Höhe zu entrichten, wie es hypothetisch in der Krankheitszeit verdient worden wäre.**

**Gem. § 4 Abs. 1a EFZG gehören zum Arbeitsentgelt nicht die zusätzlich gezahlten Überstunden und die Leistungen für Aufwendungen des Arbeitnehmers, soweit sie ihm tatsächlich entstanden wären. Damit soll der Arbeitnehmer nicht schlechter gestellt sein, als wenn er nicht arbeitsunfähig gewesen wäre.**

**Kürzungen von Sondervergütungen sind aufgrund Tarifvereinbarungen für Zeiten der AU in Folge von Krankheit gem. § 4 a EFZG möglich. Die Kürzung ist gem. § 4 a Satz 2 EFZG betragsmäßig beschränkt.**

## 5. Anzeige- und Nachweispflichten, § 5 EFZG

Empfehlung: Gesetzeslektüre

## 6. Gesetzlicher Forderungsübergang

### Fall 25: Verkehrsunfall

Ihre Sekretärin stand auf dem direkten Weg zu ihrer Arbeitsstätte bei Rotlicht an einer Lichtzeichenanlage. Sie erlitt bei einem Auffahrunfall eine HWS-Distorsion. Sie war zwei Wochen au. Ihre Sekretärin ist bei der TKK krankenversichert. B, der Fahrer und Halter des auffahrenden Pkw ist bei der Allianz AG haftpflichtversichert. Die Ender GmbH ist Mitglied der Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft (MMBG).

Welche arbeits-, sozialversicherungs- und zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen bestehen?

Welche Ansprüche hat die Ender GmbH gegen wen?

#### a) Sinnhaftigkeit

Es besteht gem. § 6 EFZG gesetzlicher Forderungsübergang. Es wäre schlechterdings nicht einzusehen, warum der Arbeitgeber bei Schädigungen durch Dritte keinen Rückgriffsanspruch gegen diese bei geleisteter Entgeltfortzahlung haben sollte.

#### b) Anspruch gegen Schädiger

Kann der Arbeitnehmer aufgrund gesetzlicher Vorschriften vom Schädiger Schadensersatz wegen des Verdienstausfalles beanspruchen, der ihm durch die AU entstanden ist, so geht dieser Anspruch insoweit auf den Arbeitgeber über, als dieser Entgeltfortzahlung leistet und hierfür Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung pp. abzuführen hat.

Entsprechendes gilt gem. § 116 SGB X für die Sozialversicherungsträger, also insbesondere für gesetzliche Krankenkassen, Berufsgenossenschaften und die DRV.

## **7. Entgeltfortzahlung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

Kündigt der Arbeitgeber wegen der AU, so bleibt der Entgeltfortzahlungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus bis zum Ende der AU, also bis max. sechs Wochen bestehen, sofern nicht Sondertatbestände gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG vorliegen.

Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitnehmer durch Eigenkündigung aus dem Unternehmen ausscheidet und er zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt ist (§ 8 Abs. 1 Satz 2 EFZG).

Bei befristeten Arbeitsverhältnissen gilt § 8 Abs. 2 EFZG.

## **II. Leseprogramm**

### **1. Literatur**

- Schaub/Koch/Linck: Arbeitsrechtshandbuch, Verlag C.H. Beck, aktuelle Auflage, § 98
- Senne: Arbeitsrecht, Luchterhand Verlag, aktuelle Auflage, S. 105 ff.
- Wörlen/Kokemoor: Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag, aktuelle Auflage, S. 81-84

### **2. Rechtsprechung**

- BAG vom 14.03.2007, 5 AZR 514/06
- BAG vom 13.07.2005, 5 AZR 389/04
- BAG, BG 81, 1770; BG 82, 194

**Anlage 1:**

Susanne Trix  
Phantasieweg 77  
06406 Bernburg

An das  
Arbeitsgericht  
Mariannenstr. 1  
06844 Dessau

vorab per Telefax, Fax-Nr. 0340-2021600

**Klage**

In der Sache

**Susanne Trix, Phantasienweg 77, 06406 Bernburg**

**- Klägerin -**

**gegen**

**Fa. Sebastian Kern GmbH, ges. vertreten durch den Geschäftsführer Sebastian Kern mit Sitz in Gegenstraße 11, 06406 Bernburg**

**- Beklagte -**

**wegen Feststellung,**

erhebe ich Klage zum Arbeitsgericht Dessau, erbitte die Anberaumung eines nahen Güteterrnins und kündige an, in der mündlichen Verhandlung folgenden Antrag zu stellen:

1) Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom ..., zugegangen am ... nicht aufgelöst wurde.

2) Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

**Begründung:**

1) Ich bin seit ... als Verkäuferin bei der Beklagten zu einem monatlichen Bruttoverdienst von ... beschäftigt.

**Beweis: Arbeitsvertrag vom ... in Fotokopie**

**Anlage 1**

2) Die Beklagte ist ein Unternehmen der ... - Branche. Sie beschäftigt ca. 150 Mitarbeiter. Es besteht ein Betriebsrat.

3) Am ... wurde mir die fristgemäße Kündigung vom ... zugestellt.

**Beweis: Kündigung vom ... in Fotokopie**

**Anlage 2**

Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt.

4) Die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates wird mit Nichtwissen bestritten.

.....

Susanne Trix

## **Modul 2**

# **Kollektives Arbeitsrecht (Koalitions-, Arbeitskampf-, Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht)**

## **Teil 1**

## **Überblick**

## A. Einführung

### 1. Alternative

Sie sind juristischer Mitarbeiter / juristische Mitarbeiterin des VME (Verband der Metall- und Elektroindustrie LSA) mit Sitz in Magdeburg und dort für alle tarifvertraglichen Fragen und Streitigkeiten sowie für die Tarifentwicklung zuständig.

Sie beraten die Mitgliedsunternehmen, vertreten diese bei tarifrechtlichen Streitigkeiten vor Gericht und nehmen an Tarifverhandlungen teil. Sie haben Leitungsfunktion für drei Mitarbeiter.

### 2. Alternative

Sie sind juristischer Mitarbeiter / juristische Mitarbeiterin des DGB, Bundesvorstands, mit Sitz in Berlin. Sie sind dort im Bereich Tarifpolitik für alle tarifrechtlichen Fragen und Streitigkeiten sowie für die Tarifentwicklung zuständig.

Sie beraten den Vorstand in juristischen Fragen und vertreten Einzelgewerkschaften bei Gericht sowie in Schiedsverfahren und nehmen an Tarifverhandlungen teil. Sie haben Leitungsfunktion für drei Mitarbeiter.

(Sprachliche Gleichstellung: Formulierungen Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Mitarbeiter, u.a. sind stets als ArbeitgeberInnen, ArbeitnehmerInnen, MitarbeiterInnen, u.a. zu verstehen.)



# I. Verfassungsgrundlage

Keine ausdrückliche Vorschrift über Bestand und Garantie eines Tarifvertragssystems. Die Verfassung verwendet den Begriff Tarifvertrag (TV) nicht.

Bei einem Blick in die §§ 1, 2 TVG wird man den Begriff des Tarifvertrages wie folgt erläutern können.

**Ein Tarifvertrag ist eine kollektivrechtliche Vereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien (Gewerkschaften, einzelne Arbeitgeber, Vereinigungen von Arbeitgebern), die deren Rechte und Pflichten regelt und Rechtsnormen enthält, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen.**

**Es gibt derzeit mehr als 1.100 Tarifbereiche (unterschiedliche Wirtschaftszweige und Regionen) mit insgesamt über 60.000 Tarifverträgen, darunter ca. 450 allgemeinverbindlich erklärte.**

## 1. Koalitionsfreiheit

### a) Begriff der Koalition

Vereinigung als Oberbegriff für Gesellschaften und private Vereine; gesamtes Spektrum von Vereinen, Verbänden und Assoziationen aller Art

### b) Allgemeine Vereinigungsfreiheit

Art. 9 GG

Positive Vereinigungsfreiheit

Negative Vereinigungsfreiheit

### c) **Doppelgrundrecht**

Individuelles Grundrecht für den Einzelnen

Kollektives Grundrecht für die Vereinigung; Recht auf Entstehen und Bestehen, Selbstbestimmung über die Organisation, das Verfahren der Willensbildung und Führung der Geschäfte; Selbstdarstellung, Werbung; insbesondere Bestandsgarantie

BVerfG vom 10.09.2004 – 1 BvR 1191/03

BAG vom 24.04.2007 – 1 AZR 252/06

Einschränkungen der verfassungsrechtlich garantierten Betätigungsfreiheit der Koalitionen sind nur dann mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar, wenn sie entweder dem Schutz des jeweiligen Koalitionspartners und damit gerade der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie unter dem Schutz der Grundrechte Dritter dienen oder sie durch die Rücksicht auf andere Rechte mit Verfassungsrang gerechtfertigt sind (BAG vom 24.04.2007 – 1 AZR 252/06, Rz. 97).

### d) **Betätigungsgarantie**

Norminhalt des Art. 9 GG; Schutz der spezifisch koalitionsgemäßen Betätigung, um die in Art. 9 GG genannten Ziele zu verfolgen

Ausblick: Betriebliche Bündnisse für Arbeit. Betriebliche Bündnisse für Arbeit können begrifflich wie folgt erläutert werden: Vereinbarung zwischen den Betriebspartnern (Arbeitgeber und Betriebsrat) mit denen tarifrechtliche Fragen, meist eine Absenkung des Tarifs, geregelt werden und die im Gegenzug eine Beschäftigungsgarantie für eine bestimmte Laufzeit geben. Nach der sog. BURDA-Entscheidung muss man den Betrieblichen Bündnissen für Arbeit die

Wirksamkeit grundsätzlich absprechen! Gleichwohl werden sie weiterhin vielfach praktiziert.

Avisierter Gesetzgebungsakt zur Öffnung von Tarifverträgen

BAG vom 20.04.1999 – 1 ABR 72/98 – (BURDA-Entscheidung)

**e) Zusammenhang**

**Nach einhelliger Rechtsmeinung hängt das Recht gem. Art. 9 GG Vereine und Gesellschaften zu bilden mit der Bestands- und Betätigungsgarantie wie folgt zusammen. Wenn es nur die Garantie zur Bildung von Koalitionen gäbe und die Bestandsgarantie nicht bestünde, liefen Vereine und Gesellschaften Gefahr nach ihrer Bildung sofort verboten werden zu können. Um die Rechte aus Art. 9 Abs. 1 GG zu schützen bedarf es der Bestandsgarantie. Aber auch der Bestand wäre sinnlos, wenn man sich nicht koalitionsgemäß betätigen dürfte.**

**f) Tarifautonomie**

**Unter Tarifautonomie versteht man das Recht, frei von staatlichem Zwang Tarifverträge abschließen und inhaltlich gestalten zu können. Die Tarifvertragsparteien handeln hier in eigener Verantwortung, wobei es festzuhalten gilt, dass über Art. 9 GG eine Rechtsetzungsdelegation vom Staat auf die Tarifvertragsparteien stattgefunden hat. Tarifrecht ist nämlich Recht im materiellen Sinn.**

**g) Grenzen der Tarifautonomie**

Die Tarifvertragsparteien haben keinen unbegrenzten Handlungsspielraum. Sie sind von Gesetzes wegen beschränkt auf Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (sog. Normsetzungsbeschränkung).

In der älteren Rechtsprechung des BVerfG war nur der Kernbereich der Tarifautonomie geschützt, soweit dieser zur Sicherung der Existenz als unerlässlich angesehen wurde. Schranken waren außerdem zulässig, soweit sie zum Schutz anderer Rechtsgüter geboten waren.

In der neueren Rechtsprechung des BVerfG, in der die Kernbereichstheorie aufgegeben wurde, ist der Schutz auf alle Verhaltensweisen erstreckt, die koalitionsspezifisch sind. Es gibt keine Einschränkung mehr auf den Bereich der Unerlässlichkeit (BVerfGE vom 24.04.1996 – 1 BvR 712/86).

## II. Einfachrechtliche Grundlagen

Fall 1 Als jur. Mitarbeiter des VME haben Sie die Aufgabe, vor neuen Mitgliedern Inhalt und Formen von Tarifverträgen vorzustellen und zur Tarifbindung zu referieren.

Was tragen Sie vor?

### 1. TVG

#### c) Inhalt und Form des Tarifvertrages

**Schuldrechtlicher Teil ist derjenige, der die Rechte und Pflichten der tarifschließenden Parteien regelt. Also insbesondere Fragen der Laufzeit, der Kündigung und der Beilegung von Auslegungstreitigkeiten (meist Schiedsstellenvereinbarung, Laufzeitregelung, Kündigungsfristen).**

**Normativer Teil ist derjenige, der den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen regelt und betriebliche oder betriebsverfassungsrechtliche Fragen gestaltet.**

**Der Abschluss von Tarifverträgen unterliegt der allgemeinen Vertragsdogmatik der §§ 145 ff. BGB. Gem. § 1 Abs. 2 TVG bedürfen Tarifverträge allerdings zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (Wirksamkeitsvoraussetzung).**

**d) Tarifvertragsparteien**

**Tarifvertragsparteien sind gem. § 2 TVG die Gewerkschaften, einzelne Arbeitgeber sowie Vereinigungen von Arbeitgebern (meist Arbeitgeberverbände genannt). Gem. § 2 Abs. 2 TVG können auch Spitzenorganisationen Tarifverträge abschließen. Sie können gem. § 2 Abs. 3 TVG auch selbst Parteien eines Tarifvertrags sein, wenn der Abschluss von Tarifverträgen zu ihren satzungsgemäßen Aufgaben gehört. Spitzenorganisationen sind auf Seiten der Gewerkschaften z.B. der DGB oder der CGB und auf Seiten der Arbeitgeberverbände z.B. Gesamtmetall der sämtliche Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektroindustrie vertritt.**

**Haus- oder Firmentarifverträge sind solche, bei denen auf Arbeitgeberseite nur ein Unternehmen beteiligt ist.**

**Verbandstarifverträge, in der Praxis auch Flächentarifverträge oder kurz Fläche genannt, sind solche, bei denen auf Arbeitgeberseite ein Arbeitgeberverband Vertragspartei ist.**

**In jüngster Zeit hat sich eine Besonderheit der sog. firmenbezogenen Verbandstarifvertrages entwickelt, bei dem stets eine Gewerkschaft und auf Arbeitgeberseite ein Verband tätig ist, der Tarifvertrag aber für ein Einzelunternehmen geschlossen wird. Beispiel: Firmenbezogener Verbandstarifvertrag zwischen Nordmetall und IGM für die Heidelberger Druckmaschinen AG**

**e) Tarifgebundenheit**

**Gem. § 3 TVG sind tarifgebunden die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrages ist.**

**Selbst beim Haus- oder Firmentarifvertrag gilt, dass Tarifgebundenheit auf Seiten Arbeitnehmer nur dann besteht, wenn sie Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft sind.**

**Da auf Arbeitgeberseite die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit unzulässig ist, haben sich in der Praxis sog. Gleichstellungsabreden entwickelt. Unter einer Gleichstellungsabrede versteht man die Vereinbarung zwischen tarifgebundenem Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wonach gleichgültig, ob der Arbeitnehmer Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft ist oder nicht, ein in Bezug genommener Tarifvertrag oder der jeweilige Tarifvertrag zur Anwendung kommen soll.**

**Dasselbe Ergebnis kann durch sog. Einbeziehungsklauseln erzielt werden. Unter Einbeziehungsklauseln versteht man solche Vereinbarungen zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und ihren Arbeitnehmern, wonach ein bestimmter Tarifvertrag oder der jeweils gültige Tarifvertrag Geltung haben soll.**

**Zu den betrieblichen bzw. betriebsverfassungsrechtlichen Fragen, die in Tarifverträgen geregelt werden können, gehören z.B. die Altersteilzeit, der Vorruhestand, Rauchverbot, Parkplatzregelungen, Kantinenbenutzung, Freistellung, Beschwerdeverfahren und abweichende Regelungen gem. § 3 BetrVG.**

**Gem. § 3 Abs. 3 TVG bleibt die Tarifgebundenheit bestehen, bis der Tarifvertrag endet. Dies nennt man Nachbindung. Sie bedeu-**

tet somit, dass ein Austritt aus der jeweiligen Koalition bis zum Ende des Tarifvertrages nichts der an der Tarifbindung ändert.

**f) Wirkung der Rechtsnormen**

Gem. § 4 TVG gelten die Rechtsnormen des Tarifvertrages, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen.

Unmittelbare Wirkung bedeutet, dass ohne Zwischenschaltung irgendwelcher Instanzen die Rechtsnormen Gültigkeit haben. Zwingende Regelung bedeutet, dass gem. § 4 Abs. 2 TVG abweichende Abmachungen nur dann zulässig sind, soweit sie durch den Tarifvertrag selbst gestattet sind, oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten.

Eine besondere Bedeutung hat § 4 Abs. 5 TVG der die sog. Nachwirkung regelt. Nachwirkung bedeutet, dass nach Ablauf des Tarifvertrages seine Rechtsnormen weiter gelten, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Unter Abmachung versteht man dabei jede Art einer Vereinbarung, einen neuen Tarifvertrag, eine Regelungsabrede oder eine Individualvereinbarung.

**g) Allgemeinverbindlichkeit**

Gem. § 5 TVG kann Allgemeinverbindlichkeit herbeigeführt werden; das bedeutet, dass für diesen Fall ein Tarifvertrag fachlich und räumlich auch dann gilt, wenn die Arbeitsvertragsparteien nicht tarifgebunden sind.

## 2. Durchführungsverordnung

## 3. Rückblick

### c) Koalitionsverbot

In § 155 Abs. 1 GewO des Norddeutschen Bundes; 1869 Aufhebung des Verbots „... zum Behufe der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen ...“ Vereinigungen zu bilden.

### d) Konzessionsrecht

Durch Aufhebung des Koalitionsverbots keine Gründungs- oder Bestandsgarantie; bis zum Inkrafttreten des BGB am 01.01.1900 machte das Vereinsrecht die Gründung einer Koalition von der Genehmigung der Verwaltungsbehörde abhängig.

### e) Vereinsrecht des BGB

Gem. § 61 Abs. 2 BGB behielt die Verwaltungsbehörde bis 1916 das Einspruchsrecht gegen die Eintragung von Vereinen mit politischen, religiösen oder sozialpolitischen Zielen. Entziehung der Rechtsfähigkeit gem. § 43 Abs. 3 BGB war möglich. Durch das „Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie“ von 1878 waren von dieser Rechtsentwicklung auch die Gewerkschaften betroffen.

### f) Garantie der Koalitionsfreiheit

- aa. Anerkennung von Gewerkschaften  
Gesetz über den vaterländischen Hilfsdienst 1916, Anerkennung von Gewerkschaften



- bb. Weimarer Reichsverfassung  
Art. 159, 165 Abs. 1 WRV von 1919 verfassungsmäßige Gewährleistung ähnlich wie in Art. 9 Abs. 3 GG
- cc. Zeit des Nationalsozialismus  
Auflösung der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, stattdessen Deutsche Arbeitsfront, die Arbeitnehmer und Arbeitgeber umfassten
- dd. Nachkriegssituation  
Alliierte gestatten Gründung von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden

### **III. Status Quo**

Einen sehr guten Überblick über den derzeitigen Stand von Tarifverträgen gibt ein Papier des BMAS Referat III A 3, 53107 Bonn, das leider letztmals unter dem Titel „Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen im Jahr 2004“ erschienen ist. Dort werden die wichtigsten Ergebnisse der Tarifrunden 2004 dargestellt, Strukturen und Anzahl der Tarifverträge erläutert, Wirtschaftszweige mit und ohne Tarifverträge vorgestellt und dann in einem nahezu lehrbuchartigen Teil Grundsätze des Tarifvertragsrechtes erläutert und Ausführungen zu speziellen Themen wie Öffnungsklauseln, Entgeltdifferenzierungen, Flexibilisierung der Arbeitszeit etc. gemacht bevor in einem umfassenden Tabellenteil eine Analyse der tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen erfolgt.

### **IV. Ausblick**

Der Vorwurf der Arbeitgeberseite, das derzeitige Tarifvertragssystem sei zu unflexibel dürfte wohl zutreffend sein. Die Tarifvertragsparteien sind daher seit Jahren bemüht, für eine größere Flexibilität zu sorgen.

#### **1. Öffnungsklauseln in unterschiedlichen Formen**

#### **2. Modulare Gestaltung von Tarifverträgen**

### **3. Ermöglichung von betrieblichen Bündnissen für Arbeit**

### **4. Flucht aus dem Tarifvertrag**

### **5. Flucht in sog. OT-Verbände**

Stufenmodell

Aufteilungsmodell

BAG vom 04.06.2008 – 4 AZR 419/07 –

BAG vom 18.07.2006 – 1 ABR 36/05 –

### **6. Staatliche Eingriffe unter Wahrung des verfassungsmäßigen Schutzes**

### **7. Beibehaltung des Systems als Ganzes**

## **V. Leseprogramm**

### **1. Literatur**

- Erfurter Kommentar, Dieterich, 10 GG Art. 9 Rz 15 – 90
- Kissel, Arbeitskampfrecht, § 2 Rz 1- 30
- Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, Dörner, 8.1 Rz 1- 20
- Münchener Handbuch zu Arbeitsrecht, Löwisch, Bd. 3, § 245
- Schaub Arbeitsrechtshandbuch, § 198

### **2. Rechtsprechungsübersicht**

- ältere Rechtsprechung
- neuere Rechtsprechung gem. aktuellem Stand
- FK und Fundstellen in der Seminarveranstaltung

## Teil 2

# Das Recht der Koalitionen (Überblick)

### I. Begriff der Koalitionen

#### 1. Einordnung

Coalitio lat., Vereinigung, Zusammenschluss, Zusammenkunft von Interessenvertretern zur Interessenvertretung.

Anders im politischen Bereich, dort ist eine Koalition ein Zusammenschluss von politischen Parteien zur Regierungsbildung.

Nicht zu den Koalitionen zählen Gesellschaften und Vereine ohne sozialpolitische Aufgabe und Zielsetzung. Zur besseren Unterscheidung spricht man hier deswegen häufig von Koalitionen im arbeitsrechtlichen Sinn.

#### 2. Vertreter, Phänomenologie

Koalitionen im arbeitsrechtlichen Sinn sind die Gewerkschaften und die Arbeitgeberverbände.

##### a) Gewerkschaften (Überblick)

Gewerkschaften sind Zusammenschlüsse von Arbeitnehmern zum Zweck gemeinsamer Interessenvertretung gegenüber Arbeitgebern, Arbeitgeberverbänden und Staat auf dem Gebiet des Tarif-, Sozial-,

Arbeits- und Arbeitsmarktrechts sowie der Gesellschaftspolitik. Sie bieten umfassende Information und Unterstützung in diesen Bereichen und gewähren Rechtsschutzdeckung.

Die Gewerkschaften sind in der Regel bundesweit mit Untergliederungen und branchenspezifisch organisiert.

- aa. Deutscher Gewerkschaftsbund, DGB (Spitzen- / Dachverband), Einzelgewerkschaften IG BAU, IG BCE, GEW, IGM, NGG, GdP, Transnet, ver.di
- bb. Deutscher Beamtenbund, DBB (Spitzen- / Dachverband) Einzelgewerkschaften z.B. VBOB, VBE, VHV, VBB, DJG, GdL
- cc. Christlicher Gewerkschaftsbund, CGB (Spitzen- / Dachverband), Einzelgewerkschaften CGM, GÖD, TGPT, DHV, ALLEB, CGCE, CGZP
- dd. Sonstige Gewerkschaften (Auswahl)  
Marburger Bund, DBWV, DBV, GDBA, VC, UFO
- ee. Gesamtüberblick  
Einen informativen Gesamtüberblick erhält man im Netz unter Gewerkschaften in Deutschland
- ff. Einzelheiten  
In wieweit einzelne Gewerkschaften in größeren aufgegangen sind, z.B. IG BCE entstanden aus IG Bergbau und Energie, IG Chemie, Papier, Keramik und Gewerkschaft Leder, zeigt übersichtlich  
[http://de.wikipedia.org/wiki/Deutscher\\_Gewerkschaftsbund](http://de.wikipedia.org/wiki/Deutscher_Gewerkschaftsbund)  
Hinsichtlich der Angaben über Anzahl der Mitglieder, Anzahl der Mitarbeiter, Anzahl und Art der geschlossenen Tarifverträge, Beitragsaufkommen u.ä. findet sich im Netz fast nichts.

Diese Angaben erfolgen meist nur anlässlich von Gerichtsverfahren (z.B. IGM ./ CGM, BAG vom 28.03.2006 – 1 ABR 58/04 – ).

## **b) Arbeitgeberverbände (Überblick)**

Arbeitgeberverbände sind Zusammenschlüsse von Arbeitgebern zum Zweck gemeinsamer Interessenvertretung gegenüber Arbeitnehmer, Gewerkschaften und Staat auf dem Gebiet des Tarif-, Sozial-, Arbeits- und Arbeitsmarktrechts sowie der Gesellschaftspolitik. Sie bieten umfassende Information und Unterstützung in diesen Bereichen und gewähren Rechtsschutzdeckung. Sie sind in der Regel landesweit und branchenspezifisch organisiert mit Spitzen – und Dachverbänden.

### aa. Metallarbeitgeberverbände

Pfalzmetall, Niedersachsenmetall, NRW Metall, VME, VSME, VBM, Nordmetall, Gesamtmetall (Spitzen- / Dachverband)

### bb. Kommunale Arbeitgeberverbände

Kommunale Arbeitgeberverband Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg p.p., KVA, Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände (Spitzen- / Dachverband)

### cc. Chemische Industrie

Arbeitgeberverband Chemie Baden-Württemberg, Verein der Bayerischen chemischen Industrie, Arbeitgeberverband Chemie und verwandte Industrien für das Land Hessen e.V., Arbeitgeberverband Nord-Ost Chemie e.V., BAVC, Bundesarbeitgeberverband Chemie (Spitzen- / Dachverband)

### dd. Handel

16 Landesverbände, z.B. Handelsverband NRW, Verband der Kaufleute Sachsen – Anhalt, Einzelhandelsverband Nord

Hamburg, Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern,  
dazu jeweils zahlreiche Regionalverbände  
Handelsverband Deutschland (Spitzen- / Dachverband)

- ee. BDA  
Bundesverband der deutschen Arbeitgeberverbände (Spitzen- / Dachverband)
- ff. Einzelheiten  
Arbeitgeberverbände sind mit der Bezifferung ihrer Mitglieder in der Regel großzügiger als die Gewerkschaften. Im Übrigen gilt das zu a), ff) Ausgeführte entsprechend.

### c) Phänomenologie

- aa. Gewerkschaften  
Die Gewerkschaften waren anfänglich inhaltlich geschlossene Koalitionen mit hoher Akzeptanz bei den Mitgliedern. Unterschiedliche gesellschaftliche Ursachen, wie z.B. positive wirtschaftliche Entwicklung und gemäßigte Tarifabschlüsse führten zu einer inneren Erosion und zu einem fast dramatischen Ansehensverlust, gefolgt von massenhaften Austritten in den 80er und 90er Jahren. Eine der Folgen hieraus waren erhebliche wirtschaftliche Gefährdungen von kleineren Einzelgewerkschaften des DGB, z.B. der HBV oder der Gewerkschaft Leder. Dies hat zu Fusionen in einigen Bereichen des DGB geführt (z.B. ver.di, IG BAU).

Andererseits waren in den großen Einzelgewerkschaften des DGB rechtssoziologische Entwicklungen zu verzeichnen, die dadurch gekennzeichnet waren, dass sich Teile der Mitglieder nicht mehr ausreichend repräsentiert gefühlt und Gründungen von kleinen aber schlagkräftigen Spezialgewerkschaften vorgenommen haben. Hierzu zählen insbesondere der Mar-

burger Bund, VC, UFO und im Bereich des DBB die Gründung der GdL.

In etwa zeitgleich entstanden christliche Einzelgewerkschaften und weitere unabhängige Arbeitnehmerkoalitionen (siehe oben I. 2. a)). Einheitlich ist auf Gewerkschaftsseite die Rechtsform des nichtrechtsfähigen Vereins (zu den Gründen siehe oben I., III., 3) in der Regel jedoch die Rechtsform des eingetragenen Vereins anzutreffen.

bb. Arbeitgeberverbände

Von der vorgenannten rechtssoziologischen Entwicklung blieben auch die Arbeitgeberverbände nicht verschont. Auch bei ihnen gab es massenhaft Austritte, bevorzugt jedoch mit dem Argument, das Tarifvertragssystem und insbesondere die Tarifverträge seien zu unflexibel.

Fall 2

Sie sind jur. Mitarbeiter des DGB Bundesvorstandes und erhalten die Aufgabe die Satzung eines OT-Verbandes, der im Wege des Stufenmodells gebildet wurde zu überprüfen. Wie gehen Sie vor?

Nehmen Sie an, Sie kommen zum Ergebnis, die Satzung mache nicht deutlich wer zu welchem Zeitpunkt der Tarifbindung unterfalle und wer nicht; eine Trennung der Befugnisse von T- und OT-Mitgliedern, vor allem im Bereich der Entscheidung über Annahme von Tarifergebnissen, liege nicht vor und OT- Mitglieder hätten ihre Ämter in den Tarifausschüssen nicht niedergelegt.

**Aus diesem Grund wurde auf Seiten der Arbeitgeberverbände die Idee des sog. OT-Verbände geboren. Bei den OT-Verbänden handelt es um solche Arbeitgeberverbände, die satzungsgemäß keine Tarifverträge abschließen**

und daher keine Tarifbindung zur Folge haben. Heute ist festzustellen, dass, von Ausnahmen abgesehen, jeder Arbeitgeberverband die Möglichkeit der Mitgliedschaft mit und ohne Tarifbindung vorsieht.

(1) Grundsätzlich ist vom BAG entschieden, dass gegen die Erscheinungsform von OT-Verbänden keine rechtlichen Bedenken bestehen. In st. Rspr. führt das BAG aus, Arbeitgeberbände seien auf Grund der ihnen durch Art. 9 Abs. 3 GG verliehenen Satzungsautonomie grds. befugt, in ihren Satzungen eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung vorzusehen. Eine solche Regelung widerspreche im Grundsatz weder einfachem Recht noch Verfassungsrecht, so z.B. BAG vom 26.08.2009 – 4 AZR 294/08 –. Schon mit der grundlegenden Entscheidung vom 18.07.2006 – 1 ABR 36/05 – hatte das BAG grundsätzlich ausgeführt, ein Arbeitgeberverband könne in seiner Satzung eine Form der Mitgliedschaft vorsehen, die nicht zur Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 TVG führe.

Es kommt für die rechtliche Unbedenklichkeit allerdings darauf an, wie der OT-Verband gebildet wurde. Dazu gibt es grundlegend 2 Methoden, nämlich das Stufenmodell und das Aufteilungsmodell.

(2) Sowohl das Aufteilungs- als auch das Stufenmodell muss zu Rechtsklarheit führen. Beim Aufteilungsmodell wird neben dem Verband, der in der Regel zu erst bestanden hat und der der Tarifbindung unterliegt, eine weitere Organisation geschaffen, die in ihrer Satzung keine Tarifbindung vorsieht. Am klarsten erfolgt dies in der Weise, dass neben dem ursprünglichen Verband ein neuer Verband in der Regel als e.V. gegründet und für eine organisatorische Trennung gesorgt wird. Die Mitglieder treten dann im Tarifverband aus und in den OT-



**Verband ein. In der Regel geschieht dies dadurch, dass die OT-Mitglieder von allen Maßnahmen durch die Satzung ausgeschlossen werden, die mit der Entstehung von Tarifverträgen im Zusammenhang stehen. Das sind z.B. Wahlen zur Tarifkommission, Abstimmung über tarifrechtliche Fragen, Urabstimmungen, Tarifvertragsverhandlungen u.ä.. Eine räumliche Trennung ist nicht zwingend vorgesehen die organisatorische Trennung jedoch ist obligatorisch.**

**Die OT-Mitgliedschaft kann aber auch durch das sog. Stufenmodell erreicht werden. Dazu wird innerhalb des jeweiligen Arbeitgeberverbandes die Tarifzuständigkeit durch die Satzung eingeschränkt so dass OT-Mitglieder von Wahlen zu Tarifkommissionen, Abstimmungen über tarifrechtliche Fragen oder Urabstimmungen ausgeschlossen sind. Ein OT-Mitglied muss hier zwingend seine Ämter niederlegen, die einen tarifvertraglichen Bezug aufweisen.**

### **(3) Einzelheiten**

**Im Stufenmodell ist die Herbeiführung einer OT-Mitgliedschaft durch eine Klausel wie folgt nicht möglich:**

Bei Tarifverträgen, die nicht für Allgemeinverbindlich erklärt sind, können die Mitglieder den Ausschluss der Tarifbindung erklären. Die Erklärung ist schriftlich an die für den Sitz der gewerblichen Niederlassung des Mitglieds zuständige Bezirksgeschäftsstelle zu richten. Sie wirkt zum Ablauf der jeweils geltenden Tarifverträge. Die Erklärung kann jederzeit widerrufen werden. Nicht tarifgebundene Mitglieder sind nicht berechtigt, an der Abstimmung über tarifpolitische Entscheidung mitzuwirken.

**Das BAG hat hierzu ausgeführt, eine Arbeitgeber- oder Arbeitnehmervereinigung könne ihre Tarifzuständigkeit in ihrer Satzung räumlich, betrieblich, branchenmäßig oder auch personell begrenzen. Eine Beschränkung auf**

die jeweiligen Verbandsmitglieder ist dagegen rechtlich nicht möglich (BAG vom 18.07.2006 – 1 ABR 36/05 –). Eine Arbeitgeber- oder Arbeitnehmervereinigung kann ihre Tarifzuständigkeit nicht wirksam auf ihre jeweiligen Mitglieder beschränken. Der Umfang der Tarifzuständigkeit des Verbandes werde ansonsten von der Entscheidung einzelner Mitglieder über ihren Ein- und Austritt abhängig. Das wäre mit der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie und den darauf bezogenen Erfordernissen eines funktionierenden Tarifvertragssystems unvereinbar (BAG a.a.O.)

Nachfolgend hat das BAG in der Entscheidung vom 04.06.2008 – 4 AZR 419/07 – die Satzungsautonomie sogar soweit ausgedehnt, dass ein Arbeitgeberverband den Blitzwechsel von einer Voll- in eine OT-Mitgliedschaft gewähren kann. Dort hatte das BAG auch festgelegt, dass beim Stufenmodell die Satzung für Mitglieder ohne Tarifbindung nicht lediglich die Rechtsfolge des § 3 Abs. 1 TVG abbedingen darf, sondern darüber hinaus für Tarifangelegenheiten eine klare und eindeutige Trennung der Befugnisse von Mitgliedern mit und ohne Tarifbindung vorsehen muss (a.a.O., Rz. 38).

In der Entscheidung vom 22.04.2009 – 4 AZR 111/08 – hat das BAG seine Rechtsprechung weiter gefestigt in dem es ausgeführt hat, die Begründung eines OT-Status innerhalb eines Arbeitgeberverbandes sei grds. möglich. Es gäbe keine prinzipiellen Bedenken gegen die Möglichkeit, innerhalb eines Verbandes zwischen einer Mitgliedschaft mit Tarifbindung und einer solchen ohne Tarifbindung wählen zu können. Nicht jedes vereinsrechtliche Mitglied einer tarifvertragsschließenden Koalition sei notwendig tarifgebunden (a.a.O., Rz. 27).

Allerdings müsse die Satzung für Tarifangelegenheiten eine klare und eindeutige Trennung der Befugnisse von Mitgliedern mit und ohne Tarifbindung vorsehen. Eine unmittelbare Einflussnahme von OT-Mitgliedern auf tarifpolitische Entscheidungen sei nicht zulässig. OT-Mitglieder dürfen daher nicht in Tarifkommissionen entsandt werden, den Verband im Außenverhältnis nicht tarifpolitisch vertreten und nicht in Aufsichtsorganen mitwirken, die die Streikfonds verwalten. Zudem sind sie von Abstimmungen auszuschließen, in denen die tarifpolitischen Ziele festgelegt oder Ergebnisse von Tarifverhandlungen angenommen werden. Teilweise werde auch gefordert, die Verbandssatzung müsse vorsehen, dass ein Wechsel in die OT-Mitgliedschaft zum Verlust entsprechender Ämter führe (BAG a.a.O., Rz. 29). Diesen Anforderungen hat a.a.O. die Satzung des Arbeitgeberverbandes von Remscheid und Umgebung e.V. nicht entsprochen.

Die Entscheidung des BAG ist mit Urteil vom 20.05.2009 – 4 AZR 179/08 – weiter gefestigt worden. Das BAG hat erneut ausgeführt, es reiche insbesondere nicht aus, wenn die Satzung für die Mitglieder ohne Tarifbindung lediglich die Rechtsfolge der Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 TVG abbedinge (siehe dazu bereits Urteil vom 04.07.2008 – 4 AZR 419/07 –).

Allerdings hat das BAG zuletzt mit Urteil vom 26.08.2009 – 4 AZR 294/08 – ausgeführt, zum Zeitpunkt der Begründung einer OT-Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband müsse bereits eine wirksame satzungsmäßige Grundlage vorliegen, woran es im entschiedenen Fall gefehlt hatte, weil die Satzung ohne Tarifbindung noch nicht ins Vereinsregister eingetragen war.

## II. Tariffähigkeit

### Fall 3

Stellen Sie die Rechtsfolgen für die von der Unwirksamkeit der von der CGZP abgeschlossenen Tarifverträge betroffenen AN vor.

Berücksichtigen Sie dabei § 9 Nr. 2 AÜG.

Kann equal pay und equal treatment nur durch einen TV beseitigt werden oder auch über die schuldrechtliche Vereinbarung der Individualparteien, die den Tarifvertrag in Bezug genommen haben. Berücksichtigen Sie dabei, dass die CGCP als jur. Person in Form eines e.V. nicht geschäftsunfähig ist.

### 1. Begriff

**Der Begriff der Tariffähigkeit ist gesetzlich nicht definiert. Es handelt sich nach der Rechtsprechung des BAG um eine rechtliche Fähigkeit, durch Vereinbarung mit dem sozialen Gegenspieler Arbeitsbedingungen tarifvertraglich mit der Wirkung zu regeln, dass sie für die tarifgebundenen Parteien unmittelbar und unabdingbar wie Rechtsnormen gelten (vgl. z.B. BAG vom 28.03.2006 – 1 ABR 58/04 –).**

### 2. Arbeitgeberseite

Auf Arbeitgeberseite ist die Tariffähigkeit klar, denn wenn § 2 TVG einzelne Arbeitgeber als Tarifvertragspartei bezeichnet, ist damit die Tariffähigkeit inkludiert. Ein Arbeitgeber ist ohne Rücksicht auf Größe und Durchsetzungsfähigkeit tariffähig.

Daraus folgt, dass auch jeder Arbeitgeberverband tariffähig sein muss, denn wenn schon der einzelne Arbeitgeber tariffähig ist, dann erst recht der Arbeitgeberverband.

### 3. Gewerkschaften

Problematisch kann die Tariffähigkeit auf Arbeitnehmerseite sein. Dies folgt aus der Rechtstatsache, dass Tarifrecht durch die Normsetzungsdelegati-

on des Gesetzgebers Recht im materiellen Sinn ist (siehe dazu oben I. 1. F).

### c) Voraussetzungen

**Nach st. Rspr. muss eine Arbeitnehmervereinigung Mindestvoraussetzungen zur Erreichung ihrer Tariffähigkeit erfüllen. Grundlegend dazu z.B. BAG vom 28.03.2006 – 1 ABR 58/04 –. Danach muss eine Arbeitnehmervereinigung sich als satzungsgemäße Aufgabe die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder in deren Eigenschaft als Arbeitnehmer gesetzt haben und willens sein Tarifverträge abzuschließen. Sie muss frei gebildet, gegnerfrei, unabhängig und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert sein und das geltende Tarifrecht als verbindlich anerkennen. Weiterhin ist Voraussetzung, dass die Arbeitnehmervereinigung ihre Aufgabe als Tarifpartnerin sinnvoll erfüllen kann. Dazu gehört einmal die Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler zum anderen eine gewisse Leistungsfähigkeit der Organisation (a.a.O., Rz. 34).**

**Im Einzelnen:**

- aa. Es dürfte unproblematisch sein, dass Arbeitnehmervereinigungen sich als satzungsgemäße Aufgabe die Interessenwahrnehmung ihrer Mitglieder in deren Eigenschaft als Arbeitnehmer gesetzt haben.**
- bb. Zweifelhaft kann im Einzelnen sein, ob ein Wille zum Abschluss von Tarifverträgen besteht. Der Hausfrauenbund (Vereinigung katholischer Hausarbeitgeberinnen) ist daher keine Gewerkschaft im arbeitsrechtlichen Sinn.**

- cc. Die freie Bildung ist in der Republik ebenfalls kein Problem. Retrospektiv war also die deutsche Arbeiterfront keine Gewerkschaft.
- dd. Gegnerfreiheit bedeutet, es dürfen nur Arbeitnehmer Mitglieder sein. In der Praxis spielt es dabei keine Rolle, dass Arbeitsdirektoren als Vorstandsmitglieder von mitbestimmten Unternehmen Mitglieder in der Arbeitnehmervereinigung sind.
- ee. Die überbetriebliche Organisation wird in der Praxis deswegen als unproblematisch angesehen, da bei der ehemaligen Postgewerkschaft und der GdED auch nicht zur Post oder zur Bundesbahn gehörende Arbeitnehmer Mitglied sein konnten. Im Übrigen ist diese Voraussetzung nicht konstitutiv.
- ff. Durchsetzungskraft / Mächtigkeit

(1) Zum Verständnis: IGM ./ CGM vom 06.06.2000 – 1 ABR 21/99 – . Hier war das Problem der formellen und materiellen Rechtskraft zu klären. Die Frage war, ob eine Entscheidung des Arbeitsgerichtes Stuttgart vom 04.02.1972, das der CGM Gewerkschaftsfähigkeit attestiert hatte, mit seiner formellen und materiellen Rechtskraft entgegenstand.

Hier entwickelte das BAG a.a.O. unter Bezugnahme auf Teil A. III. 2. des Staatsvertrages die Voraussetzung der Mächtigkeit, da Gewerkschaften in der Lage sein müssen, durch Ausübung von Druck auf den Tarifpartner zu einem Tarifabschluss zu kommen.

Das Kriterium der Durchsetzungsfähigkeit / Mächtigkeit war für die alte Bundesrepublik Deutschland nicht ge-

setzunglich geregelt sondern nur von der Rechtsprechung des BAG entwickelt worden.

Eine Durchbrechung der materiellen Rechtskraft kann bei einer wesentlichen Änderung der rechtlichen Verhältnisse eintreten. Dazu hat das BAG a.a.O. entschieden, es mache für die Rechtsanwendung einen wesentlichen Unterschied, ob einzelne Merkmale eines Rechtsbegriffs ausdrücklich vom Gesetz bestimmt oder lediglich von der Rechtsprechung entwickelt worden sind.

Auf Grund des Staatsvertrages und des gemeinsamen Protokolls, A. III. Nr. 2 i.V.m. dem Zustimmungsgesetz des deutschen Bundestages vom 25.06.1990 ist eine wesentliche Änderung in der Qualität der Kriterien für die Annahme einer Gewerkschaft eingetreten. Zwar ist der Staatsvertrag kein materielles Gesetz, hat aber durch das Zustimmungsgesetz vom 25.06.1990 Aufnahme in den Willen des Gesetzgebers gefunden.

Mit diesem Argument hat das BAG eine Durchbrechung der materiellen Rechtskraft angenommen und in der Entscheidung vom 06.06.2002 i.S. IGM ./ CGM die Fortsetzung des Verfahrens beim Arbeitsgericht angeordnet.

(2) Im Hauptverfahren mit der Entscheidung vom 28.03.2006 – 1 ABR 58/04 – IGM ./ CGM hat dann das BAG entschieden, dass die CGM eine Gewerkschaft im arbeitsrechtlichen Sinn ist.

Hierzu ausführliche Besprechung der Entscheidung vom 28.03.2006 – 1 ABR 58/04 – .

**(3) Zur Mächtigkeit / Durchsetzungsfähigkeit vgl. weitere Entscheidungen in zeitlicher Reihenfolge (Auswahl)**

- **ÖTV ./.** **BTÜ (Bedienstete der technischen Überwachung); BAG vom 06.06.2000 – 1 ABR 10/99 –**
  
- **ver.di ./.** **UFO (unabhängige Flugbegleiterorganisation); BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 –**
  
- **ver.di ./.** **CGZP; Arbeitsgericht Berlin vom 01.04.2009 – 35 BV 17008/08 –; LAG Berlin – Brandenburg vom 07.12.2009 – 23 TaBV 1016/09 –; BAG vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 - (hier auch zum Begriff der Tarifgemeinschaft); die CGZG ist nämlich Tarifgemeinschaft christlicher Gewerkschaften und wurde ursprünglich von 6 C-Gewerkschaften gegründet, nämlich von CGM, DHV, GÖD, VDT, Union Ganymed und CGTT; vgl. zum Begriff der Tarifgemeinschaft auch die TdL**



### **III. Leseprogramm**

#### **1. Literatur**

- Erfurter Kommentar, Dieterich, 10 GG Art. 9 Rz 15 – 90
- Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2; Dörner, 8.1 Rz 1 – 20
- Kissel, Arbeitskampfrecht, § 4, § 7 Rz 24
- Münchener Handbuch Arbeitsrecht; Löwisch, Bd. 3, § 245
- Schaub Arbeitsrechtshandbuch, § 187 - § 191

#### **2. Rechtsprechungsübersicht**

- ältere Rechtsprechung
- neuere Rechtsprechung gem. aktuellem Stand
- FK und Fundstellen in der Seminarveranstaltung

## Teil 3

# Arbeitskampfrecht

### I. Ursache und Begriff des Arbeitskampfrecht

#### 1. Interessengegensatz

- a) **Geschichtlicher Ansatz**
- b) **Soziologischer Ansatz**
- c) **Wirtschaftlicher Ansatz**
- d) **Politischer Ansatz**
- e) **Rechtlicher Ansatz**

#### 2. Begriff

##### a) **Bundesrecht**

Es besteht keine bundesrechtliche Regelung des Arbeitskampfes

##### b) **Richterrecht**

Die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechtes ist, von Art. 9 Abs. 3 GG abgesehen, ausschließlich Richterrecht. So hat das BAG (soeben veröffentlicht zum Grundsatz der Tarifeinheit) unter dem Datum vom 07.07.2010 – 4 AZR 549/08 – entschieden, der Arbeitskampf gehöre zu den verfassungsrechtlich geschützten Mitteln, weil von ihm die Verfolgung eines wesentlichen Koalitionszwecks, der Abschluss von Tarifverträgen, abhängt. Arbeits-

**kampfmaßnahmen werden jedenfalls insoweit vom Grundrecht der Koalitionsfreiheit geschützt, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen. In anderen Fällen hat das BVerfG unter dem Datum vom 10.09.2004 – 1 BvR 119/03 – entschieden, es handele sich hier um Richterrecht und die Wissenschaft des von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern ausgeübten Drucks zur Erreichung bestimmter Ziele, wobei das Druckmittel die kollektive Störung der Arbeitsbeziehungen sei.**

**Der Gegensatz zu diesem kollektiven Druck ist der individuelle Druck.**

**Bereits 1991 hatte hierzu das BVerfG ausgeführt, die Wahl der Mittel, die Koalitionen zur Erreichung der Gestaltung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen wählten und für geeignet hielten, überlasse der Gesetzgeber über Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich den Koalitionen. Zu den geschützten Mitteln zählten Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet seien (BVerfG vom 26.06.1991 – 1 BvR 779/85 –)**

### **c) Aussperrung, Streik**

Wenn man von Arbeitskampfrecht spricht, ist dies der Oberbegriff für Aussperrung einerseits und Streik andererseits. Nachfolgend wird diese Unterscheidung durchgehalten.

## I. Arten des Arbeitskampfes

### 1. Abgrenzung nach dem Kampfziel (ohne Aussage zur Rechtmäßigkeit)

#### a) Tarifbezogene Arbeitskämpfe

Gerichtet auf Abschluss eines Tarifvertrages; Flächenstreik, Warnstreik, Erzwingungsstreik; häufigste Fälle in der betrieblichen Praxis

#### b) Betriebsbezogene Arbeitskämpfe

Gerichtet auf betriebliche Maßnahmen, wie z. B. Anbringung von Schutzvorschriften; selten anzutreffende Version des Arbeitskampfes weil §§ 74 Abs. 2 BetrVG (Neutralitätspflicht), 77 Abs. 3 BetrVG (Sperrwirkung) und die Friedenspflicht hohe Hürden errichtet haben

#### c) Arbeitsvertragsbezogene Arbeitskämpfe

Gerichtet auf Änderungen der Arbeitsbedingungen; seltene Form, insbesondere seit BAG vom 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – dort hatte eine Gewerkschaft u.a. als Kampfziel die Forderung aufgestellt, der Arbeitgeber solle auf Dauer keine betriebsbedingten Beendigungskündigungen aussprechen dürfen. Hierzu hat das BAG ausgeführt, durch die Verankerung des tariflichen Kündigungsschutzes im Einzelarbeitsvertrag finde ein von den Tarifvertragsparteien nicht mehr umkehrbarer Wechsel der Rechtsquellen statt. Zugleich würden sich die Tarifvertragsparteien insoweit dauerhaft ihrer Regelungsbefugnis begeben; wegen des Günstigkeitsprinzips des § 4 Abs. 3 TVG seien sie nicht mehr in der Lage, den in die Einzelarbeitsverträge transformierten besonderen Kündigungsschutz wieder zu beseitigen. Sie blockierten damit selbst eine spätere ablösende Normsetzung und machten der Sache nach die von Ihnen geschaffene Ordnung einer Abänderung jedenfalls zum Nachteil der Arbeitnehmer nicht mehr zugänglich.

**d) Politische Arbeitskämpfe**

Gerichtet auf Einflussnahme bezüglich politischer Entscheidungen; politische Arbeitskämpfe sind in der jüngeren Republik nicht mehr bekannt geworden. Dies hängt damit zusammen, dass Arbeitsk Kampfmaßnahmen nur dann rechtlich zulässig sind, wenn die Kampfziele vom Gegner auch erfüllbar sind.

**e) Fremdnützige Arbeitskämpfe**

Sympathie- und Solidaritätsarbeitskämpfe

Boykottaufruf

Unterstützungsarbeitskämpfe; sie wurden in der Vergangenheit überwiegend als unzulässig angesehen und waren daher kaum anzutreffen. Grund hierfür war die Voraussetzung der Rechtmäßigkeit von Arbeitsk Kampfmaßnahmen, die eine Erfüllbarkeit der Forderungen durch den Kampfgegner voraussetzten. Allerdings hat das BAG in seiner Entscheidung vom 19.06.2007 – 1 AZR 396/06 – in einer bemerkenswerten Entscheidung Unterstützungstreiks für rechtmäßig gehalten. Dies dürfte nicht haltbar sein, da der Kampfgegner bei solchen Arbeitskämpfen die Kampfforderung nicht erfüllen kann. Die Entscheidung des BAG a.a.O. ist allenfalls damit zu erklären, dass das Unternehmen in dem der Hauptkampf geführt wurde mit dem Unternehmen, in dem der Unterstützungstreik durchgeführt wurde im Verhältnis Konzernobergesellschaft zu Konzerngesellschaft verbunden waren.

**f) Angriffs- und Verteidigungskämpfe**

Streik, Aussperrung

Aussperrung, dass Kampfmittel der Arbeitgeberseite ist nur dann zu verstehen, wenn man unterstellt, die Kampfmethod e bezwecke eine Verlängerung der Arbeitsniederlegung über ein Streikende hinaus und/oder sie betreffe andere, nicht streikende Arbeitnehmer.

## 2. Abgrenzung nach dem Kampfmittel

### a) Streik

Arbeitsverweigerung ohne Kündigung  
Totale Arbeitsverweigerung  
Beschränkte Leistungsverweigerung, Dienst nach Vorschrift  
Go-sick  
Teil-, Schwerpunktstreik (Kampftaktik)  
Wilder Streik

### b) Aussperrung u. a.

Planmäßige Verweigerung von Beschäftigung und Lohnzahlung  
Lösende, suspendierende Aussperrung  
Einzelaussperrung, Verbandsaussperrung  
Teil-, Schwerpunktaussperrung  
Angriffs-, Abwehraussperrung  
Betriebsstilllegung  
Massenkündigung  
Schwarze Listen (Verhinderung der Einstellung durch andere AG)

## III. Verfassungsrechtliche Gewährleistung des Arbeitskampfes

### 1. Garantiegehalt des Art. 9 Abs. 3 GG

Nochmals: Positive Koalitionsfreiheit  
Negative Koalitionsfreiheit  
Spezifisch koalitionsgemäße Betätigung

## 2. Sinn und Zweck der Norm

Wortlaut

Verfassungsinterpretation, Sicherung des Koalitionskampfes und der verfahrensmäßig einzusetzenden Koalitionsmittel zur Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens; Durchsetzung von Gruppeninteressen; Zurverfügungstellung eines funktionsfähigen Arbeitskampfsystems

## 3. Arbeitskampffreiheit

Teilgarantien in Form von (Annexgarantien):

- Kampfeintritt
- Kampfführung
- Kampfmittel inkl. Recht zur Ausbildung neuer Arbeitskampfmittel („neue Beweglichkeit“)
- Flashmob-Aktion, hier hatte das BAG am 22.09.2009 – 1 AZR 972/08 – entschieden, eine gewerkschaftliche Aktion, bei der kurzfristig aufgerufene Teilnehmer durch den Kauf geringwertiger Waren oder das Befüllen und Stehenlassen von Einkaufswagen in einem Einzelhandelsgeschäft eine Störung betrieblicher Abläufe herbeiführen, sei im Arbeitskampf nicht generell unzulässig. Allerdings greife eine derartige Flashmob-Aktion in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Arbeitgebers ein. Ein solcher Eingriff könne aber aus Gründen des Arbeitskampfes gerechtfertigt sein.

**Hier hatte das BAG erneut Gelegenheit, die Rechtsprechung des BVerfG und seine eigene st. Rspr. zu bestärken. Danach schützt Art. 9 Abs. 3 GG als Doppelgrundrecht zum einen den Einzelnen in seiner Freiheit, eine Vereinigung zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, ihr beizutreten oder sie zu verlassen. Geschützt ist zum anderen aber auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen. Der Schutz erstreckt sich auf alle koaliti-**

tionsspezifischen Verhaltensweisen und umfasst insbesondere die Tarifautonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht. Die Wahl der Mittel, mit denen die Koalitionen die Regelung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge zu erreichen versuchen und die sie hierzu für geeignet halten, gibt Art. 9 Abs. 3 GG nicht vor, sondern überlässt sie grds. den Koalitionen selbst. Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind, werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfasst, als sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicher zu stellen. Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG ist nicht etwa von vornherein auf den Bereich des Unerlässlichen beschränkt. Der Grundrechtsschutz erstreckt sich vielmehr auf alle Verhaltensweisen die koalitionspezifisch sind (BAG a.a.O.).

#### **4. Garantie des Streiks**

Allgemeine Meinung, verfassungsrechtlicher Schutz str. Beteiligung von Außenstehern am Streik

Lösungsansatz Annexgarantie zur Tarifautonomie und daher Schutz der Koalitionen und daher nur Berechtigung der Koalitionsmitglieder; wohl kein verfassungsrechtlicher Schutz, aber rechtmäßige Teilnahme

#### **5. Garantie der Aussperrung**

str. Rechtslage

##### **a) Koalitionsparität**

BAG GS vom 21.04.1971 (BAGE 23, 292)

Zulässigkeit a. G. Verhandlungsparität und Tarifautonomie

Gleichgewicht der Kräfte



**b) Abwehraussperrung (Zusammenfassung)**

Suspendierende Abwehraussperrung ist verfassungsrechtlich garantiert;

Lösende Aussperrung unentschieden, wohl unzulässig, weil systemwidrig

**c) Angriffsaussperrung**

Unentschieden, sehr str., gewichtige Stimmen für Zulässigkeit bei gesamtwirtschaftlicher Krisenlage (Müller DB 82, Beilage 16 S. 12; Zöllner Aussperrung S. 20 ff.; Scholz in Maunz/Dürig Art. 9 GG Rz 329)

**d) Länderverfassungen**

Berlin Art. 18 Abs. 3: Streik zulässig

Saarland Art. 56 Abs. 2: Streik zulässig

Hessen Art. 29 Abs. 5: „Die Aussperrung ist rechtswidrig“ Normkonkurrenz mit Art. 9 Abs. 3 GG

**6. Verfassungsrechtliche Schranken**

**a) Schrankenvorbehalt Art. 9 Abs. 2 GG**

**b) Politischer Arbeitskampf**

Verstoß gegen verfassungsmäßige Ordnung; auch bei der Form kurzfristiger Proteststreiks (str.)

### c) Streikverbote

Art. 33 Abs. 4, 5 GG Streikverbot für Beamte

Art. 2 Abs. 2 GG Vorrang von Leben, Gesundheit, Gemeinwohl (GR-Konkurrenz)

z.B.: Krankenhäuser  
Daseinsvorsorge

Exkurs: Einsatz von Beamten auf Streikarbeitsplätzen zulässig Gegenstrategie von AG in Form von Umsetzungen zulässig

Art. 5 Abs. 1 GG Richtungstreik in Presseverlag unzulässig

## IV. Einzelne Kampfrechte und ihre Grenzen

### 1. Gewerkschaftlicher Streik

Privilegierung, Streikmonopol; folgt aus

Art. 9 Abs. 3 GG

Einbeziehung von Außenseitern, rechtmäßige Teilnahme möglich

### 2. Wilder Streik

Rechtswidrigkeit; aber nachträgliche Übernahme durch die zuständige Gewerkschaft möglich; rückwirkende Rechtmäßigkeit

### 3. Tarifvertragliches Regelungsziel

Demonstrations Arbeitskämpfe, die auf eine kollektive Meinungsäußerung zu etwaigen politischen, gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Verhältnissen gerichtet sind, und nicht der Durchsetzung tariflicher Forderungen dienen, sind unzulässig. Für die Einordnung als Maßnahme des Arbeitskampfes zur Durchsetzung tariflich regelbarer Forderungen kommt es nicht

auf die individuelle Motivation der einzelnen Teilnehmer, sondern auf das von der Gewerkschaft verfolgte Ziel an (BAG vom 22.09.2009 – 1 AZR 9728/08 –)

Tarifvertraglich regelbare Kampfziele

Rechtmäßigkeit der Regelungsziele (Differenzierungsklauseln, Organisationsklauseln etc.)

**Tarifvertragliche Regelungen, die nur Mitgliedern der tarifschließenden Gewerkschaft Rechte einräumen, werden Differenzierungsklauseln genannt. Zwei Grundmodelle lassen sich unterscheiden: Zunächst die Regelungen, die auf die individualrechtlichen Gestaltungsbefugnisse des Arbeitgebers einwirken wollen, in dem sie auf verschiedene Weise sicherzustellen versuchen, dass im Ergebnis dem gewerkschaftlich organisierten Mitarbeiter in jedem Fall mehr zusteht als demjenigen, der nicht Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft ist (qualifizierte Differenzierungsklauseln); sie sind unwirksam. Dann weniger weitgehend sog. einfache Differenzierungsklauseln, welche die Gewerkschaftszugehörigkeit des Arbeitnehmers zwar zur Voraussetzung für einen bestimmten materiellen Anspruch machen, die aber keine rechtlichen Schranken dafür aufstellen, dass der Arbeitgeber auf individualvertragliche Ebene die tariflich vorgesehene Ungleichbehandlung beseitigt.**

**Hier hatte in einer Entscheidung vom 18.03.2009 – 4 AZR 64/08 – das BAG entschieden, eine einfach Differenzierungsklausel die Mitgliedern der tarifschließenden Gewerkschaft als Ersatzleistung für den Verzicht auf die Sonderzahlungen für bestimmte Geschäftsjahre eine Ausgleichszahlung in Höhe von 535 Euro brutto vorsehe, sei rechtmäßig. Der Senat hatte es für die Rechtmäßigkeit für entscheidungserheblich gehalten, ob durch die Differenzierungsklausel die sog. negative Koalitionsfreiheit beeinträchtigt werden könnte. Sofern ein unzumutbarer Druck auf Außenseiter ausgehe, der Koalition beizutreten, um in den Genuss von tarifvertraglich begründeten Ansprüchen zu**

kommen, mache das eine Differenzierungsklausel unwirksam. Das sei im vorliegenden Fall aber noch nicht erreicht gewesen.

In der Praxis haben sich andere Methoden zur Differenzierung in Form von Tarifausschlussklauseln und Spannenklauseln/Abstandsklauseln gebildet. Bei der Tarifausschlussklausel soll dem tarifgebundenen Arbeitgeber verboten werden, die tariflich allein den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Leistung auch an Außenseiter zu erbringen; sie sind damit unwirksam. Die Abstandsklausel lässt eine solche Vereinbarung des Arbeitgebers mit den Außenseitern zu. Begründet wird diesen Fall ein zusätzlicher Anspruch für die organisierten Arbeitnehmer in Höhe der bei Tarifabschluss vorausgesetzten Differenz zwischen den Ansprüchen der Nichtorganisierten und denjenigen der durch die Differenzierungsklausel zusätzlich bedachten organisierten Arbeitnehmer (BAG a.a.O.)

#### 4. Friedenspflicht

**Befriedungsfunktion des Tarifvertrags, Laufzeit von Tarifverträgen, immanente Verpflichtung**

Die verbandsangehörigen Mitglieder sind durch die sich aus dem Verbandstarifvertrag ergebende Friedenspflicht gegen Arbeitskämpfmaßnahmen geschützt, der auf den Abschluss von Tarifverträgen über dieselbe Regelungsmaterie gerichtet ist. Die Friedenspflicht muss nicht besonders vereinbart werden. Sie ist vielmehr dem Tarifvertrag als eine Friedensordnung immanent. Der Tarifvertrag ist in seinem schuldrechtlichen Teil, zu dem die Friedenspflicht gehört, zugleich ein Vertrag zu Gunsten Dritter und schützt die Mitglieder der Tarifvertragsparteien davor, hinsichtlich der tariflich regelten Materie mit Arbeitskämpfmaßnahmen überzogen zu werden (str. Rspr. z.B. BAG vom 10.2.2002 – 1 AZR 96/02 –).

Sofern von den Tarifvertragsparteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, wirkt die Friedenspflicht nicht absolut, sondern

**relativ. Sie bezieht sich nur auf die tarifvertraglich geregelten Gegenstände. Ihre sachliche Reichweite ist durch Auslegung der tariflichen Regelungen zu ermitteln (BAG a.a.O.).**

**a) Relative Friedenspflicht**

Arbeitskampfverbot zur Neuregelung des Vertragsinhalts  
Vorbereitungsmaßnahmen, wie z.B. Urabstimmung möglich  
relative Friedenspflicht bedeutet, Arbeitskampf über nicht regelungs-  
bezogene Ziele möglich

**b) Absolute Friedenspflicht**

Jegliche Kampfmaßnahmen verboten; ausdrückliche Vereinbarung  
erforderlich, gelegentlich aus Schlichtungsabkommen ersichtlich

**c) Streik gegen Verbandsmitglied auf Abschluss eines Firmentarif-  
vertrages**

**Es war lange Zeit streitig, ob ein Verbandsmitglied mit dem Ziel  
bestreikt werden konnte, einen Firmentarifvertrag abzuschließen. Hier hat das BAG in zwei grundlegenden Entscheidungen  
nunmehr Rechtsklarheit gebracht. Die sog. Flucht in den Tarif-  
vertrag/die Flucht in den Arbeitgeberverband muss seither differenziert  
gesehen werden.**

**In einer Entscheidung vom 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – hat das  
BAG das Problem unter dem Aspekt der relativen Friedenspflicht  
gesehen. Danach gilt: Arbeitskämpfe zur Erzwingung von  
Firmentarifverträgen gegen einzelne verbandsangehörige Ar-  
beitgeber sind nicht generell ausgeschlossen. Bei der Beurtei-  
lung ihrer Rechtmäßigkeit sind die für jeden Arbeitskampf gel-  
tenden Grenzen zu beachten. Der verbandsangehörige Arbeitge-  
ber ist durch die sich aus den Verbandstarifverträgen ergebene**

**Friedenspflicht gegen die streikweise Inanspruchnahme auf den Abschluss von Firmenverträgen über dieselben Regelungsmaterie geschützt. Erkennbar abschließende verbandstarifliche Kündigungsschutzbestimmungen stehen während der tarifvertraglichen Laufzeit grds. der streikweisen Durchsetzung eines weitergehenden Kündigungsschutzes in einem Firmentarifvertrag mit einem verbandsangehörigen Arbeitgeber entgegen.**

Die Arbeitgeberseite war Mitglied im kommunalen Arbeitgeberverband NRW und wendete die dortigen Tarifverträge an; u.a. den BAT, den BMT-G II, den TVRatAng und den TVRatArb. Anlässlich einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen wurde die Schlechterstellung von Arbeitnehmern befürchtet und eine Kündigungsschutzregelung verlangt. Diese verstieß allerdings gegen die Kündigungsregelungen in den vorgenannten Tarifverträgen, die zum Zeitpunkt des Streiks nicht gekündigt waren. Hierin lag ein Verstoß gegen die Friedenspflicht. Die Arbeitgeberseite machte ca. 6 Mio. DM Schadenersatz gelten.

**In einer weiteren Entscheidung vom 24.04.2007 – 1 AZR 252/06 – hat das BAG diese Rechtsmeinung nochmals verdeutlicht und ausgeführt, ein Arbeitgeberverband könne von einer Gewerkschaft nicht verlangen, Aufrufe zu Streiks zu unterlassen, mit denen der Abschluss eines firmenbezogenen Verbandstarifvertrages zu Gegenständen erstrebt wird, die zur gleichen Zeit Inhalt von Verhandlungen der Parteien über einen Flächentarifvertrag sind. Den Koalitionen stehe nämlich im Rahmen der ihnen verfassungsrechtlich verbürgten Tarifautonomie bei der Festlegung des Geltungsbereichs eines Tarifvertrages ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Dies gelte nicht nur im Hinblick auf den erfassten Arbeitnehmerkreis, sondern auch für die Festlegung der betroffenen Unternehmen. Aus Art. 9 Abs. 3 GG folge nicht, dass die Gewerkschaft nur Tarifverträge fordern könnte, die für alle Verbandsmitglieder gelten sollten.**

**Diese grundlegende Entscheidung, mit der es auch für zulässig geachtet wurde zum Streik um einen Firmentarifvertrag auch während der Verhandlungen in einer Einigungsstelle gem. § 111 BetrVG aufzurufen, wird ausführlich in der Vorlesung besprochen.**

## **5. Übermaßverbot**

### **a) Ultima-ratio-Prinzip**

Verhandlungen; Scheitern der Verhandlungen; Schlichtungsverfahren

### **b) Tarifgebiet als Kampfgrenze**

Flächentarifvertrag, Firmentarifvertrag

### **c) Gebot fairer Kampfführung**

Erhaltungsarbeiten

Notdienstvereinbarungen

Verhalten gegenüber Arbeitswilligen („Streikbrecher“)

Zulieferungsblockaden unzulässig

Unzulässige „Betriebsbesetzung“

## **6. Warn-, Erzwingungsstreik**

### **a) Warnstreikurteile**

Ablauf der Friedenspflicht zur Unterstützung von Tarifvertragsverhandlungen; „milder Druck“ zur Verkürzung der Tarifvertragsverhandlungen; Ankündigung des flächendeckenden oder punktuellen Erzwingungsstreiks; vor dem Scheitern Warnstreik; nach dem Scheitern Erzwingungsstreik

## **b) Satzungsmäßigkeit von Streiks**

Arbeitskampfrichtlinien des DGB

- Beschluss zur Urabstimmung
- Urabstimmung
- Streikbeschluss
- Streikbefehl
- Streikleitung

Rechtmäßigkeit nur bei Urabstimmung str.

## **7. Abwehraussperrung**

### **a) Suspendierende Abwehraussperrung**

h. M. Zulässigkeit

### **b) Firmentarifvertrag**

Ausweichen in „Separatfrieden“ als Alternative

### **c) Abwehr von Warn- und Kurzstreiks**

Übermaßverbot nur bei unterschiedlicher Länge (1/2: halber Tag wohl zulässig)

### **d) Tarifgebiet**

Übermaßverbot bei Ausweitung über Tarifgebiet

### **e) Zahlenschlüssel**

**Aussperrungsquoten**

- **weniger als 25 % Streikteilnehmer, bis zu 25 % Aussperrung weiterer AN möglich**



- **mehr als 25 % Streikteilnehmer bis zu 50 % Aussperrung weiterer AN möglich**
- **50 % Streikteilnehmer oder mehr, keine Aussperrung möglich (BAGE 33, 140; 48, 195; 71, 99)**  
**keine selektive Aussperrung von Gewerkschaftsmitgliedern möglich**

#### **f) Satzungsmäßigkeit**

Verbands-, Einzeltarifvertrag

Wilde Aussperrung (Einzelunternehmen bei Verbandstarifvertrag) ist rechtswidrig

Richtlinien der Arbeitgeberverbände z. B. Arbeitskampf-RiLi

Gesamtmetall; rechtliche Beurteilung wie oben 6 b

#### **g) Streikbruchprämien**

Verstoß gegen Maßregelungsverbot nach Beendigung des Arbeitskampfes

### **Leseprogramm**

- Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht; Kalb, Bd. 2, 8.2 Rz 1 – 267
- Kissel, Arbeitskampfrecht, §§ 14, 24 25, 30, 32, 35, 37
- Münchener Handbuch Arbeitsrecht; Otto. §§ 281 – 287
- Schaub, Arbeitsrechtshandbuch §§ 192 – 193 Rz 59

### **Rechtssprechungsübersicht**

- ältere Rechtsprechung
- neuere Rechtsprechung gem. aktuellem Stand  
FK und Fundstellen in der Seminarveranstaltung

## V. Rechtsfolgen des rechtmäßigen Streiks

### 1. Suspendierung

#### a) Keine Vertragsverletzung

Wegen der Rechtmäßigkeit kommen, von Ausnahmen abgesehen, keine Vertragsverletzungen, also insbesondere keine Schadensersatzansprüche in Betracht

#### b) Notstands- und Erhaltungsarbeiten

Keine Pflicht zur Arbeitsleistung, jedoch Notstands- und Erhaltungsarbeiten

#### c) Vergütungspflicht

Wegfall

Exkurs: Streikgeld gemäß Satzung  
Sozialhilfe; Lohnersatzleistungen der BA

#### d) Hauptpflichten/Nebenflichten

Hauptpflichten sind suspendiert; Nebenflichten wie z. B. Verschwiegenheit, Unterlassung von Wettbewerb etc. bleiben bestehen

#### e) Arbeits- und sozialrechtliche Anwartschaften Erhalt; insbesondere Dauer der Betriebszugehörigkeit, Betriebsrenten

Gratifikationsansprüche bleiben erhalten  
Anders Anwesenheitsprämien, 13. Monatsgehalt

**f) Urlaub**

Keine Kürzung von Dauer und Höhe des Urlaubsentgelts

Ist Urlaub für die Streikdauer schon genehmigt, bleibt Urlaubsentgelt erhalten

Ansonsten kein Urlaubsanspruch während des Arbeitskampfes

**g) Krankheit**

Wegen des Lohnausfallprinzips kein Entgeltfortzahlungsanspruch während des Streiks

**h) Feiertage**

Wegen Lohnausfallprinzip wie g)

**i) Kündigung**

AN ist stets zur Kündigung berechtigt, auch während des Streiks

AG hat wegen der Rechtmäßigkeit keinen Kündigungsgrund; anders jedoch, wenn AN rechtswidrige Handlungen im Arbeitskampf begehen, z.B. Sachbeschädigung, Körperverletzung etc.

**j) Weiterbeschäftigung, Wiedereinstellung**

Nach Ende der Suspendierung Weiterbeschäftigung bzw. Wiedereinstellung bei Kündigung; Maßregelungsverbot; Vereinbarungen nach Streikende

**2. Arbeitskampfrisiko**

Vergleiche Grundsätze des Betriebsrisikos

## **VI. Rechtsfolgen der rechtmäßigen Aussperrung**

### **1. Suspendierung**

Wie oben V 1

### **2. Aussperrung in Sonderfällen**

#### **a) Werdende Mütter**

Aussperrung möglich; kein Zuschuss zum Mutterschaftsgeld gemäß § 14 MuSchG

#### **b) Erkrankte und schwerbehinderte Arbeitnehmer Aussperrung möglich**

#### **c) Betriebsratsmitglieder**

Aussperrung möglich

#### **d) Bewilligter Urlaub**

Ist zu gewähren und Urlaubsentgelt zu bezahlen

## **VII. Rechtsfolgen des rechtswidrigen Streiks**

### **1. Folgen für die Arbeitsvertragsparteien**

#### **a) Keine Suspendierung**

Nur rechtmäßige Arbeitskämpfe haben suspendierende Wirkung; d.h. Pflicht zur Arbeitsleistung bleibt erhalten; Leistungsklage möglich; Anspruch des Arbeitgebers auf Unterlassung und Beseitigung; Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung möglich

**b) Wegfall des Vergütungsanspruchs**

Leistet der Arbeitnehmer trotz Aufforderung nicht, entfällt der Vergütungsanspruch

**c) Urlaub**

Keine Auswirkung auf Wartezeit

Auswirkungen auf Höhe des Urlaubsentgelts wegen § 11 Abs. 1 BurlG, d. h. sofern kein Vergütungsanspruch besteht, folgt Kürzung des Urlaubsentgelts

**d) Feiertage**

Kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung

**e) Haftung**

- Vertragliche Haftung gemäß §§ 280 ff. BGB Arbeitsleistung ist regelmäßig nicht nachholbar; wenn doch, kein Schadensersatzanspruch Vorsatz, Fahrlässigkeit beachten, Rechtsirrtum möglich
- Deliktische Haftung  
Unerlaubte Handlung gemäß § 823 Abs. 1 BGB, Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

**f) Kündigung**

Verhaltensbedingtheit; Abmahnung; Interessenabwägung; Häufig jedoch Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien nach Ende des Arbeitskampfes

## 2. Folgen für die Verbände

### a) Unterlassungsanspruch,

Einwirkungspflichten

Immanente Pflichten; §§ 823, 1004 BGB

### b) Schadensersatz

Verstoß gegen Schuldrechtlichen Teil des TV möglich (Friedenspflicht)

Unerlaubte Handlung § 823 Abs. 1 BGB

Anspruchsberechtigt einzelner Arbeitgeber;

Prozessstandschaft des Verbandes möglich

## VIII. Rechtsfolgen der rechtswidrigen Aussperrung

### 1. Folgen für die Arbeitsvertragsparteien

#### a) Beschäftigungs- und Vergütungspflicht

Wie oben VII 1)

#### b) Schadensersatz

Entsprechend oben VII 1, 2

#### c) Kündigungsrecht des Arbeitnehmers

Außerordentliche Kündigung denkbar wegen Vertragsbruch

### 2. Folgen für die Verbände

Entsprechend oben VII 2

## **Leseprogramm**

- Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht; Kalb, Bd. 2, 8.2 Rz 268 – 342
- Kissel, Arbeitskampfrecht, §§ 47, 58
- Münchener Handbuch Arbeitsrecht; Otto. Bd. 3, §§ 288 – 291, 293
- Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, §§ 193, 194

## **Rechtssprechungsübersicht**

- ältere Rechtsprechung
- neuere Rechtsprechung gem. aktuellem Stand  
FK und Fundstellen in der Seminarveranstaltung

## Teil 4

# Tarifvertragsrecht

In Teil I. und II. erfolgen nachstehend im Wesentlichen Wiederholungen zur bisherigen Vorlesung. Die Redundanz ist gewollt. Die Studierenden sind gebeten, über ihren bisherigen Wissensstand zu reflektieren.

### I. Rechtsgrundlagen des Tarifvertrages (TV)

#### 1. Nochmals zur Wiederholung

- Kollektive Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 III GG
- Positive / negative Koalitionsfreiheit
- Bestandsgarantie
- Betätigungsgarantie
- Tarifautonomie

#### 2. Gesetzgebungskompetenz und Tarifautonomie

Konkurrenzverhältnis zwischen formellem Recht und TV

- a) Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Nr.12 GG mit abschließender Regelung für das Arbeitsrecht
- b) Tarifdispositives, zwingendes Recht
- c) Gesetzgeber muss den TV-Parteien ausreichend großes Feld von Arbeitsbedingungen überlassen, damit sie von ihrer Betätigungsgarantie Gebrauch machen können.



Beispiele:

- BUrlG ./ TV
- AZG ./ TV
- § 622 BGB ./ TV
- Rahmenbedingungen

### 3. Stellung und Systematik des TVG

- a) Ordnungspolitische Aspekte
- b) Sperrwirkung des § 77 III BetrVG  
keine Sperrwirkung für Angelegenheiten gem. § 87 BetrVG bei Tarifüblichkeit; Sperrwirkung nur bei Bestehen eines TV
- c) Überblick über das TVG

## II. Tarifvertragsparteien

### 1. Tariffähigkeit

#### a) Definition; Begriffserläuterung

§ 2 I TVG nennt nur die TV-Parteien. Es fehlt Definition für Tariffähigkeit.

Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit werden vorausgesetzt  
Konkretisierung durch Rechtsprechung und Lit.

#### b) Rechtsprechung

BVerfGE 20, 312,313

Tariffähigkeit bedeutet Fähigkeit, durch Vereinbarung mit dem sozialen Gegenspieler u.a. Arbeitsbedingungen des Einzeltarifvertrages mit der Wirkung zu regeln, dass sie für die tarifgebundenen Personen unmittelbar und unabdingbar wie Rechtsnormen gelten.

Vgl. ferner die bisher besprochenen BAG Entscheidungen

**c) Staatliche Delegation**

Recht im materiellen Sinn; das heißt die Tarifvertragsparteien schaffen Recht, das zwar mit dem Recht im formellen Sinn nicht auf einer Rangstufe steht, aber gesetzesgleich zwischen den Tarifgebundenen gilt. Daraus erklärt sich auch der hohe Anspruch, der an die Tariffähigkeit gestellt wird.

**d) Bedeutung des TV-Systems**

Bedeutung für Tariffähigkeit; Bedeutung für Tarifvertragsparteien; gesellschaftliche Bedeutung, insbesondere ordnungspolitische Funktion

**e) Tariffähigkeit und Rechtsfähigkeit**

**Einzelheiten sehr strittig (vgl. z.B. Wiedemann / Stumpf § 2 RZ 8 m.w.N.); in der Entscheidung vom 28.03.2006 (1 ABR 58/04) hat das BAG unter der Rz. ausgeführt, die Versagung der Tariffähigkeit führe nicht zur Geschäftsunfähigkeit der betreffenden Arbeitnehmervereinigung. Sofern sie Rechtsfähigkeit besitze, könne sie mit einem Arbeitgeber oder mit einem Arbeitgeberverband schuldrechtliche Vereinbarung, sog. Koalitionsvereinbarungen schließen. Daraus wäre zu schließen, dass die Tariffähigkeit mit der Geschäftsfähigkeit nicht gleichzusetzen ist. Ob diese wohl als obiter dictum verstandene Rechtsausführung so beibehalten werden kann, ist zumindest fraglich. Denn zumindest im Bereich des Tarifrechtes kann die Tariffähigkeit durchaus in etwa mit der Geschäftsfähigkeit gleichgesetzt werden. Das bedeutet im Ergebnis, dass Tarifverträge, die von einer nicht tariffähigen Gewerkschaft abgeschlossen werden, unwirksam sind. Die Grundsätze des sog. faktischen Vertrages**

**könne hier deswegen nicht zur Anwendung kommen, weil es sich hier nicht um Individualarbeitsrecht handelt sondern um Recht im materiellen Sinn. Vgl. dazu die Besprechung in der Vorlesung zu den Rechtsfolgen für den Fall der Tarifunfähigkeit von CGZP.**

Eine Heilung ist nicht möglich; eine Gut-Glaubens-Regelung existiert nicht.

**f) Tariffähigkeit auf AN-Seite unterschiedliche Beurteilung auf AN- und AG-Seite** (Zur Wiederholung wird – Redundant – zur Tariffähigkeit auf die bisherigen BAG-Entscheidungen verwiesen)

aa. Gewerkschaft; keine Legaldefinition i.S.v. Art. 9 III GG

bb. Freiwilliger Zusammenschluss  
Gründung, Eintritt, Austritt

cc. Demokratische Organisationsstruktur  
Abstimmungen, Wahlen

dd. Verbandszweck  
Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen  
Keine erwerbswirtschaftliche Orientierung

ee. Mächtigkeit  
Ausreichende Stärke für Tarifauseinandersetzungen und TV-Abschluss, auch Gegenmacht genannt

- Dauerhafte Organisation  
Rechtsform des nicht-rechtsfähigen Vereins ist von Rspr. akzeptiert (Arg.: § 2 I TVG)
- Körperschaftliche Struktur

keine Bestandsgefährdung durch Mitgliederwechsel

- Ad-hoc-Koalitionen sind nicht tariffähig
  - Leistungsfähigkeit  
Ausreichend finanzielle Mittel; Sachmittel, Personalausstattung; Binnenstruktur; Organisation
  - Organisationsgrad als Indiz
  - Tarifabschlüsse  
Wille zum Tarifabschluss
  - Umstände des Abschlusses  
Initiative für TV-Verhandlungen  
Anzahl von Abschlüssen  
Anschluss-TV; Gefälligkeits-TV; Schein-TV
  - Arbeitskampfbereitschaft  
Alte Rspr., ja, Voraussetzungen  
Neue Rspr., nein, BVerfGE 18,18, 26  
BVerfG: Verein Katholischen Hausgehilfinnen und Hausangestellten;  
Natürliche Gegensätze treten zurück, weil auch Aussperrung nicht vorstellbar sei.  
Für Erwerbswirtschaft wird aber auch vom BVerfG die Kampfwilligkeit nicht in Frage gestellt.
- ff. Unabhängigkeit
- keine personellen oder wirtschaftlichen Verflechtungen mit dem sozialen Gegenspieler; keine Harmonieverbände
- Gegnerunabhängigkeit

Problem der Finanzierung von Seminarveranstaltungen;  
nicht § 40 BetrVG

- Unabhängigkeit von Staat und anderen Organisationen
  - Organisation abhängig Beschäftigter
- gg. Anerkennung des geltenden Tarif- und Schlichtungsrechts  
z.B. Friedenspflicht
- hh. Beispiele aus Rspr. und Praxis in Ergänzung und Abrundung  
der bisherigen aktuellen Entscheidungen sind aus der Rechtsprechung  
insbesondere folgenden Fälle bekannt geworden.
- Deutscher Arbeitnehmerverband (DAV); Zuständig für Industrie, Handel, priv. und öff. Dienstleistungsbereich;  
14.300 Mitglieder bundesweit; 3 hauptamtliche Sekretäre;  
keine Tariffähigkeit (BVerfGE 58, 233)
  - Deutsche Hausfrauengewerkschaft (DHG);  
Nur Hausfrauen und Mütter; zuständig für sozialversicherungsrechtliche Fragen; keine Tariffähigkeit
  - Verband Land- und Ernährungswirtschaftlicher Berufe (A-LEB); tariffähig, weil vielfach Tarifverträge abgeschlossen waren
  - Vereinigung Cockpit (VC)  
BAG AP Nr. 39 zu § 2 TVG; tariffähig
  - Deutscher Hausfrauenbund

- Verband der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie; 7.600 Mitglieder; 50% Organisationsgrad; Tariffähigkeit ja; BAG, AP Nr. 32 zu § 2 TVG
- CGZP; Entscheidung des BAG am 14.12.2010; siehe Exkursion nach Erfurt

**g) Tariffähigkeit auf AG-Seite**

weniger strenge Anforderungen

- aa. Der einzelne AG ist stets tariffähig.  
Größe unbeachtlich; Konzern str.  
Fähigkeit zum Abschluss von Firmen-TV bleibt bestehen.  
Verbandsmitgliedschaft hat faktischen Frieden zur Folge; Arbeitskampf zur Durchführung eines Firmen-TV bleibt bestehen; evtl. Verstoß gegen die Friedenspflicht; Ergänzungs-TV z.B. zur Standortsicherung, bei Privatisierung oder Unternehmensübergängen (BAG vom 10.12.2002 1AZR 96/02)
- bb. Koalitionsbegriff i.S.v. Art. 9 III GG
- cc. Freiwilliger Zusammenschluss
- dd. Tarifpolitische Interessenvertretung  
Problem der OT-Verbände  
siehe oben
- ee. Gegnerunabhängigkeit
- ff. Arbeitskampfbereitschaft nicht erforderlich, da der Verband zur Interessenvertretung Kampfmittel nicht einsetzen muss
- gg. Mächtigkeit gegeben; argumentum e fortiori: wenn schon AG tariffähig, dann auch Zusammenschluss von AG.

hh. Demokratische Organisation (wie Gewerkschaften oben g)  
cc.

ii. OT-Verbände

Ziel der OT-Verbände / OT-Mitgliedschaft

- Aufteilungsmodell

- Stufenmodell

#### **h) Spitzenorganisationen**

aa. Begriff; Beispiele aus der Praxis

- DGB

- CGB

- BDA

bb. AN-Seite / AG-Seite

- Vollmacht Abs. 2

- Satzung Abs. 3

cc. kein Verlust der Tariffähigkeit bei den Verbandsmitgliedern

#### **i) Gesetzliche Verteilung der Tariffähigkeit**

- Handwerksinnungen, Innungsverbände  
§§ 53, 54, 82, 85 HandwO, ja

- Kreishandwerkerschaften §§ 86 ff. HandwO, nein

- Handwerkskammern §§ 90 ff. HandwO, nein

**j) Verlust der Tariffähigkeit**

- aa. Auflösung, Verlust einzelner Tariffähigkeitsvoraussetzungen, endgültige Liquidation
- bb. Rechtsfolgen gesetzlich nicht geregelt
- cc. Niemals sofortige Beendigung, Nachwirkung gem. § 4 V TVG  
Im Liquidationsstadium handelt Insolvenzverwalter / Abwickler.

**k) Streitigkeiten / Beschlussverfahren**

§§ 2a I Nr. 4, 97 ArbGG  
Aktuelle Rspr.

**2. Betriebliche Bündnisse; Zulässigkeit**

**a) Begriff, Entwicklung**

Unter dem Begriff der Betrieblichen Bündnisse, auch Betriebliche Bündnisse für Arbeit genannt, werden Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat verstanden, auf Grund derer Arbeitnehmer auf Rechte verzichten und im Gegenzug dazu eine Arbeitsplatzgarantie erhalten. Betriebliche Bündnisse für Arbeit werden regelmäßig geschlossen, um Kostensenkungen herbeizuführen und betriebliche Standorte zu sichern.

Die Vertragspartner von solchen Bündnissen nehmen für sich in Anspruch, auf Grund der Sachnähe genauere Kenntnisse über die wirtschaftliche Lage von Betrieben zu haben als dies bei den Tarifvertragsparteien vermutet wird.

Betriebliche Bündnisse für Arbeit wurden bis zum Jahr 1999 im gro-



ßen Umfang geschlossen, unterliegen seit der Entscheidung des BAG vom 20.04.1999 – 1 ABR 72/98 – dem Verdikt der Unzulässigkeit und werden mit oder ohne Duldung der Tarifvertragsparteien weiterhin praktiziert.

**b) Die BURDA-Entscheidung vom 20.04.1999 – 1 ABR 72/98 –**

- aa. Es erfolgt eine ausführliche Darstellung des Sachverhalts in der Seminarveranstaltung. Im Wesentlichen wurde zur Erhaltung des Standortes Offenburg bei der Firma BURDA zwischen Geschäftsführung und Betriebsrat vereinbart, man wolle in einem gemeinsamen Schreiben an die Belegschaft das Einsparpotenzial für die Erhaltung des Standortes darstellen und um Zustimmung zu einer Reduzierung der tariflichen Leistungen auffordern um im Gegenzug dazu eine ca. 5 jährige Beschäftigungssicherheit zu geben. Die damals zuständige Gewerkschaft sah darin im Wesentlichen einen Fall des § 23 Abs. 3 BetrVG, eine Verletzung von § 77 Abs. 3 BetrVG und einen Eingriff in ihre Tarifautonomie. Gestützt auf die Anspruchsgrundlage §§ 823, 1004 BGB erhob sie im Beschlussverfahren Antrag auf Unterlassung.
- bb. **Das BAG hat a.a.O. entschieden, die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG betreffe nur Betriebsvereinbarungen und nicht Regelungsabreden und vertragliche Einheitsregelungen.**

**Aber auch eine vertragliche Einheitsregelung, die das Ziel verfolgt, normativ geltende Tarifbestimmungen zu verdrängen, ist geeignet, die Tarifvertragsparteien in ihrer kollektiven Koalitionsfreiheit, wie sie durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt ist, zu verletzen. Das liegt insbesondere dann nahe, wenn ein entsprechendes Regelungsziel zwi-**

**schen Arbeitgeber und Betriebsrat in Form einer Regela-  
bungsabrede vereinbart wird.**

**Das BAG hat a.a.O. weiter ausgeführt, einer betroffenen  
Gewerkschaft stehe ein Unterlassungsanspruch entspre-  
chend § 1004 BGB zu. Das sei ständige Rspr. des Ge-  
richts. Die Gewerkschaft könne auch verlangen, dass der  
Arbeitgeber die Durchführung einer vertraglichen Ein-  
heitsregelung unterlasse.**

**Das BAG hat a.a.O. an seiner Rspr. zum Sachgruppen-  
vergleich festgehalten. Es hatte sich nämlich die Frage  
gestellt, ob es gem. § 4 Abs. 3 TVG eine für die Arbeit-  
nehmer günstigere Regelung ist, eine mehrjährige Be-  
schäftigungsgarantie zu erhalten und dafür auf tarifliche  
Rechte, wie hier z.B. Antrittsgelder, Überstundenzahlun-  
gen, Weihnachtsgelder pp. zu verzichten. Im Lichte des  
Sachgruppenvergleichs hatte das BAG diesen Günstig-  
keitsvergleich nicht zugelassen, weil so wörtlich „Äpfel  
nicht mit Birnen“ verglichen werden könnten.**

**Mit dieser Rspr. wurde vielfach das Aus von Betriebli-  
chen Bündnissen für Arbeit festgestellt.**

Gleichwohl werden nach gesicherter Erkenntnis und sozial-  
empirischer Erhebungen in der BRD weiterhin Betriebliche  
Bündnisse für Arbeit praktiziert. Zwar hat sich deren zahlen-  
mäßiger Umfang verringert, er kann aber gleichwohl derzeit  
mit einigen hundert Vereinbarungen beziffert werden.

## **Leseprogramm**

- Däubler, Tarifvertragsrecht, Rz 26 – 48
- Däubler, TVG, § 2 Rz 1 – 163
- Kempen / Zachert, § 2 Rz 1 – 107
- Löwisch / Rieble, § 2 Rz 1 – 86
- Wiedemann / Stumpf § 2 Rz 1 – 23

## **Rechtssprechungsübersicht:**

- ältere Rechtsprechung
- neuere Rechtsprechung gem. aktuellem Stand  
FK und Fundstellen in der Seminarveranstaltung

## **III. Inhalt und Form des TV**

### **1. Vertragsparteien**

Vgl. dazu § 2 TVG und Teil 4. II

### **2. Vertragsabschluss**

#### **a) Vertragsdogmatische Grundlagen**

Der Tarifvertrag ist zwar Recht im materiellen Sinn, auf seine Entstehung kommen jedoch die Rechtsdogmatischen Grundsätze der §§ 145 ff. BGB zur Anwendung. Das heißt nichts anderes, als dass ein Tarifvertrag durch Antrag und Annahme geschlossen wird. Ob sämtliche Einzelheiten der §§ 145-155 BGB zur Anwendung kommen, ist rein akademischer Natur. Dies kann hier dahinstehen, denn Tarifverträge werden üblicherweise unter Anwesenden geschlossen, wobei das Prinzip der Willenseinigung besteht.

In einer Entscheidung vom 05.07.2006 – 4 AZR 381/05 – hat das BAG ganz im Sinne der zivilrechtlichen Vertragsdogmatik entschieden, dass auf Grund eines Vorvertrags die Verpflichtung zum Tarifvertragsabschluss bestehen könne. Im Sachverhalt haben die großen Tarifkommissionen der AWO und der Ver.di dem Ergebnis von Tarifvertragsverhandlungen zugestimmt. In einem Protokoll haben sie festgehalten: „Beide Verfahrenspartner vereinbaren, nunmehr unverzüglich das Unterschriftenverfahren einleiten zu wollen“. Von 4 Tarifverträgen wurde einer versehentlich nicht unterzeichnet. Diese fehlende Willenserklärung musste gerichtlich durchgesetzt werden. Das BAG hat hierzu a.a.O. Rz. 35 ff. ausgeführt, es liege ein zivilrechtlicher Vorvertrag vor in dem sich die Tarifvertragsparteien zum Abschluss eines Tarifvertrages verpflichtet hätten. Ein solcher Vorvertrag sei nach den Grundsätzen der Vertragsfreiheit und der Koalitionsfreiheit unbedenklich zulässig.

## **b) Vertreterhandlungen**

Vertreterhandlungen finden gem. §§ 146 ff. BGB statt. Tarifverträge dürfen gem. § 1 Abs. 2 TVG der Schriftform. Die Schriftform hat hier konstitutive Wirkung, so dass eine Wirksamkeitsvoraussetzung vorliegt. Es gilt §§ 126, 126a BGB. Tarifverträge werden üblicherweise von den sog. Verhandlungskommissionen ausgehandelt und regelmäßig parafiert. Sodann wird die Zustimmung der jeweils bei den Hauptverwaltungen gebildeten Großen Tarifkommission eingeholt und wenn diese erteilt ist, die Willenseinigung vorgenommen. Danach werden meist in sog. Formulierungskommissionen die Wortlaute der Tarifverträge generiert. Eine Unterzeichnung erfolgt dann durch die satzungsgemäßen Vertreter.

**c) Schlichtungsverfahren**

Phänomenologie

Verbindlichkeit / Empfehlung des Spruchs

Keine Zwangsschlichtung

**3. Rechtsnatur**

**a) Gesetz**

Einheitliche Auffassung: Gesetz im materiellen Sinn; Wirkung als Rechtsnorm

**b) Systematik**

Zuordnung zum Privatrecht (h. M.)

**c) Delegationstheorie**

Tarifautonomie beruht auf staatlicher Normsetzungsdelegation

**4. Beendigung**

**a) Befristung**

**b) Auflösende Bedingung**

z.B. Laufzeit bis zur Geltung eines neuen TV

**c) Aufhebungsvertrag**

#### **d) Kündigung**

Meist Mindestlaufzeit mit Kündigungsfrist und Verlängerungsklausel.  
Teilkündigung nicht möglich, nur bei ausdrücklicher Vereinbarung.  
Außerordentliche Kündigung denkbar, Ausnahme

Bsp: ao Kündigung der TV in der Metall- und Elektroindustrie in  
den neuen Bundesländern 1993 (einseitige Fehlerprognose)  
Kündigungserklärung gem. allgemeinen Vorschriften

### **5. Form**

#### **a) Vertragsdogmatische Grundlagen**

§§ 126, 126a BGB

§ 127 BGB findet nur auf rechtsgeschäftlich vereinbarte Formvorschriften Anwendung. Das heißt, Tarifverträge können nicht durch Briefwechsel, Telegramme oder Telefaxe begründet werden. Es kommt nur die Schriftform nach § 126 BGB oder die elektronische Form nach § 126a BGB in Betracht.

#### **b) Nichtigkeit**

§ 125 BGB; Umdeutung in Vorvertrag möglich, § 140 BGB

#### **c) Zweck**

### **6. Normativer Teil, schuldrechtlicher / obligatorischer Teil**

#### **a) Trennung**

Erkennbarkeit; aus § 1 TVG ist die Trennung deutlich zu entnehmen.  
Die Regelung von Rechten und Pflichten der Tarifvertragsparteien stellt den schuldrechtlichen Teil dar. Die Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen

sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen ordnen bilden den normativen Teil.

## **b) Normative Regelung**

aa. Inhalt der Arbeitsverhältnisse Tarifgebundener wird unmittelbar und zwingend geregelt.

bb. Arten

- Inhaltsnormen  
Vergütung, Arbeitszeit, Urlaub etc.
- Abschlussnormen  
Verfahren bei Vertragsabschluss, Befristung
- Beendigungsnormen  
Kündigungsverfahren, Fristen, Schutz besonderer AN

## **c) Sonderfall betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Regelungen**

Im Gegensatz zu § 3 II TVG ist keine Tarifgebundenheit erforderlich; Geltung für den ganzen Betrieb / Unternehmen

Bsp: Rauchverbot  
Parkplatznutzung  
Arbeitskleidung

## **d) Schuldrechtlicher Teil**

Normen, die Rechtsverhältnisse der Tarifvertragsparteien regeln  
Durchführungs- und Friedenspflicht  
Kündigungsverfahren, Fristen

## 7. Verwandte Formen

### a) Protokollnotizen

Unterscheidung; Protokollnotizen haben unterschiedliche Bedeutung. So ist für Protokollnotizen der Tarifvertragsparteien anerkannt, dass sie eine tarifliche Regelung darstellen können, dass ihnen aber andererseits auch nur die Bedeutung einer authentischen Interpretation des Tarifvertrages oder eines bloßen Hinweises auf Motive der Tarifvertragsparteien zukommen kann. Wie es sich insoweit verhält, ist durch Auslegung der Protokollnotiz des von ihr betroffenen Tarifvertrags zu ermitteln (BAG vom 09.12.1997, 1 AZR 330/97). Zuletzt hat das BAG in der Entscheidung vom 24.03.2010 – 4 AZR 727/08 – unter Rz. 17 einer Protokollnotiz die Rechtsqualität eines materiellen Bestandteils des Tarifvertrages zuerkannt, nachdem die gesetzliche Schriftformerfordernis eingehalten war.

#### aa. Verbindliche Vereinbarung

Rechtsnatur wie TV, Tarifcharakter

Auslegung, deutliches Indiz: konkrete materiellrechtliche Regelung

#### bb. Auslegungshilfe

#### cc. Bsp. Protokollnotizen im BAT/TVöD

### a) Ergebnisniederschriften

Rechtsnormqualität str.; Behandlung wie a)

### b) Rundschreiben

Einseitig erlassene, gemeinsame haben keine Rechtsnormqualität



## 8. Tarifvertragsarten

### a) **Verbands-TV**

Zentrales Element in der BRD

Tarifbezirke

Wegen der bundesweiten oder regionalen Geltung auch Flächen-TV genannt.

### b) **Firmenbezogene Verbands-TV**

Geltung nur für ein Unternehmen

Vertragsparteien sind AG-Verband und Gewerkschaften; vgl. dazu die besprochene Entscheidung vom BAG vom 24.04.2007 – 1 AZR 252/06 –

### c) **Firmen-TV**

Geltung nur für ein Unternehmen

Auch Werks-, Unternehmens- oder Haus-TV genannt

Originärer Inhalt oder Anerkennungs-TV

Vertragspartner sind AG und Gewerkschaft

### d) **Mehrgliedriger TV**

Auf einer oder auf beiden Seiten mehrere Parteien

Entstehung auch durch Anschluss

### e) **Vergütungs-TV**

Zentraler Regelungsgegenstand ist Höhe des Arbeitsentgelts

- Entgelt statt Lohn und Gehalt
- Lohn- und Gehaltsgruppen

- Ecklohn (gelernter AN, 100%, 7 Jahre Berufserfahrung)  
Grundlohn für Bestimmung der anderen Entgeltgruppen  
Differenzierungen
- Stufen-TV  
zeitlich gestaffelte Anhebung der Vergütung
- Leistungslohn / Akkordlohn / Zeitlohn
- Einstiegstarife für Neueinstellungen
- Entgeltkorridore

**f) Mantel-TV**

Keine Regelung der Entgelthöhe

Regelungsinhalte häufig Arbeitszeit, Urlaub, Kündigung

- IRWAZ (individuelle wöchentliche Arbeitszeit)
- KAPOVAZ (Kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit)
- Arbeitszeitkonten
- Arbeitszeitkorridore
- Mehrarbeit
- Kurzarbeitszeit

**g) Sonder-TV**

- Altersteilzeit
- Vermögenswirksame Leistungen
- Beschäftigungssicherung
- Baugewerbe: Sozialkassen

**h) Vorstellung von Tarifverträgen**

Hier erfolgt die Vorstellung einer Reihe von Tarifverträgen PDB; die Seminarteilnehmer berichten selbst über die von ihnen gesammelten Tarifverträge. Sie stellen zunächst die Art des Tarifvertrages vor, be-

nennen die Tarifvertragsparteien, berichten in großen Zügen über den Inhalt, getrennt nach schuldrechtlichem und normativem Teil.

**i) Bericht des BMAS, tarifvertragliche Arbeitsbedingungen**

Hier erfolgt eine Besprechung der letzten Ausgabe des Referats III. A. 3.

**j) Verzeichnis der für allgemein erklärten Tarifverträge**

Bericht über das Ergebnis von Referat III. a. 8. in der neusten Version vom 01. Oktober 2010

**9. Rechtsqualität**

Es geschieht immer wieder, dass auf Arbeitnehmerseite Gewerkschaft und BR/GBR ein mit der Arbeitgeberseite ausgehandeltes Regelwerk gemeinsam unterzeichnen. Es kann dabei die Frage entstehen, ob es sich dann um einen Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung handelt. Zu dieser Entscheidung hat das BAG im Urteil vom 15.04.2008 – 9 AZR 160/07 – Stellung genommen und folgendes ausgeführt:

Maßgeblich sind hier die allgemeinen Regeln über das Zustandekommen und die Auslegung schuldrechtlicher Verträge gem. §§ 133, 157 BGB. Danach ist der wirkliche Wille der Vertragsparteien zu erforschen und der Inhalt der Vereinbarung so auszulegen, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Die Einordnung einer Vereinbarung als Tarifvertrag setzt voraus, dass beide Parteien mit der Vereinbarung unmittelbar wirkende tarifliche Rechte und Pflichten der tarifunterworfenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber begründen wollen. Dieser Wille muss im Interesse der Rechtsicherheit und Rechtsklarheit hinreichend deutlich hervortreten. Die Abgrenzung richtet sich nicht nach der bloßen Bezeichnung unter dem Umstand, ob neben Arbeitgeber und Gewerkschaft auch der

BR/GBR die Vereinbarung unterzeichnet hat. Entscheidend ist, ob ggf. die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG zur Anwendung kommt. Besteht auf Seiten des Arbeitgebers Tarifgebundenheit oder kann diese durch einen Verbandsbeitritt entstehen, so spricht viel gegen eine BV. Im vorliegenden Fall hat daher das BAG das Regelwerk als TV erachtet.

## 10. Verweisungen

### a) Struktur von Verweisungen

Verweisungen findet man in der Praxis sowohl in Einzelarbeitsverträgen als auch in Tarifverträgen. In Einzelarbeitsverträgen wird dabei häufig auf Tarifverträge Bezug genommen und ihre Geltung im Individualarbeitsverhältnis bestimmt.

### b) Verweisung in Individualarbeitsverhältnissen

Es ist eine häufig in der Praxis anzutreffende Verfahrensweise, in Vertragsurkunden auf Tarifverträge zu verweisen. Dies geschieht regelmäßig mit der Formulierung: „... im Übrigen gilt der ... Tarifvertrag ...“

#### aa. Bezeichnung

Die Einbeziehung eines Tarifvertrages in ein Arbeitsverhältnis wird Einbeziehungsklausel, Einbeziehungsvereinbarung, Verweisungsklausel oder Bezugsklausel genannt, wenn der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist.

Von einer Gleichstellungsabrede spricht man, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist. Sie wird häufig praktiziert und ist damit zu erklären, dass der Arbeitgeber nicht nach der Tarifgebundenheit der Arbeitnehmer fragen darf.

Nach der früheren Senatsrechtsprechung waren bei Tarifgebundenheit des Arbeitgebers zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Verweisungsklauseln in aller Regel als sog. Gleichstellungsabreden auszulegen. Mit der Verweisung auf die einschlägigen Tarifverträge sollten die Arbeitnehmer arbeitsvertraglich so gestellt werden, wie sie tarifrechtlich stehen würden, wenn sie tarifgebunden wären. Ziel der Bezugnahme war danach die einheitliche Anwendung des in Bezug genommenen Tarifrechts unabhängig von der Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers. Das Arbeitsverhältnis nahm an den dynamischen Entwicklungen des in Bezug genommenen Tarifvertrages deshalb auch nur solange teil, wie der Arbeitgeber selbst tarifgebunden war. Das hieß, bei einer Gleichstellungsabrede gab es nun eine statische Nachwirkung.

Diese Auslegungsregel wendete das BAG aus Gründen des Vertrauensschutzes weiterhin auf Bezugnahme-klauseln an, die vor dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform zum 01.01.2002 vereinbart worden; für Verweisungsklauseln, die seit diesem Zeitpunkt vereinbart worden sind, verlangt das BAG für den Wegfall der Dynamik bei entfallen der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers eine hinreichend klare arbeitsvertragliche Vereinbarung, die über die bloße Verweisungsklausel ohne Zusatz hinausgeht. Oder anders ausgedrückt, für die sog. Neuverträge seit dem 01.01.2002 nimmt das BAG eine statische Fortgeltung nur dann an, wenn der Wortlaut dies so erkennen ließe. Das heißt, in den Neuverträgen gilt grds. eine Dynamik, sofern der Wortlaut nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, dass im Nachwirkungszeitraum nur eine Statik stattfinden soll (BAG vom 18.11.2009, 4 AZR 514/08).

**bb. Statische Verweisung**

Wird ein bestimmter Tarifvertrag, meist durch Benennung nach Art und tarifschließende Parteien sowie Datum in Bezug genommen, spricht man von einer statischen Verweisung. Sie bedeutet, dass für ein Arbeitsverhältnis stets nur dieser so bezeichnete Tarifvertrag zwischen den Arbeitsvertragsparteien Geltung hat. Die statische Verweisung findet man nur bei den Einbeziehungsklauseln, nicht bei den Gleichstellungsabreden, da von diesen auch tarifgebundene Arbeitnehmer erfasst werden und für diese der jeweils gültige Tarifvertrag gilt.

**cc. Dynamische Verweisung**

Von einer dynamischen Verweisung spricht man dann, wenn auf den jeweils von den Tarifvertragsparteien abgeschlossener Tarifvertrag in Bezug genommen wird. Hier wird üblicherweise die Art des Tarifvertrages, die tarifschließenden Parteien und das Datum des Tarifvertragsabschlusses genannt. Üblicherweise wird folgende Formulierung verwendet: „...gilt der jeweils zwischen den Tarifvertragsparteien ... abgeschlossene MTV vom ...“ in Betracht kommt aber auch, dass mehrere Tarifverträge von der Klausel erfasst werden. Dynamische Verweisungen finden Sie stets bei Gleichstellungsabreden und können bei Einbeziehungsklauseln gewählt werden.

**dd. Große dynamische Verweisung, Tarifwechselklausel**

Die Parteien des Individualvertrages können auch so verfahren, dass sie die Tarifverträge einzelvertraglich in Bezug nehmen, die jeweils bei dem Arbeitgeber Geltung haben sollten. Dies ist dann von Bedeutung, wenn beim Arbeitgeber ein Tarifwechsel in eine andere Branche stattfindet. Die Bezugnahme auf das Tarifwerk einer anderen Branche kann über ihren Wortlaut hinaus nur dann

als große dynamische Verweisung/Tarifwechselklausel angesehen werden, wenn sich diese aus besonderen Umständen ergibt (BAG, zuletzt Urteil vom 22.10.2008, 4 AZR 784/07). Besondere Umstände können sich z.B. daraus ergeben, dass zwischen den Parteien eine Änderung des Unternehmenszwecks oder der Verkauf an einen branchenfremden Erwerber bekannt ist.

ee. Normative und schuldrechtliche Wirkung

Bei Einbeziehungsklauseln haben die in Bezug genommenen Tarifnormen stets nur schuldrechtliche Wirkung. Sie haben nicht den Charakter von Tarifnormen zwischen den Arbeitsvertragsparteien (BAG vom 22.10.2008, 4 AZR 784/07). Bei Gleichstellungsabreden gilt dies, sofern von ihnen nicht tarifgebundene Arbeitnehmer erfasst werden.

c) Verweisung durch Tarifvertrag

Nach st. Rspr. des BAG umfasst die Rechtsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien grundsätzlich auch das Recht, auf jeweils andere tarifliche Vorschriften zu verweisen, sofern deren Geltungsbereich mit dem Geltungsbereich der verweisenden Tarifnorm in einem engen sachlichen Zusammenhang steht (st. Rspr. des BAG, vgl. z.B. 15.04.2008, 9 AZR 160/07). Dabei wird der Tarifvertrag der auf einen anderen Tarifvertrag verweist, verweisender Tarifvertrag und der andere Verweisungstarifvertrag genannt.

aa. Statische Verweisung

Übernimmt der verweisende Tarifvertrag die tarifliche Regelung eines anderen bereits bestehenden Tarifvertrags, so liegt eine statische Verweisung vor. Es kann auf einen ungekündigten aber auch auf einen nachwirkenden

oder außer Kraft getretenen Tarifvertrag für diesen werden.

**bb. Dynamische Verweisung**

Übernimmt der verweisende Tarifvertrag die jeweilige Fassung eines Verweisungstarifvertrages, so liegt eine dynamische Verweisung vor. Im Gegensatz zur statischen Verweisung ändert sich der Inhalt des verweisenden Tarifvertrags mit Änderungen des Verweisungstarifvertrags.

**cc. Blankettverweisung**

Auch Blankettverweisungen sind zulässig. Das sind solche, die vollständig einen anderen Tarifvertrag in Bezug nehmen. Eine Entäußerung der Rechtsetzungsbefugnis ist damit dann nicht verbunden, wenn sich die Parteien des verweisenden Tarifvertrages noch Regelungsbefugnisse erhalten

## **11. Auslegung**

Die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrages folgt nach st. Rspr. des BAG den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Danach ist zunächst vom Tarifwortlaut auszugehen, wobei der maßgebliche Sinn der Erklärung zu erforschen ist, ohne am Buchstaben zu haften. Bei einem eindeutigen Tarifwortlaut ist der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien mit zu berücksichtigen, soweit er in der tariflichen Norm seinen Niederschlag gefunden hat. Abzustellen ist stets auf den tariflichen Gesamtzusammenhang, weil diese Anhaltspunkte für den wirklichen Willen der Tarifvertragsparteien liefert und nur so der Sinn und der Zweck der Tarifnorm zutreffend ermittelt werden können. Lässt dies zweifelsfreie Auslegungsergebnisse nicht zu, können die Gerichte für Arbeitssachen ohne Bin-



dung an die Reihenfolge weitere Kriterien wie die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrags ggf. auch die praktische Tarifübung ergänzend hinzuziehen. Auch die Praktikabilität denkbarer Auslegungsergebnisse ist zu berücksichtigen; im Zweifel gebührt derjenigen Tarifauslegung der Vorzug, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Regelungen führt (st. Rspr. z.B. Urteil vom 06.05.2009, 10 AZR 313/08).

Vgl. dazu als Bsp. die Besprechung der Entscheidung des BAG vom 08.07.2009 – 10 AZR 679/08 –.

Eine Auslegung des Tarifvertrags könnte sich daher wie folgt darstellen

**a) Wortlaut**

Allgemeiner Sprachgebrauch  
Regeln der Grammatik

Bsp: Wartezeiten (im Fernverkehr)  
Auslöse  
Altersgrenze  
Umzugskosten

Maßgeblich kann der Sprachgebrauch der beteiligten Verkehrskreise sein

Bsp: körperlich leichte Arbeit  
Änderungskündigung

Definitionen im TV selbst

Bsp: Wegezeitvergütung (TV Bau)  
Kassierer (TV Einzelhandel)

Überschriften, ganzer Wortlaut des TV, Protokollnotizen

## **b. Systematik**

Gesamtzusammenhang

Stellung einer Norm in einem bestimmten Abschnitt

Bsp: Tariflohn (MTV Metall und Elektro)

Toningenieur / gehobener T

Toningenieur

## **c. Sinn und Zweck**

konkreter Regelungszweck; finaler Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolgen

Bsp: Ungehindertes AV

(lange Kündigungsfrist / Entgelt für Betriebstreue)

Bruttolohnsumme (TV Bau)

(ts bezahlter Lohn als Grundlage für Beiträge zu gemeinsamen Einrichtungen)

## **d. Entstehungsgeschichte**

Verhandlungsprotokolle, Tarifgespräche, Protokollnotizen, Briefwechsel, Rundschreiben

## **e. Verfassungs- und gesetzeskonforme Interpretation**

Verfassung ist nicht nur Grenze, sondern auch Auslegungsmaxime;  
dto einfaches Gesetz

Bsp: Tariflicher Anspruch auf Wechsel in den Vorruhestand mit Prozentsatz muss auch Nichtorganische berücksichtigen

## 12. Ausgewählte typische Inhalte aus dem normativen Teil

- a) **Fachlicher Geltungsbereich**
- b) **Räumlicher Geltungsbereich**
- c) **Lohn / Gehalt / Entgelt**
- d) **Arbeitszeit**  
  
Flexibilisierungsformen
- e) **Arbeitsplatzschutz**
- f) **Arbeitsbedingungen**
- g) **Öffnungsklauseln**
- h) **Qualifizierung**
- i) **Kündigung**
- j) **Ausschlussklauseln**

### Leseprogramm

- Däubler, Tarifvertragsrecht, Rz. 54 – 76; 79 – 105
- Däubler, TVG, § 1 Rz. 31 – 101; 102 – 355
- Kempen/Zachert, § 1 Rz. 6 – 36
- Löwisch/Rieble, § 1 Rz. 23 – 123; 339 – 420

- Schaub, §§ 198 – 203
- Wiedemann/Stumpf, § 1 Rz. 9 - 29

### **Rechtsprechungsübersicht:**

- ältere Rechtsprechung
- neuere Rechtsprechung gem. aktuellem Stand  
FK und Fundstellen in der Seminarveranstaltung

## **IV. Tarifbindung**

### **1. Normadressaten**

#### **a) Gesetzestext**

§ 3 TVG

#### **b) Unterscheidung**

Tarifbindung zu unterscheiden von persönlichem Geltungsbereich;  
kann / ist

#### **c) Firmentarifvertrag**

Tarifbindung beim Firmen-TV; Arbeitgeber ist Tarifvertragspartei und Partei

#### **d) Flucht in den Arbeitgeberverband**

Die früher praktizierte Methode der Flucht in den Arbeitgeberverband/Flucht in den Tarifvertrag, mit der ein Arbeitskampf zur Vermeidung eines Firmentarifvertrages erzielt werden sollte, ist seit der Entscheidung vom 24.04.2007 – 1 AZR 252/06 – nicht mehr sicher. Seit-

her gilt, dass Firmentarifverträge/Haustarifverträge von einer Gewerkschaft unter Beachtung der relativen Friedenspflicht geführt werden können (vgl. BAG vom 24.04.2007, ausführliche Besprechung in der Seminarveranstaltung).

## 2. Beginn

### a) Tatsächlicher Beitritt

Rechtsdogmatisch Antrag / Annahme

Es gelten die Regeln BGB AT

Keine Rückwirkung, auch nicht a.G. Satzung der Gesellschaft (...  
Mitgliedschaft beginnt mit dem 1. des Monats ...)

### b) Doppelmitgliedschaft möglich, Art. 9 III GG

Auswirkungen bei Tarifpluralität; AG muss sich für die Maßgeblichkeit einer Mitgliedschaft entscheiden

### c) Mitgliedschaft von Unternehmen

- Konzern fehlt die Rechtsfähigkeit
- konzernweite Bindung allenfalls bei empfangsbedürftigen Erklärungen der rechtsfähigen Konzernobergesellschaft
- Holding-Mitgliedschaft reicht für Tarifbindung nicht aus
- Personengesellschaften, Mitglied im Verband ist Unternehmen, nicht Betrieb; Erstreckung auch auf branchenfremde Betriebe; Mitgliedschaft eines einzelnen Betriebs a. G. ausdrücklichen Willens auch in anderen Verband möglich
- OT-Mitgliedschaften  
Stufenmodell/Aufteilungsmodell; siehe dazu oben I. 2. b. bb)

#### **d) Mitteilungspflichten**

Keine Mitteilungspflicht für AN, jedoch § 8 TVG

Mitteilungspflicht für AG wg. §§ 9 S.1 TVG, 2 I Nr.10 NachwG

Beweislastregeln

### **3. Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität**

#### **a) Begriffe**

**Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität setzen jeweils begrifflich voraus, dass mindestens zwei Tarifverträge anwendbar sind. Eine Tarifkonkurrenz liegt dann vor, wenn mehrere Tarifverträge denselben Sachverhalt regeln und an sich nebeneinander anwendbar wären. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn zwei Tarifverträge auf ein Arbeitsverhältnis Anwendung finden. Diese Anwendung von zwei Tarifverträgen auf ein Arbeitsverhältnis kann sich daraus ergeben, dass z.B. ein Verbandstarifvertrag mit einem Haustarifvertrag zusammen trifft.**

**Von Tarifpluralität spricht man dann, wenn der Betrieb des Arbeitgebers vom Geltungsbereich zweier von verschiedenen Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge erfasst wird, an die der Arbeitgeber gebunden ist, während für den jeweiligen Arbeitnehmer je nach Tarifbindung nur einer der beiden Tarifverträge Anwendung findet (z.B. BAG vom 22.10.2008 – 4 AZR 784/07 –).**

#### **b) Tarifkonkurrenz**

**Zur Lösung der Tarifkonkurrenz ist zunächst festzustellen, dass diese nicht durch einseitige Bestimmungen einer Tarifvertragspartei aufgelöst werden können, sondern nur nach allgemeinen Regeln, die auf Verfassung und Gesetz, ggf. auch auf überein-**

stimmendem Willen der Tarifvertragsparteien selbst beruhen (BAG vom 04.07.2007 – 4 AZR 491/06 –).

Sodann stellt sich die Frage, wie die Konkurrenzsituation zwischen einem vollwirksamen und einem nachwirkenden Tarifvertrag für ein und dasselbe Arbeitsverhältnis zu bestimmen ist. Hier ist von einem Vorrang des vollwirksamen Tarifvertrages gegenüber dem Nachwirkenden auszugehen (vgl. z.B. BAG a.a.O. Rz. 80).

Ansonsten wird die Tarifkonkurrenz dadurch aufgelöst, dass der lex-specialis-Grundsatz zur Anwendung kommt. Danach gilt, dass derjenige Tarifvertrag allein zur Anwendung kommt, der den Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten steht und deshalb den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebes und der darin tätigen Arbeitnehmern am besten gerecht wird (BAG z.B. Urteil vom 18.10.2006 – 10 AZR 576/05 –).

### c) Tarifpluralität

Bis Juli 2010 war es st. Rspr. des BAG, bei Tarifpluralität vom Grundsatz der Tarifeinheit auszugehen. Mit dem Grundsatz der Tarifeinheit war es erklärtes Ziel der Rspr., für einen Betrieb stets nur einen Tarifvertrag zur Anwendung kommen zu lassen. Die Tarifeinheit wurde dadurch erreicht, dass auch hier der Grundsatz der Spezialität zur Anwendung kam. Auch hier galt, dass derjenige Tarifvertrag galt, der dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten stand und deshalb den Eigenarten und Erfordernissen des Betriebes und der darin tätigen Arbeitnehmer am besten Rechnung tragen konnte. Der so gefundene Tarifvertrag verdrängte den anderen Tarifvertrag. Im Wesentlichen wurde die Tarifeinheit mit den Argumenten der Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und der Praktikabilität begründet.

Nach der neueren Rechtsprechung gilt, dass der eindeutige Wortlaut des Tarifvertragsgesetzes es möglich macht, wonach für verschiedene Arbeitnehmer im Betrieb unterschiedliche Tarifverträge gelten. Anwendungs- bzw. Durchführungsprobleme für den Arbeitgeber rechtfertigen es nicht, die Wirkung der §§ 3, 4 TVG zu beseitigen.

Insbesondere wird durch die neuere Rechtsprechung nunmehr die verfassungsrechtlich garantierte Betätigungsgarantie auch von kleineren Gewerkschaften gesichert. Diese waren mit dem Grundsatz der Tarifeinheit gegenüber größeren Gewerkschaften bislang benachteiligt. Hier durch Art. 9 Abs. 3 GG gesichertes Recht wird nunmehr mit der neuen Rechtsprechung wieder gewährleistet.

#### 4. Rückwirkung von Tarifverträgen

Rückwirkung von Tarifverträgen ist möglich.

Tarifvertragliche Regelungen tragen den immanenten Vorbehalt ihrer rückwirkenden Änderung durch Tarifvertrag in sich. Selbst ein zu Gunsten des Arbeitnehmers entstandener Anspruch, der aus einer kollektiven Norm erwachsen ist, trägt die Schwäche in sich, in den durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes gezogenen Grenzen zum Nachteil des Arbeitnehmers rückwirkend geändert zu werden. Der Arbeitnehmer hat grds. keinen Anspruch auf Erhalt des Status Quo in dem Sinne, dass die tarifvertragliche Regelung nicht durch eine andere, für ihn ungünstigere ersetzt werden kann. Die Befugnis zur normativen Ordnung der vertraglichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber hat der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien übertragen, weil er davon ausgeht, dass sie in der Lage sind, die Belange der dieser Sonderrechtsordnung Unterworfenen zu wahren. Es ist kein Grund ersichtlich, diese Befugnis der Tarifvertragsparteien dadurch zu beschränken, dass man ihnen die Kontrolle der Anpassung ihrer



**Sonderrechtsordnung an die weitere Entwicklung entzieht. Die Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien zur rückwirkenden Änderung tarifvertraglicher Regelungen ist allerdings durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes der Normunterworfenen begrenzt; es gelten insoweit die gleichen Regelungen wie nach der Rechtsprechung des BVerfG bei der Rückwirkung von Gesetzen (BAG vom 02.02.2006 – 2 AZR 58/05 –).**

Es können allerdings Vertrauensschutzgesichtspunkte einer rückwirkenden Änderung entgegenstehen. Das ist allerdings die Ausnahme. Einen solchen Ausnahmefall hat die Rechtsprechung bei einem Tarifvertrag angenommen, wenn ein bereits erlangter Unkündbarkeitsstatus durch eine tarifliche Neuregelung nachträglich wegfallen sollte. Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Arbeitnehmers in den einmal erreichten Status der ordentlichen Unkündbarkeit wird vor allem aus dem Sinn und Zweck der tariflichen Regelung über den Ausschluss der ordentlichen Kündigung hergeleitet. Eine solche Tarifregelung soll den Arbeitnehmer im Hinblick auf langjährig von ihm geleistete Dienste so sichern, dass er gegen den Verlust seines Arbeitsplatzes durch ordentliche Kündigung für alle Zukunft gesichert sein soll. Dieses Vertrauen würde in unzulässiger Weise enttäuscht, wenn durch rückwirkende tarifvertragliche Regelungen in diesen Sonderkündigungsschutz eingegriffen würde (BAG vom 02.02.2006 – 2 AZR 58/05 –).

#### **a) Austritt und Rückwirkung**

Liegt Austritt aus dem Berufsverband vor, tritt Rückwirkung ein und hat Mitgliedschaft im Rückwirkungszeitraum bestanden, so gelten nur Änderungen zugunsten des AN. D.h. AG muss z.B. ausgeschiedenen AN rückwirkend erhöhten Lohn nachbezahlen. Änderungen zuungunsten des AN gelten nicht.

## **b) Beitritt und Rückwirkung**

Liegt Beitritt zu einem Berufsverband im Rückwirkungszeitraum vor und besteht Mitgliedschaft zur Zeit des Vertragsabschlusses, so keine Rechte und Pflichten für die Zeit vor dem Beitritt, da keine Tarifbindung für diese Zeit bestanden hat (keine Rechtssetzungsbefugnis insoweit)

## **5. Betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen**

### **a. Problem der negativen Koalitionsfreiheit**

Einbeziehung von Außenseitern auch bei belastenden Normen möglich, weil nur Schutz vor Beitrittszwang, nicht Schutz vor Auswirkungen (str.)

### **b. Begriff**

**Das heißt, sofern eine betriebliche Norm vorliegt – auch Betriebsnorm genannt – gilt diese auch zwischen Nichttarifgebundenen. Nach der Rechtsprechung des BAG sind Betriebsnormen i.S.d. § 3 Abs. 2 TVG Bestimmungen über Gegenstände, die nur einheitlich geregelt werden können. Ihre Regelung im individuellen Arbeitsvertrag muss zwar nicht in einem logisch-strengen Sinne unmöglich sein, muss aber wegen „evident sachlogischer Unzweckmäßigkeit“ ausscheiden, weil eine einheitliche Regelung auf betriebliche Regelung unerlässlich ist. Betriebliche Fragen i.S.d. § 3 Abs. 2 TVG sind demnach solche, die unmittelbar die Organisation und Gestaltung des Betriebs betreffen. Betriebsnormen regeln das betriebliche Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und der Belegschaft als Kollektiv, nicht die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgeber und einzelnen Arbeitnehmern, die von ihnen allenfalls mittelbar betroffen sind (BAG vom 11.11.2008, 1 ABR 68/07).**

**Als betriebliche Normen i.S.d. § 3 Abs. 2 TVG sind in der Rechtsprechung anerkannt worden folgende:**

- **Eine tarifliche Norm, die vorsah das Teilzeitbeschäftigte die zusammenhängend 17 Wochen über 20 % der einzelvertraglich vereinbarten Arbeitszeit hinaus gearbeitet haben einen Anspruch auf einen Arbeitsvertrag haben, der dem Durchschnitt der tatsächlich geleisteten Arbeit innerhalb dieser 17 Wochen entspricht (§ 3 Abs. 7 MTV Einzelhandel NRW). Personalrabatt auf verbilligten Bezug von bestimmten Waren (zum Jahreswagen BAG vom 07.09.2004, 9 AZR 631/03; zu Flugvergünstigungen BAG von 13.12.2006, 10 AZR 792/05).**
- **Besetzung von Arbeitsplätzen mit Arbeitnehmern, die bestimmte Anforderungen erfüllen (z.B. Spielbank, BAG vom 18.03.2008, 1 ABR 81/06).**

**aa. Betriebliche Norm**

Betreffen Fragen der Ordnung und Gestaltung des Betriebes; sie regeln Rechtsverhältnisse zwischen AG und der Belegschaft als Kollektiv

Bsp: Arbeitsschutz  
Arbeitszeitregelungen  
Soziale Einrichtungen  
Sanitäre Einrichtungen  
Ladenschlusszeiten  
Verhalten (Rauchverbot)

**bb. Betriebsverfassungsrechtliche Norm**

Durch die Novellierung des BetrVG, in Kraft getreten im Jahr 2002, ist die Möglichkeit betriebsverfassungsrechtliche Vorschriften zu erfassen durch die §§ 1 – 3 BetrVG wesentlich erweitert worden. Hier bestehen insbesondere Möglichkeiten unternehmenseinheitliche Betriebsräte zu bilden, Betriebe betriebsverfassungsrechtlich zusammenzufassen oder Sparten- oder Bereichsbetriebsräte zu bilden. Hier sieht man beson-

ders deutlich die Bedeutung des § 3 Abs. 2 TVG. Würde die Tarifbindung nur zwischen den Mitgliedern der tarifschließenden Parteien gelten, so wäre dies für abweichende betriebsverfassungsrechtliche Organisationen ein unüberwindbares Hindernis.

Dabei kann ein Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 – 3 BetrVG auch von einer nicht tarifzuständigen und im Betrieb vertretenen Gewerkschaft ohne Beteiligung von anderen gleichfalls tarifzuständigen Gewerkschaften abgeschlossen werden. Dies führt bei Tarifpluralität zur Frage, ob die betriebsverfassungsrechtlichen Normen, die durch einen Tarifvertrag eingeführt wurden, auch für Arbeitnehmer gelten, die eine andere Tarifbindung aufweisen. Dies hat das BAG mit Beschluss vom 29.07.2009 – 7 ABR 27/08 – bejaht.

Betreffen Fragen der betrieblichen Mitbestimmung

Bsp: Änderung der Betriebsratsstrukturen  
§ 3 BetrVG  
Betriebsrat in Zwergbetrieben

## **6. Gemeinsame Einrichtungen**

§4 II TVG regelt Erstreckung der Tarifbindung auf Gemeinsame Einrichtungen (str.)

a.A.: § 4 II TVG setzt Tarifgebundenheit voraus und regelt nur Erstreckung der Tarifgeltung auf die Gemeinsame Einrichtung (vgl. z.B. Wiedemann / Stumpf § 3 Rz 58 ff.; Löwisch/Rieble § 3 Rz 66 ff.)

## **7. Beendigung**

### **c) Austritt, Ausschluss**

Kündigung, einseitige empfangsbedürftige WE

Satzung, Ausschluss und forensische Auseinandersetzung

#### **d) Einvernehmliche Beendigung**

Keine Rückwirkung möglich wg. § 3 III TVG

### **8. Weitergeltung (Nachbindung)**

§3 Abs. 2 TVG erfasst alle Beendigungsfälle

**§ 3 Abs. 3 TVG bestimmt die Rechtsfolgen beim Wegfall der Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 TVG durch die Beendigung der Mitgliedschaft in einer Tarifvertragspartei. Die unmittelbare und zwingende Rechtswirkung eines Tarifvertrages, die gem. § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 S. 1 TVG aus der Mitgliedschaft in einer Tarifvertragspartei folgt, soll nicht durch eine einseitige Maßnahme wie dem Verbandsaustritt beseitigt werden können. Ein Arbeitgeber soll sich damit nicht einseitig von seinen auf Grund seiner Verbandsmitgliedschaft entstandenen tariflichen Pflichten durch Verbandsaustritt lösen können (BAG vom 01.07.2009, 4 AZR 261/08).**

**Diese Nachbindung verstößt nicht gegen die negative Koalitionsfreiheit. Dies hat das BAG a.a.O. (Rz. 37 ff.) ausdrücklich so entschieden. Die Nachbindung ist nach der Ansicht des BAG der Preis für eine freiwillige Bindung an die Koalition. Außerdem besteht die Möglichkeit, die Nachbindung durch Abschluss eines Firmentarifvertrages zu beseitigen.**

**Die Nachwirkung tritt auch ein, wenn der tarifgebundene Arbeitgeber von einer T-Mitgliedschaft in eine OT-Mitgliedschaft wechselt (BAG vom 20.05.2009 - 4 AZR 230/08 –).**

**Zur Gleichstellungsabrede und der statischen bzw. dynamischen Verweisung vgl. zunächst Teil 4, III. 10 a, aa.**

**TV verliert gem. §4 V TVG nicht seine Gültigkeit, er ändert nur seine rechtliche Qualität.**

**c) Neuverträge**

**Für Neuverträge im Nachwirkungszeitraum findet § 4 Abs. 5 TVG keine Anwendung statt.**

**d) Unmittelbare und zwingende Wirkung**

**Die zwingende Wirkung entfällt, die unmittelbare Wirkung bleibt bestehen. Entsprechende Anwendung bei Allgemeinverbindlichkeit. Der TV gem. §5 TVG gilt für Außenseiter weiter bis zu einer neuen Abmachung, es sei denn, der neue TV ist wieder allgemeinverbindlich.**

**Die unmittelbare Wirkung kann durch andere Abmachungen beendet werden.**

**e) Andere Abmachungen**

**Das Gesetz nennt die Rechtsnatur nicht; möglich TV, BV in den Grenzen des §77 III BetrVG, Individualvereinbarung.**

**Ein neuer TV ändert an der Nachwirkung gegenüber Außenseitern nichts, da keine Tarifbindung.**

**Die eine Nachwirkung ausschließende Ablösung durch einen Tarifvertrag setzt jedoch voraus, dass der Regelungsbereich der bisherigen Tarifbestimmung von der anderen Abmachung ausdrücklich oder konkludent erfasst wird. Dies ist bei einer unbewussten Tariflücke jedoch nicht der Fall (BAG vom 21.04.2010, 4 AZR 750/08).**

**f) Statische, dynamische Nachwirkung**

Nach dem oben unter Teil 4, III. a, aa. Ausgeführten gilt die alte Rechtsprechung zu Gleichstellungsabreden nicht mehr. Das heißt, nach der alten Rechtsprechung galt bei Gleichstellungsabreden eine statische Nachwirkung, wenn der Arbeitgeber aus dem Arbeitgeberverband ausgetreten war. Nach Aufgabe dieser Rechtsprechung gilt dies nur noch dann, wenn aus dem Wortlaut der Vereinbarung eine statische Nachwirkung abgeleitet werden kann; ansonsten gilt die Dynamik.

**g) Konkurrenz zwischen nachwirkenden und aktuellen Tarifvertrag**

Da nach Ablauf des Tarifvertrages gem. § 4 Abs. 5 TVG die Rechtsnormen eines Tarifvertrages weiter gelten, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden, fragt es sich, wie die Konkurrenz zwischen einem nachwirkenden und einem aktuellen Tarifvertrag gelöst wird.

Mit der Nachwirkung soll im Interesse der Vertrags- und Tarifvertragsparteien eine Überbrückungsregelung geschaffen werden. Deshalb entfällt die Nachwirkung des abgelaufenen Tarifvertrages insoweit, als andere Abmachungen in einem aktuellen Tarifvertrag demselben Regelungsbereich erfassen (BAG vom 04.07.2007, 4 AZR 439/06).

## **9. Nachwirkung**

**a) Im Einzelarbeitsvertrag**

Einheitliche Arbeitsbedingungen; Konstitutive Wirkung

Differenzierungsklauseln

Fremder TV möglich, sofern kein Verstoß gegen §4 I, III

- aa. statische Verweisung  
Bezugnahme auf bestimmte TV in einer bestimmten Fassung
  
- bb. Dynamische Verweisung
  - kleine dynamische Bezugnahme ist auf jeweiligen TV einer bestimmten Branche bezogen
  - große dynamische Bezugnahme ist Bezugnahme auf den jeweils einschlägigen TV ohne nähere Bestimmung; es gilt dann der sachnächste TV
  
- cc. Gleichstellungsabrede  
Liegt vor, wenn mit Bezugnahme Erstreckung auf die AN erzielt werden soll, die keiner Gewerkschaft angehören z.B., wenn der jeweils fachlich und räumlich geltende TV in Bezug genommen wird.

## **b. Rechtsfolgen**

Konstitutive Wirkung

Wirksamkeit des in Bezug genommenen TV keine Voraussetzung, Ausnahme bei Verstoß gegen höherrangiges Recht Geltung auch für Nachwirkung

## **Leseprogramm**

- Däubler Rz 149 – 153
- Däubler, TVG §3 Rz 1 – 188; 216 – 242
- Kempen / Zachert §3 Rz 1 – 44
- Löwisch / Rieble §3 Rz 1 – 118
- Schaub §206
- Wiedemann / Stumpf §3 Rz 1 – 38; 84 - 111



## Rechtssprechungsübersicht:

- ältere Rechtsprechung
- neuere Rechtsprechung gem. aktuellem Stand  
FK und Fundstellen in der Seminarveranstaltung

## V. Wirkung der Rechtsnormen

### 1. Beginn und Ende des TV

#### a) Wirksamwerden / Inkrafttreten

Wirksamwerden zwischen den TV-Parteien  
Inkrafttreten im Verhältnis zu den Tarifgebundenen  
Stufen-TV

#### b) Rückwirkung

nochmals zur Rückwirkung; Redundanz ist hier ausdrücklich gewollt;  
zur Rückwirkung vgl. bereits oben IV, 4.

Für Ausgeschiedene, a. G. Autonomie der TV-Vertragsparteien Auschluss möglich, ansonsten jedenfalls Begünstigungen auch für Ausgeschiedene

Zur Zulässigkeit: wie bei Gesetzen

##### aa. Echte Rückwirkung

Nachträgliche Abweichung eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts

##### bb. Unechte Rückwirkung

Regelung eines in der Vergangenheit begonnenen und noch fortdauernden Sachverhalts

**cc.** Anders als bei Gesetzen ist hinsichtlich der Begünstigung – dort nur Bürger – im TV-Bereich auf AN- und AG-Interessen abzustellen.

- Schutzwürdiges Vertrauen  
Vertrauen in den Fortbestand der jeweiligen tariflichen Ordnung für die Zukunft; Gesamtbetrachtung
- Zweifel an der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht
- Unklare Rechtslage

**dd.** Bsp.

- Rückwirkende Lohnsenkung möglich
- Rückwirkende Lohnerhöhung möglich
- Wartezeitabhängige Ansprüche, wenn schon entstanden, nicht möglich (str.)
- Ausschlussklausel, wenn Frist noch nicht verstrichen ist, möglich

## 2. Geltungsbereich

### a) Räumlich

Im Zweifel Sitz des Unternehmens; bei Betrieben in unterschiedlichen Tarifbezirken gilt für die Betriebe der jeweilige TV; bei Entsendung und Montagearbeiten gilt der TV des zugehörigen Betriebes.

Bei Sitzverlegung Geltung des TV des neuem Gebietes.

Herausnahme einzelner Betriebe wegen Tarifautonomie möglich.

### b) Betrieblich-fachlich

Bestimmung, welcher AG der Tarifbindung unterliegt

Industrieverbandsprinzip

Mischbetriebe, Hauptzweck

Autonome Festlegung

**c) Persönlich**

Arbeiter / Angestellte / Lohn / Gehalt

Arbeitnehmer / Entgelt

Auszubildende

Diskriminierungsverbot

Leitende Angestellte

**3. Unmittelbare und zwingende Wirkung**

**a) Unmittelbare Wirkung**

Die Tarifnormen gelten ohne Zwischenstufe der Transformation, wie ein Gesetz, für die Individualparteien.

**b) Zwingende Wirkung**

Schließt Abweichungen aus, allerdings nach dem Günstigkeitsprinzip nur zu Lasten der AN.

**c) Sachlicher Geltungsbereich**

Nur normativer Teil wird erfasst.

**d) Tarifautomatik**

AN hat diejenigen Rechte, die ihm objektiv zustehen, unabhängig von Auslegung und Eingruppierung durch die Parteien; Normwirkung; auf Kenntnis der Parteien kommt es nicht an

**e) Zwingende Wirkung**

Gem. §4 III TVG sind Abweichungen auch zuungunsten der AN möglich

**f) Bedeutung in der Nachwirkungsphase**

Für Altverträge bleibt die Wirkung der Unmittelbarkeit; zwingende Wirkung entfällt.

Für Neuverträge, die in der Nachwirkungsphase geschlossen werden, gilt die Nachwirkung nicht, da die Nachwirkung begrifflich voraussetzt, dass die Tarifnormen einmal gegolten haben müssen (BAG AP NR. 14 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; h.M; str.)

**g) Unmittelbare Wirkung im Einzelnen**

aa. Inhaltsnormen

Ob eine Formvorschrift deklaratorisch oder konstitutiv wirkt, ist eine Frage der Auslegung, nicht der Wirkung

- Formvorschrift für Abschluss ist i.d.R. deklaratorisch
- Formvorschrift für Beendigung ist i.d.R. konstitutiv (§§623 BGB; 14 IV TzBfG)
- Verfallklauseln sind i.d.R. konstitutiv

bb. Abschlussnormen

- Konstitutive Wirkung bei intendiertem AN-Schutz, z.B. Verbot bestimmter Arbeiten für Jugendliche
- Abschlussgebote erfordern nach der Vertragsdogmatik übereinstimmende WE
- Dto. Wiedereinstellungsklauseln

cc. Betriebsnormen

Trotz ihrer Geltung auch für Außenseiter besteht unmittelbare Wirkung

dd. Normen über Gemeinsame Einrichtungen

Tarifvertragsparteien können Gemeinsame Einrichtungen schaffen; diese müssen organisatorisch selbständig und von den TV-Parteien unabhängig sein.

Bsp: Lohnausgleichskassen  
Urlaubskassen  
Kassen zur Einkommensaufstockung bei Altersteilzeit

Die Gemeinsamen Einrichtungen erhalten durch TV direkte Rechtsbeziehung zu den tarifgebundenen AG und AN. Durch § 4 II TVG entsteht die tarifliche Unmittelbarkeitswirkung und das Recht zur Geltendmachung im eigenem Namen.

#### **h) Zwingende Wirkung im Einzelnen**

Bedeutung bei der Frage, welche individualrechtlichen Abreden, die vom TV abweichen, zulässig sind. Universelle Geltung, auch bei wirtschaftlicher Überbeanspruchung Abweichung gibt AN ao Kündigungsrecht und Schadensersatzanspruch gem. § 628 II BGB.

Umgebungsgeschäfte sind unzulässig, z.B. Teilzeitvereinbarungen.

Zwingende Wirkung gilt auch für Prozessvergleiche.

#### **4. Öffnungsklauseln**

Oberbegriff für tarifliche Normen, die Dezentralisierung, Differenzierung oder Absenkung von Tarifnormen bezeichnen (Kleinbetriebs-, Einstiegs-, Notfall-, Härte-, Delegations-, Bestimmungsklauseln).

Meist nur verstanden als Norm zur Abweichung von Tarifnorm

##### **a) Bedeutung**

Unternehmens-, zeitnahe Regelung zur Flexibilisierung der Verbands-TV

##### **b) Schranken**

Selbstentäußerung

### c) Bestimmungsklauseln

Vollzug und Ausführung werden Dritten, meist den Betriebspartner überlassen

Arten:

- aa. Unbegrenzte
- bb. Rahmenvorgaben durch TV-Parteien
- cc. Genehmigungspflichtige Abweichungen

vgl. BMWA Tarifliche Arbeitsbedingungen in Dtl. der jeweiligen Jahre

## 5. Günstigkeitsprinzip

Umfassender arbeitsrechtlicher Grundsatz, in § 4 III TVG auf Verhältnis TV / Individualabrede bezogen; gilt auch für betriebliche Übung

Günstigkeitsvergleich:

- Einzelvergleich
- Sachgruppenvergleich
- Gesamtvergleich

Allgemeines Problem der kompensatorischen Regelungen

Betriebliche Bündnisse für Arbeit (z.B. Burda-Fall BAG; Viessmann-Fall NZA 96,1331 ff.)

Gesamtvergleich wird nahezu einhellig abgelehnt; Bewertungsproblem der Kompensation

Einzelvergleich wird nahezu einhellig abgelehnt; fehlende Flexibilität

Sachgruppenvergleich wird wg. der inneren Zusammengehörigkeit überwiegend vertreten

Bsp. ja = Sachgruppe möglich zum Günstigkeitsvergleich geeignet  
nein = Sachgruppe nicht möglich

- Urlaubsdauer, Wartezeit, Urlaubsgeld, ja
- Vergütungsgruppe Dienstalter, ja
- Fahrtkostenerstattung, Firmenwagen, ja
- AT-Entlohnung, Verzicht auf Überstundenvergütung, nein
- Vertragsstrafe, Urlaubsgeld, nein

## 6. Übertarifliche Entlohnung und Tariferhöhung

Übertarifliche Leistung übersteigt tarifliches Niveau

Außertarifliche Leistung betrifft tariflich nicht geregelte Tatbestände

### a) Flächen-TV und Betrieb / Unternehmen

Individuelle Leistungskraft des Unternehmens / Betriebs gibt Möglichkeit der Ausdifferenzierung

### b) Tarifliche Regelung des Lohnvorsprungs

Interessenlage

#### aa. Bestandsklauseln

„Ein Betrag von ...€ wird tariflich bezahlt.“

Nur Wiederholung von Wirkung des § 4 III TVG, daher unproblematisch

#### bb. Effektivklauseln

- Allg. Effektivklausel / Effektivgarantieklausel bezweckt, dass das tatsächlich bezahlte Entgelt um die Tariferhöhung aufgestockt wird.

„Die Tariferhöhung ist effektiv zu gewähren.“ oder

„Die Tarifierhöhung tritt dem tatsächlich zu zahlenden Entgelt in jedem Fall hinzu.“ Unzulässig, weil hier der TV zu regeln versucht, was bisher wegen der individuellen Vereinbarung von ihm nicht geregelt war (h.M.)

- Begrenzte Effektivklausel

Verbot der Anrechnung soll Tarifvorsprung sichern, Anrechnung auf Tariflohnerhöhung wird untersagt

„Eine Anrechnung auf die Tarifierhöhung findet nicht statt.“ Unzulässig, weil es sonst zu unterschiedlichen Mindestlöhnen komme; TV darf nur allgemeine und gleiche Lohn-erhöhung vorsehen (str. BAG NZA 88, 29 = BB 87, 2372 = DB 87, 2522)

cc. Anrechnungs- / Verrechnungsklauseln

Zulässig; bisherige übertarifliche Vergütungen werden auf Tarifierhöhung angerechnet; aber keine Verhinderung individueller Aufstockung

„Tariflohnerhöhungen ... werden auf das Entgelt angerechnet.“

## Leseprogramm

- Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 204

## Rechtssprechungsübersicht:

- ältere Rechtsprechung
- neuere Rechtsprechung gem. aktuellem Stand  
FK und Fundstellen in der Seminarveranstaltung



## VI. Allgemeinverbindliche Erklärungen (AVE)

Rechtsgrundlage § 5

### 1. Sinn und Zweck

- a) ursprünglich in § 1 II TVO von 1918 als Schutz organisierter AN gegen untertariflich arbeitende AN konzipiert („Schmutzkonzurrenz“)
- b) zunächst unter der Geltung des TVG insbesondere für den Baubereich gedacht, wo durch häufigen Wechsel des Arbeitgebers dem AN die Ansprüche auf Leistungen aus überbetrieblichen Einrichtungen erhalten werden sollten (Urlaubskasse, Altersversorgung, Lohnausgleichskasse für arbeitsfreie Zeit zwischen dem 24.12. und 31.12.)
- c) Funktionswandel - hin zum Schutz für AN auf angemessene Leistungen; es sollen sozialverträgliche und angemessene Mindestarbeitsbedingungen gewährleistet werden

### 2. Voraussetzungen

- a) **wirksamer Tarifvertrag**
- b) **50% Klausel**

Normalfall:

die tarifgebundenen AG beschäftigen im räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich mindestens 50% der AN

damit soll ein Wettbewerbsschutz erreicht werden

die durch die AVE eintretende Wettbewerbsbeschränkung ist nur erträglich, wenn der betroffene Arbeitsmarkt zumindest gleichgewichtig von organisierten und nichtorganisierten AG bestimmt wird

der BMA darf schätzen - alle Erkenntnismöglichkeiten sind auszuschöpfen; Statistiken des AG-Verbandes, der Gewerkschaften; BA, Industrie- und Handelskammern; statistische Ämter

### c) öffentliches Interesse

der BMA hat auf Tatbestandsseite Spielraum (Beurteilungsspielraum)  
sozialstaatliche Kriterien

es reicht aus, dass die AVE drohende wesentliche Nachteile von einer beachtlichen Zahl betroffener AN abzuwenden geeignet ist; z.B. untertarifliche Bezahlung, Verlust von Anwartschaften

eine AVE kommt auch dann in Betracht, wenn ein Verbands-TV durch die Praxis ausgehöhlt wird  
sozialer Notstand ist nicht erforderlich

## 3. Antrag einer Tarifvertragspartei

## 4. Wirkung der AVE

### a) Beginn

gem. § 4 DVO kann Rückwirkung angenommen werden

gem. § 7 S. 2 DVO aber in der Regel mit dem Tag der Bekanntmachung

### b) Ende

mit Ende des TV (§ 5 V S. 3)

### c) Nachwirkung

für nichtorganisierte AN gilt die Nachwirkung gem. § 4 V

#### **d) Erweiterung der Tarifgebundenheit**

wird der TV geändert, nehmen die Änderungen an der AVE nicht teil  
ansonsten Erstreckung auf alle AN im Tarifbezirk, sofern sie dem  
sachlichen und persönlichen Geltungsbereich unterliegen

#### **5. Besprechung**

**Hier erfolgt ausführliche und gemeinsame Besprechung der Darstellung „Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, Stand 01.10.2010“ des BMAS, Referat III. a. 8**

#### **Leseprogramm:**

- Kempen/Zachert, § 5 Rz 1-26
- Löwisch/Rieble, § 5 Rz 1-50
- Wiedemann § 5 Rz 51-156

#### **Rechtsprechungsübersicht:**

- ältere Rechtsprechung
- neuere Rechtsprechung gem. aktuellem Stand  
FK und Fundstellen in der Seminarveranstaltung

## **Modul 3**

### **Arbeitsschutzrecht**

### **(technischer und sozialer Arbeitsschutz)<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Zu Teil I, II vgl. auch Doms - „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens für den Arbeitsschutz im Betrieb“, S. 1-82

# I. Bedeutung, Inhalt und Begriffe

## 1. Inhalt, Ziel, Zweck:

Inhalt, Ziel und Zweck des Arbeitsschutzrechts ist es, den Zustand der Arbeitssicherheit herzustellen.

Das ist derjenige Zustand, in dem die AN von den bei der Arbeit möglichen Gefahren für Leben und Gesundheit geschützt sind.

Text § 1 ArbSchG

Text § 2 ArbSchG

Sicherheit i.S.d. Arbeitsschutzrechts meint Schutz vor techn. oder organisatorisch verursachten bzw. verhältnis- oder verhaltensbedingten Gefahren.

Sicherheit bezieht sich auf den techn. Arbeitsschutz und deutet zugleich auf die inhaltliche Schnittstelle zwischen den im Arbeitsschutz geregelten betriebsbezogenen Arbeitsschutz und dem produktbezogenen Arbeitsschutz hin, der geregelt ist z.B. in:

- Gerätesicherheitsgesetz (GSG)
- Chemikaliengesetz (ChemG)
- Gefahrstoffverordnung (GefStoffV)<sup>2</sup>

## 2. Bedeutung

- Ergebnis sozialpolitischer Entwicklung zum Ende der Industrialisierung im 19.Jh.
- Beginnend mit dem Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Fabriken vom 09.03.1839, in Kraft getreten am 06.04.1839 (Verbot der Beschäftigung von Kindern unter 9 Jahren, Einschränkung der Arbeitszeit älterer Kinder, Ermächtigung zum Erlass techn. Betriebsanordnungen) und dessen Änderung, mit der sog. Fabrikinspektoren zur Überwachung der gesetzlichen Vorschriften als „Organe der Staatsbehörde“ einzusetzen waren

---

<sup>2</sup> Die Vorlesung wird sich nur am Rande mit dem produktbezogenen Arbeitsschutz beschäftigen

- Vorläufig endend in einem gewaltigen Normenkomplex von ca. 40 Gesetzen und ca. 130 Rechtsverordnungen den staatlichen Arbeitsschutz unmittelbar und ausschließlich betreffend und dem jeweiligen 3-fachen an Gesetzen und Rechtsordnungen, in denen auch andere Regelungsinhalte vorhanden sind
- Anstoß durch EU-Richtlinien; entscheidender Impuls für den Fortschritt im Bereich des Arbeitsschutzes

### **3. Europäisches Arbeitsschutzrecht**

- **Rechtsgrundlage ist Art. 95, 138 EGV**
- **RL 89/391/EWG über Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der AN bei der Arbeit (Rahmen-Richtlinie vom 12.06.1989)**
  - **Darin werden Grundpflichten der AG im betrieblichen, nicht produktbezogenen Arbeitsschutz festgelegt**
  - **Im dortigen Art. 16 Ermächtigungsnorm zum Erlass weiterer RL**
  - **Inzwischen sind (Stand 2006) 16 weitere Einzelrichtlinien erlassen worden**

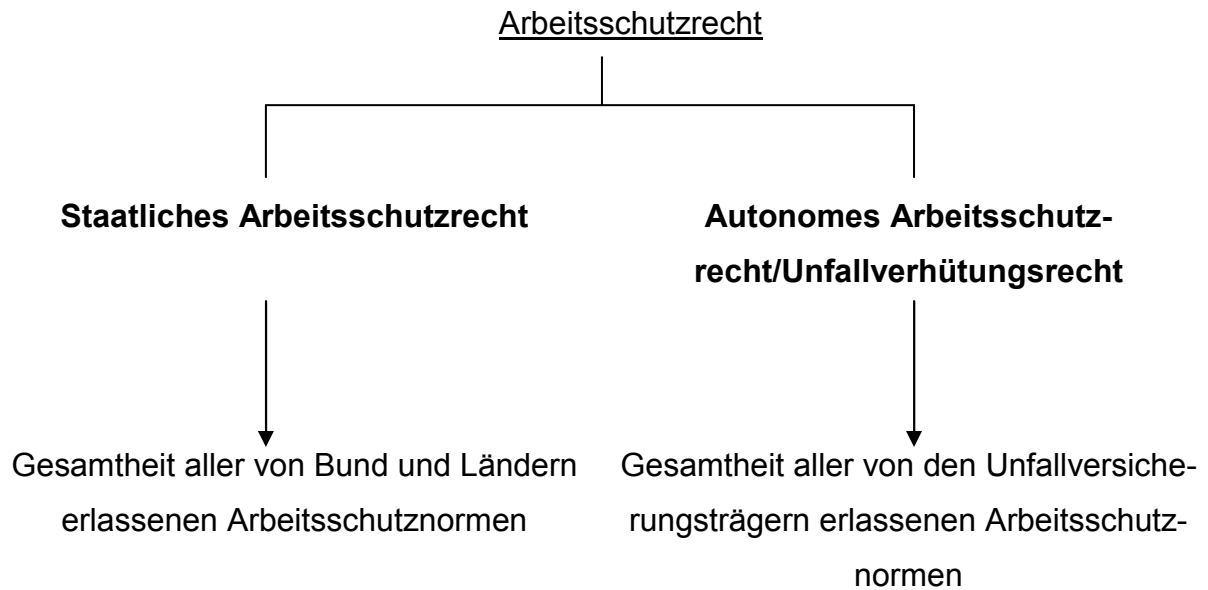
**Hinweis: Rechtsnatur RL - Transformation ins nationale Recht erforderlich**

**VO hat unmittelbar Wirkung u. ist geltendes Recht**

#### **4. Duales System:**

- **Ob das heute in der BRD bestehende Gesamtsystem des Arbeitsschutzrechtes in seiner Dualität gesetzgeberisch zur Steigerung der Effizienz konzipiert war oder aufgrund der bismarckschen Sozialgesetzgebung durch Schaffung von gewerblichen Berufsgenossenschaften (Gesetz über die Unfallversicherung vom 06.07.1884) geplant war, kann wohl retrospektiv nicht mehr ermittelt werden**
- **Jedenfalls besteht neben und in Zusammenwirken mit dem staatlichen Arbeitsschutzrecht ein autonomes Unfallverhütungsrecht**

**Folie 1:** Duales System des Arbeitsschutzrechtes



Bsp.:

- ArbSchG
- ASiG
- BImSchG
- BildscharbV
- BaustellenV
- BiostoffV
- PSAV
- LastenhandhabV

Bsp.:

- Unfallverhütungsvorschriften (UVV)
- BGV A 1 ff., Allgemeine Vorschriften
- Betriebliche Arbeitsschutzorganisation
- BGV B 1 ff., Einwirkungen
- BGV C 1 ff., Betriebsart/Tätigkeiten
- BGV D 1 ff., Arbeitsplatz/ Arbeitsverfahren



## **a) Staatliches Arbeitsschutzrecht**

### **aa. Öffentliches Recht**

- konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 72, 74 Ziff. 12 GG)
- Atemberaubende Geschwindigkeit des techn. Fortschritts und parallele Entwicklung arbeitswissenschaftlicher und sicherheitstechnischer Erkenntnisse ließen das Arbeitsschutzrecht sich situativ entwickeln  
Magna Charta: ArbSchG
- Überblick über andere wichtige, zu besprechende Gesetze und VO
- Öffentliches Recht mit Doppelfunktion: zugleich Konkretisierung der arbeitgeberseitigen vertraglichen Nebenpflicht/ Fürsorgepflicht - §§ 618 BGB, 62 HGB

### **bb. Aufsicht, Kontrolle, Durchsetzung**

- Die Aufsicht und Kontrolle im Bereich des staatlichen Arbeitsschutzrechtes liegt gem. §§ 21 ff. ArbSchG bei den Arbeitsschutzbehörden
- Welche Behörde im Einzelfall sachlich zuständig ist, richtet sich nach dem Landesrecht  
in LSA (ebenso BY, SchHol, Sa, HB) sind dies die Gewerbeaufsichtsämter
  - Halle
  - Dessau
  - Naumburg
  - Magdeburg
  - Stendal
  - Halberstadtsowie mit dem Landesamt für Arbeitsschutz (Landesbehörde, Sitz Dessau) als Dienst- und Fachaufsichtsbehörde)

### **Text §§ 21 ff. ArbSchG**

#### **Regelungen zur:**

- **Überwachung des Arbeitsschutzes**
- **Präventive Kontrolle**
- **Befugnisse (incl. Revisionen und sog. Revisions-schreiben)**
- **Erlass von VA (LSA: Widerspruchsbehörde Landesamt für Arbeitsschutz)**
- **Zwangsmaßnahmen; sofern Anordnung unanfechtbar oder bei Unaufschiebbarkeit (§ 80 I, II Nr. 2 VwGO) bzw. öffentl. Interesse oder überwiegenden Interesse eines Beteiligten (a.a.O. Nr. 4); Ersatzvornahme, Zwangsgeld, unmittelbarer Zwang**

#### **Bsp.: Stilllegen Bausstelle, Aufzug verplomben**

- **Bußgeldverfahren; Bußgeldbewehrtheit der Norm bei Nichtbefolgen von Anordnungen der Gewerbeaufsicht (z.B. §§ 147 I Nr. 1, 2; II Nr. 3 GewO; 25 I Nr. 2a ArbSchG), bis 10.000,- € bzw. 25.000,- €**
- **Wandelung von Kontrollbehörden zu Beraterinstanzen**

### **b) Autonomes Arbeitsschutzrecht/Unfallverhütungsrecht**

- **Wegen Einzelheiten Skriptum „Sozialrecht, Teil X, SGB VII - Unfallversicherung“**
- **Historisch gesehen ist neben das damals schon existierende staatliche Arbeitsschutzrecht von 1884 durch die bismarcksche Gesetzgebung das Unfallversicherungsrecht mit eigener Struktur hinzugetreten**
- **Durch die Bildung von Berufsgenossenschaften, denen die Unternehmer zwangsweise von Gesetzes wegen angehören, wurden die Kosten von Arbeitsunfällen den neuen Unfallversicherungsträgern überantwortet**

**aa. Hinweise zum SGB VII**

- **Mitgliedschaft, gesplittete Versicherten-, Mitglied-**  
**schaftssituation**
- **Beiträge**
- **Umlegungsverfahren**
- **Leistungen**

**bb. Träger**

- **Anlage 1 zu § 114 SGB VII, 35 gewerbliche Berufsgenossenschaften**  
→ direkter Download dazu im Web zu **Bezeichnung, Adressen und Zuständigkeit für alle Unternehmen**
- **Anlage 2 zu § 114 SGB VII landwirtschaftliche Berufsgenossenschaften**  
→ direkter Download dazu im Web
- **weitere Unfallversicherungsträger § 114 I Nr. 1-9**
- **Unfallversicherungsträger im Landesbereich § 116 SGB VII (in LSA: Unfallkasse LSA, Sitz Zerbst)**
- **Unfallversicherungsträger im Kommunalen Bereich § 117 SGB VII**
- **In LSA ist der Gemeindeunfallversicherungsverband aufgelöst worden**
- **alle Gemeinden und Landkreise wurden in der Unfallkasse LSA mit Sitz in Zerbst vereinigt, der damit zuständig ist für Mitarbeiter und Unternehmen des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände, für Schüler und Studenten, Kinder in Kindertagesstätten u.a.**
- **Körperschaften öffentlichen Rechts**

- **Zuständigkeiten der Unfallversicherungsträger §§ 121-139**

**cc. Autonomes Satzungsrecht**

- **Gem. § 15 I SGB VII sind die Träger der Unfallversicherung befugt, autonomes Recht als UVV zu erlassen; enumerative Aufzählung**
- **Bezeichnung der UVV und ihre Nummerierung wurden geändert in BGV**
- **Direkter Download dazu im Web unter „bgv“ oder „Unfallverhütungsvorschriften“**
- **Die UVV bedürfen zur ihrer Wirksamkeit gem. § 15 IV SGB VII der Genehmigung durch den BMA**

**dd. Persönlicher Geltungsbereich**

- **gem. § 15 I SGB VII verpflichten die UVVs eines Trägers nur die ihm angehörig Unternehmen und die in diesem Unternehmen Versicherten**  
**oder anders ausgedrückt: sie gelten nicht für Mitglieder anderer Träger und Personen aus diesen Unternehmen**
- **Unterscheide dabei aber die Fälle des § 16 SGB VII**
  - **Der Unternehmer als Normadressat**
  - **Der Versicherte als Normadressat**
  - **Adressat aufgrund Sonderfunktion (Kranführer, Fahrer)**
  - **Passivisch anonymer Adressat**

**ee. Aufsicht, Kontrolle, Durchsetzung**

**Text §§ 17-25 SGB VII**

- **Als Körperschaften des öffentlichen Rechts ist das Aufsichts- und Kontrollrecht der UV-Träger wie das**

**der staatlichen Arbeitsschutzämter ausgestaltet; s.o. 4a) bb)**

- **Experimentierklausel in § 22 IV ArbSchG**
- **Ausnahmen hinsichtlich Aufsicht und Kontrolle besteht bei den Unternehmen der öffentl. Hand, bei Bund und Ländern sowie Gemeinden**
- **Zusammenarbeit im dualen System §§ 21 III ArbSchG, 20 SGB VII**
- **zur Durchsetzung wird auf Ausführungen unter 4a) bb) verwiesen**

**Text §§ 17-19 SGB VII**

- **Überwachung des Arbeitsschutzes**
  - **Präventive Kontrolle**
  - **Befugnisse (Revisionen- und Revisionsschreiben)**
  - **Erlass von VA**
  - **Zwangmaßnahmen; kein eigener Vollzug möglich, Amtshilfe durch Gewerbeaufsichtsämter oder örtliche Polizei**
  - **Bußgeldverfahren, Bußgeldbewertheit § 209 SGB VII, Verstöße gegen UVV; aber auch Bußgeldbewehrung bei Verstoß gegen Anordnungen der Aufsichtsbeamten gem.**
- § 17 I 2 ArbSchG auch in Verbindung mit Abs. 3 oder § 19 II SGB VII**

## **5. Begriffe**

- **Im staatlichen wie im autonomen Arbeitsschutzrecht haben nachbenannte unbestimmte Rechtsbegriffe Bedeutung**
- **Funktion von Generalklauseln bei jährlich ca. 100.000 neu auf den Markt kommenden techn. Arbeitsmitteln**

### a) Allgemein anerkannte Regeln der Technik

Der kurz als „technische Regeln“ verwendete Begriff umfasst alle nur möglichen techn. Vorschriften, techn. Normen und Richtlinien, Empfehlungen, Bestimmungen, Leitsätze, Merk- und Arbeitsblätter, Gebrauchs- und Betriebsanleitungen, Prüf- und Bewertungsgrundsätze die:

- In der Fachwelt anerkannt sind,
- Allen Fachleuten zugänglich ist und
- Alle Fachleute die Möglichkeit haben, sich an der Normsetzung zu beteiligen

DIN-, VDE-Normen als Bsp. Kodifikation ist aber nicht erforderlich

Bsp.:

- UVV, BGV
- Richtlinien, Sicherheitsregeln der BG
- VDI-Richtlinien
- Verzeichnis B der AllgVwV zum GSG

### b) Stand der Wissenschaft und Technik

Bestimmung durch den jeweiligen auf dem Fachgebiet angesammelten Erkenntnisstand, gegenwärtiger unwiderlegbarer neueste Stand des Wissens

Bsp.:

- VO nach § 11 GSG
- PSA-VO
- VO über Kraftbeliehene Flurförderzeuge

### c) Gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse

Erkenntnisse, die mindestens in einem Fall experimentell oder praktisch erprobt und in der Fachwelt nicht mehr umstritten sind

Bsp.:

- Forschungsprogramm „Humanisierung des Arbeitslebens“
- LastenhandhabungsVO

**d) Stand der Arbeitsmedizin und Arbeitshygiene**

Ziel aufgrund moderner Erkenntnisse durch Vorsorgemaßnahmen arbeitsbedingte Gesundheitsschäden zu vermeiden, eingetretenen Gesundheitsschäden entgegenzuwirken, die Wiedereingliederung zu erleichtern und eine evtl. Entschädigung zu ermöglichen

Bsp.:

- Vorsorgeuntersuchungen VBG 100 = BGV A4 „Arbeitsmedizinische Vorsorge“
- Betriebsärzte, Reihenuntersuchung § 3 I Nr. 2 ASiG
- ArbStVO und Richtlinien hierzu

## **II. Das staatliche Arbeitsschutzrecht**

Rechtssoziologische Hinweise

### **1. Das Arbeitsschutzgesetz - ArbSchG<sup>3</sup>**

#### **a) Entstehungsgeschichte**

- aa. Reichsgewerbeordnung 1871
- bb. Europarichtlinie 89/391/EWG mit 14 Einzelrichtlinien; sog. innerstaatliche Rahmenumsetzung
  - Arbeitsstätten
  - Benutzung von Arbeitsmitteln
  - Benutzung pers. Schutzausrüstung

---

<sup>3</sup> wegen detaillierter Darstellung siehe das Sondeskriptum „Arbeitsschutzgesetz“ mit Folienanhang von Prof. Dr. Dr. Küchenhoff

- Manuelle Handhabung von Lasten
- Bildschirmgeräte
- Gefährdung durch Karzinogene
- Gefährdung durch biol. Arbeitsstoffe
- Baustellen
- Mutterschutz
- Bohrungen
- Bergwerke
- Fischerei
- Gefährdung durch chem. Arbeitsstoffe
- Kennzeichnungsschutz am Arbeitsplatz

cc. ArbSchG

dd. Situative Entwicklung des Arbeitsschutzrechts

ee. Konzeption des ArbSchG als „Magna Charta“, „Allgemeine Teil“, „Grundgesetz“ des dt. Arbeitsschutzrechts bezeichnet Geltung für das gesamte staatliche Arbeitsschutzrecht; Ergänzung bestehender Vorschriften; Überblick über die 5 Abschnitte des Gesetzes

## b) Zielsetzung und Anwendungsbereich § 1

- **Verbesserung von Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten bei der Arbeit durch Maßnahmen des Arbeitsschutzes**
- **Geltung für alle Tätigkeitsbereiche, also für gewerbliche Wirtschaft, Land- und Forstwirtschaftliche Betriebe, öffentl. Dienst, freie Berufe, Tendenzbetriebe, Religionsgemeinschaften u.ä. Organisationen mit und ohne Erwerbscharakter**
- **Ausnahmen: Private Haushalte, Seeschiffe, Bergbau, Heimarbeit, Gleichgestellte**



## c) Geschützter Personenkreis § 2

### aa. Beschäftigte

- Beschäftigte, vgl. dazu den sozialrechtlichen Begriff und den arbeitsrechtlichen Begriff des AN
- Erfasst werden sollen alle Personen, die aufgrund einer rechtlichen Beziehung zum Arbeitgeber Arbeitsleistungen erbringen, incl. Azubis, Beamte, Richter und Soldaten

### bb. Arbeitnehmerähnliche Personen

- **Legaldefinition fehlt; einhellige Meinung:**
  - **Vertragliche Verpflichtung zu Dienstleistungen,**
  - **Keine Eingliederung in betriebl. Organisationen,**
  - **Keine persönliche Abhängigkeit,**
  - **Wirtschaftliche Abhängigkeit,**
  - **Einem AN vergleichbar sozial schutzbedürftig**
- **Arbeitnehmerähnliche Personen sind hinsichtlich Ort und Zeit, ihrer Arbeitsleistung frei, ihre Existenzgrundlage sichern sie sich durch ausschließliche oder zumindest überwiegende längerfristige Tätigkeit für einen Auftraggeber**

#### Bsp.:

- **Pharmavertreter**
- **Lehrbeauftragte**
- **Freie Mitarbeiter bei Medien**
- **Einfirmenhandelsvertreter**
- **Erfinder**
- **Schriftsteller**
- **Wissenschaftler**

→ **Operationales Problem: der Arbeitsschutz endet am Betriebstor**

- **Voller Arbeitsschutz ohne operationales Problem, wenn arbeitnehmerähnliche Person im Betrieb tätig ist**
- **Stellt der Auftraggeber Arbeitsmittel, Arbeitsgeräte u.ä. ist er für den Arbeitsschutz verantwortlich**
- **Wertende Eingliederung im Einzelfall, z.B. Auftragsvergabe Online zur Erledigung im häuslichen Bereich**

**d) Normadressat - Arbeitgeber § 2 Abs. 3**

- Legaldefinition (für das ArbSchG) in § 2 III
- Mindestens 1 Beschäftigter iSv § 2 II
- Bis zum Inkrafttreten des ArbSchG waren die AG-Pflichten in mehreren Normen situativ geregelt, nur § 120a GewO enthielt einen Generalklausel
- In den §§ 3 ff. werden jetzt die Anforderungen normiert, die der AG beim Arbeitsschutz zu beachten hat; § 120a GewO ist aufgehoben worden

**e) Organisatorische Maßnahmen § 3**

Text § 3

- aa. Als Führungsaufgabe konzipiert, die vor allem in mittelständischen und Großbetrieben organisatorische Maßnahmen über Vorstand, GF, Betriebs- und Abteilungsleiter bis hin zum Vorarbeiter die Festlegung bestimmter Verantwortungsbereiche und ständigen Informationsfluss sichert. Hierher gehört auch die Vernetzung der innerbetrieblichen Organisation mit der institutionalisierten Arbeitssicherheit und dem Gesundheitsschutz über:

- BR §§ 80 ff. BetrVG
- Betriebsärzte §§ 2 ff. ASiG
- Fachkräfte für Arbeitssicherheit §§ 5 ff. ASiG
- Sicherheitsbeauftragte § 22 SGB VII

Ausblick und Rückblick in das BetrVG

Ausblick in das ASiG (dazu im Einzelnen im Teil IV)

bb. Grundsatz der dynamischen Gestaltung des Arbeitsschutzes

cc. Arbeitsschutzmanagementsystem

dd. Aus der Rspr.:

- Kernkraftunfall Gundremmingen
- Fahrauftrag an AN ohne Fahrerlaubnis dto. Gabelstaplerfahrer
- Arbeiten an ungesicherten Vulkanisierpresse

#### **f) Allgemeine Grundsätze § 4**

Text § 4

aa. Nr. 1

Gefährdung ist die Möglichkeit eines Schadens oder einer gesundheitlichen Beeinträchtigung ohne bestimmte Anforderungen an deren Ausmaß oder Wahrscheinlichkeit

bb. Nr. 2

Möglichst frühe Bekämpfung an der Quelle; erst, wenn alle vorsorglichen Maßnahmen die Gefährdung nicht vollständig beseitigen konnten, darf auf persönliche Schutzmaßnahmen zurückgegriffen werden

cc. Nr. 3

Zu den unbestimmten Rechtsbegriffen s.o. I. 5.)

dd. Nr. 4

Ganzheitliche Betrachtung der Arbeitsumwelt - Wechselwirkungen, Heben, Tragen, Staub, Lärm, Kälte, Hitze; Fließarbeit, Akkordarbeit

ee. Nr. 5

S.o. Gefährdungsbeseitigung an der Quelle

ff. Nr. 6

Jugendliche, stillende und werdende Mütter, Behinderte

gg. Nr. 7

Vgl. Kontext mit § 12

hh. Nr. 8

Früher geltende Beschäftigungsverbote und -beschränkungen für Frauen bei Bauarbeiten, im Bergbau, in Druckereien, in Gasanstalten, in Hochofen - und Stahlwerken sowie des Nachtarbeitsverbot und des Fahrverbot auf Fahrzeugen über 3,5 t für Frauen gelten nicht mehr  
Gynäkologische Probleme beim Heben und Tragen schwerer Lasten sind zu berücksichtigen

**g) Gefährdungsbeurteilung und Dokumentation §§ 5,6**

- **Chance einer gesetzgeberischen Konkretisierung über eine VO ist vertan**
- **Es bleibt dem AG überlassen, wie er der Verpflichtung nachkommt; eigenverantwortliche Aufgabe des AG**
- **Dokumentation idR nicht für Kleinbetriebe (§ 6 I 3)**
- **Schon immer §§ 617, 618 BGB, 62 HGB**
  
- **Konsequenzen für Haftung im Lichte der §§ 104-113 SGB VII**
- **Strafrechtliche Konsequenzen im Lichte der §§ 222, 229 StGB**
- **Bearbeitung des BGZ-Reports „Gefährdungsbeurteilung“ 5/2000 und der Checkliste der VBG „Beurteilung der Arbeitsbedingungen an Bildschirm- und Büroarbeitsplätzen“**

**h) Übertragung von Aufgaben § 7**

Häufige Maßnahme in mittelständischen und Großunternehmen zur Risikoüberantwortung im strafrechtlichen Bereich

**i) Besondere Gefahren § 9**

aa. gefährlicher Arbeitsbereich

- **Art und Umfang schwerer Gesundheitsschäden im Bereich der GefStoffVO**
  - **Krebserzeugende Stoffe § 36 VI Nr. 3 GefStoffVO**
  - **Abgutverändernde Stoffe § 40 GefStoffVO**
  - **Gewerbliche Schädlingsbekämpfung § 15 GefStoffVO**
- **Im Bereich der StrahlenschutzVO Umgang mit radioaktiven Stoffen bzw. der Anwendung ionisierender Strahlen, §§ 57, 58 StrahlenSchutzVO**
- **Im Bereich der BaustellenVO**

- Arbeiten in Baugruben
- Arbeiten in der Nähe von Hochspannungsleitungen
- Im Bereich von Silos, bei Schweißarbeiten mit Brandgefahr
- Organisation durch spezielle Sicherheitskennzeichnungen  
MBR des BR gem. § 87 I Nr. 1, 7 BetrVG

bb. Selbstständige Gefahrenabwehr Abs. 2

Nutzung vorhandener Schutzeinrichtungen, von Brandschutzeinrichtungen über Rettungsmitteln

cc. Entfernungsrecht Abs. 3

- Rettungspläne § 21 VI 2 GefStoffVO
- Leistungsverweigerungsrecht § 273 BGB
- Alarmpläne, Rettungsstellen, Sammelplätze, spezielle Ausgestaltung von § 612a BGB

**j) Erste Hilfe und sonstige Notfallmaßnahmen § 10**

Hinweise

**k) Arbeitsmedizinische Versorgung § 11**

- Vorsorgeuntersuchungen §§ 14 SGB VII, 618 BGB, 3 I Nr. 2, 3 ASiG, 2 UVV allgemeine Vorschriften VBG 1 Untersuchungen nach JArbSchG
- Ermächtigte Ärzte nach § 4 ASiG, BVG Betriebsärzte

**l) Unterweisung § 12**

Geeignete Maßnahmen, Umsetzung

Sonderproblem AN-Überlassung: Die Unterweisung betrifft den Entleiher, evtl. Kosten trägt der Entleiher (z.B. Schutzausrüstung)

**m) Verantwortliche Personen § 13**

Hinweis auf § 7

Externe Beauftragte möglich

**n) Pflichten und Rechte der Beschäftigten**

**o) Verordnungsermächtigung**

Ausblick auf Teil II 2.)

**p) Bußgeldvorschriften**

Zusammenfassung und Bewertung im Lichte der Strafbewehrung

**Leseprogramm:**

- Doms Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmers für den Arbeitsschutz im Betrieb, S. 1-82
- Kollmer Praxiskommentar, ArbSChG, Verordnungen und Richtlinien
- Heilmann/Aufhauser ArbeitsschutzG, Kommentar
- Kittner/Pieper ArbSchG, Kommentar
- Schaub Arbeitsrecht, Arbeitsrechtshandbuch, §§ 152, 154

## **2. Die Verordnung gem. §§ 18, 19 ArbSchG (nur Überblick)**

### **a) VO über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei Benutzung persönlicher Schutzausrüstung bei der Arbeit (PSA-BV)**

- Zentrale Norm ist § 2; Bereitstellen und Benutzung, die vorsieht, der AG dürfe nur solche PSA auswählen und bereitstellen, die den Anforderungen der VO über das Inverkehrbringen von PSA entsprechen
- Keine Bußgeldbewehrung

### **b) VO über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der manuellen Handhabung von Lasten bei der Arbeit (LasthandhabV)**

- Zentrale Norm ist § 2; Maßnahmen, die dem AG die Verpflichtung auferlegen geeignete organisatorische Maßnahmen zu treffen oder geeignete Arbeitsmittel, insbesondere mechanische Ausrüstungen einzusetzen, um Gefährdungen der Wirbelsäule zu vermeiden
- Keine Bußgeldbewehrung

### **c) VO über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit an Bildschirmgeräten (BildscharbV)**

- Zentrale Normen sind die §§ 4-6; sie enthalten die Vorschriften über die Gestaltung von Bildschirmarbeitsplätzen, den täglichen Arbeitsablauf und die Untersuchung der Augen und des Sehvermögens
- Bußgeldbewehrung in § 7
- Beachte den Anhang zur VO



**d) VO über Sicherheit und Gesundheitsschutz auf Baustellen (BaustellV)**

- Zentrale Normen sind die §§ 2-5; sie betreffen die Meldepflichten an die zuständige Behörde (LSA: Gewerbeaufsichtsamt), die Bestellung von Koordinatoren bei Beschäftigung durch mehrere AG und die Pflichten der AG
- Bußgeld- und Strafbewehrung
- Beachte Anhang 1 + 2

**e) VO über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Benutzung von Arbeitsmitteln bei der Arbeit (AMBV)**

- Zentrale Vorschrift in § 4, der vorsieht, dass AG nur Arbeitsmittel bereitstellen dürfen, die den sicherheitsrechtlichen Vorschriften z.B. dem GerätesicherheitsG oder dem Anhang zur VO entsprechen
- Keine Bußgeldbewehrung

**f) VO über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei Tätigkeiten mit biologischen Arbeitsstoffen (BioStoffV)**

- Die VO enthält in § 2 eine umfangreiche Begriffsbestimmung zu:
  - Biologischen Arbeitsstoffen (z.B. Viren, Bakterien),
  - Mikroorganismen (z.B. Malerflüssigkeit),
  - Zellkulturen (z.B. invito-Vermehrung, Cloning) - sofern nicht das strengere Gesetz Gentechnikrecht zur Anwendung kommt,
  - Gezielte und nicht gezielte Tätigkeit,
  - Kontamination und
  - Schutzstufen
- In § 4 sind die Risikogruppen von 1-4 festgelegt

- In §§ 5-8 sind Sondervorschriften zu § 5 ArbSchG und betreffen die Gefährdungsbeurteilung

Entsprechend der Gefährdungsbeurteilung hat der AG gem. §§ 10, 11 Schutzmaßnahmen für die Beschäftigten zu treffen, Hygienemaßnahmen vorzunehmen und Schutzausrüstungen zur Verfügung zu stellen

- Die Beschäftigten sind gem. § 12 zu schützen; die zuständige Behörde (LSA: Gewerbeaufsichtsamt) - ist spätestens 30 Tage vor Aufnahme der erstmaligen Durchführung zu unterrichten
- Arbeitsmedizinische Vorsorge ist gem. § 15 zu treffen
- Die VO ist bußgeld- und strafbewehrt
- In Anhang II, III finden sich Tabellen, die getrennt nach Schutzstufen (§ 2 Abs. 7) Sicherheitsmaßnahmen festlegen
- Verbindliche arbeitsmedizinische Vorsorge ist tabellarisch in Anhang IV enthalten

### **3. Arbeitsstättenverordnung, Arbeitsstättenrichtlinien**

Im Zusammenhang mit den VOen, die ihre Ermächtigungsnorm in §§ 18, 19 ArbSchG haben, nehmen hinsichtlich der allgem. Bedeutung die ArbStättV und die darauf gestützten ASR einen besonderen Rang ein; sie werden daher hier gesondert dargestellt und durch Übungen weiter verdeutlicht und vertieft

#### **a) Ermächtigungsnorm**

§ 18 ArbSchG und Umsetzung von EG-RL 89/654/EWG und EG-RL 92/58/EWG

## b) Ziel

- Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten
- Ein nicht unerheblicher Teil der Arbeitsunfälle geht auf nicht ordnungsgemäße Beschaffenheit, Einrichtung und Unterhaltung von Arbeitsstätten zurück
- Menschengerechte Gestaltung von Arbeit und Arbeitsplätzen

Bsp.:

- Sturzunfälle auf schadhafte Fußböden und Treppen, durch Glaswände und Glaskuppeln
- Transportunfälle auf ungeeigneten und zu engen betrieblichen Verkehrswegen
- Absturzunfälle wg. fehlerhafter Brüstung

## c) Neufassung

- Die novellierte ArbStättV geht mit der Intention des Modernen VO-Gebers inhaltlich neue Wege
- Es werden keine konkreten Mess- und Maßzahlen oder Detailanforderungen mehr festgesetzt, sondern allgemeine Schutzziele formuliert
- Dies soll der Deregulierung dienen und dem AG mehr Freiheit bei der Gestaltung von Arbeitsstätten und Betriebe einräumen
- Die VO ist im Verhältnis zu ihrer Bedeutung knapp gefasst
- Es finden sich Beschreibungen von Schutzziele und unbestimmte Rechtsbegriffe
- Ein Großteil der Detailregelungen findet man im Anhang zur VO
- Text ArbStättV inkl. Anhang

Zur ArbStättV:

Bsp.:

- Generalklausel § 3 I
- Besondere Belange Behinderter § 3 II
- Hygiene § 4 II
- Sicherheitsbeleuchtung, Feuerlöscher § 4 III
- Verkehrswege, Fluchtwege § 4 IV
- Nichtraucherchutz § 5
- Toilettenräume § 6 II

Zum Anhang:

Bsp.:

- Abmessungen von Räumen, Luftraum; 1.2
- Fußböden; 1.5
- Fahrtreppen; 1.a
- Beleuchtung; 3.4
- Belüftung; 3.6
  
- Die ArbStättV ist eine der wesentlichen Quellen für die Begriffe in I 5, jedoch wird - zumindest der deutsche Rechtsanwender - detailliertere Formulierungen vermissen
- Dies hat der VO-Geber in § 7 mit der Bildung eines Arbeitsstätten-Ausschusses beim BMA berücksichtigt
- Zu den Aufgaben des Ausschusses vgl. § 7 III
- Aufgrund der alten ArbStättV und in Ermittlung von Regeln zum dortigen VO-Text waren Arbeitsstätten-Richtlinien ergangen, wobei es sich um eine Sammlung anerkannter techn. Regeln und Richtlinien gehandelt hat
- Bei diesem ASR handelte es sich um detaillierte Angaben und um eine der wesentlichen Quellen zu den Begriffen unter I 5
- Solange der Ausschuss gem. § 7 ArbStättV seine Arbeit noch nicht abgeschlossen hat, gelten die ASR weiter, längstens jedoch für 6 Jahre

- Hinweis auf alte und neue Beziehung bzw. Änderung in der Textfolge ArbStättV (neu)
- Gegenwärtig gibt es 30 ASR, sie können sukzessiv oder als Ganzes durch die neuen Regeln ersetzt werden

Überblick über ASR:

Bsp.: Lüftung

- System I, Raumgruppe A, Raumhöhe 2,5 m, Bodenfläche 50 m<sup>2</sup>
- 8 AN evtl. mit Rauchern
- Belüftungsquerschnitte ?

Bsp.: Raumtemperatur

- Betriebshalle/ Fertigungshalle mit Bohr-/ Schneide-/ Hebe geräten zur Fertigung von Betonteilen
- Montagehalle Automobilindustrie
- Kühlräume
- Lufttemperaturen

Bsp.: Gesamtfläche der Sichtverbindungen  
Abmessung von Fenstern

Bsp.: Künstliche Beleuchtung

Schätzen Sie grob ein, wie hoch die Beleuchtungsstärke folgenden Arbeitsraumes sein muss!

- 6 m<sup>2</sup>, Lagerräume mit Suchaufgaben bei nicht gleichmäßigem Lagergut
- Neuanlage
- Deckenlampen
- 4 m hoher Raum
- Glühlampen

Bsp.: Feuerlöscheinrichtungen

gem. gesonderten Aufgaben- und Lösungsblatt

**4. Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und Fachkräfte für Arbeitssicherheit (ASiG)**

Ziel des Gesetzes ist es durch Bestellung von Betriebsärzten, Sicherheitsingenieuren und anderen Fachkräften für Arbeitssicherheit den AG bei der Arbeitssicherheit und gesundheitlichen Betreuung am Arbeitsplatz zu unterstützen

**a) Grundsatz § 1**

Text § 1

- **Bestellung bedeutet nicht den Abschluss eines Arbeitsvertrages vielmehr Verpflichtung auf die in § 3 bzw. § 6 genannten Aufgaben**
- **Der AG kann sich auch außerbetrieblicher Fachkräfte oder Einrichtungen bedienen**
- **In der Praxis sind nur bei Großunternehmen angestellte Betriebsärzte (bei Thyssen/Krupp z.B. 6 Ärzte) anzutreffen**
- **Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte werden meist aus dem Betrieb rekrutiert**
- **Unterstützung bedeutet, dass die Verantwortlichkeit für die Einhaltung der sich aus Gesetzen und VO ergebenden Arbeitsschutz- und UVV beim AG verbleibt**
- **Das schließt aber eine evtl. Haftung, diesen Personen gegenüber dem AG und/oder den Beschäftigten gegenüber nicht aus (vgl. LG Paderborn 15.05.01, 2 O 42/01)**

**b) Bestellung von Betriebsärzten § 2**

Schriftlichkeit

Erforderlichkeit

- Die zuständige Behörde (LSA: Gewerbeaufsichtsämter) könne nach § 12 Anordnungen treffen
- Der AG bestimmt eigenverantwortlich die Erforderlichkeit; die gem. § 15 Abs. 1 Nr. 6, 7 SGB VII ergangenen UVV bestimmten Einzelheiten iSv Mindestwerten
- Anlage I, Kapitel VIII, Sachgebiet B, Abschnitt III Nr. 12 des Einigungsvertrages bestimmt für die neuen Bundesländer:
  - 0,25 Stunden/Beschäftigten x Jahr für Betriebe mit geringen Gefährdungen
  - 0,6 Stunden/Beschäftigten x Jahr für Betriebe bei besonderen Arbeiterschwerenissen oder bei Gefahr besonderer Berufskrankheiten oder besonderen Gefährdungen
  - 1,2 Stunden/Beschäftigten x Jahr für Betriebe, in den zu jährlichen oder kürzeren Abständen arbeitsmedizinische Untersuchungen durchzuführen sind
  
- **Wird der AG Mitglied eines Unfallversicherungsträgers, gilt für ihn die dortigen UVV**
- **Bei den gew. BG besteht jeweils für den Geltungsbereich die BGV A7 (= VBG 123 alt), download im Web**
- **Dort finden sich weitgehend gleichlautende Regelungen, jedoch mit unterschiedlicher Erforderlichkeit**
- **Für die VBG ist z.B. bei Theatern, Werbetrieben mit Produktionseinrichtungen und wissenschaftlichen Instituten mit Laboratorien pro Jahr und AN eine Einsatzzeit für den Betriebsarzt im Umfang von 0,5 Stunden bestimmt**

### **Besprechung der BGV A7 im Einzelnen**

Bsp.: Staatstheater, 600 Mitarbeiter, 300 Stunden Einsatzzeit für Betriebsarzt p.a., Verteilung der Einsatzzeit: Eigenverantwortlichkeit des AG

- **Sonderregelung für Werbetriebe**  
**Hinweis auf duales System und Zusammenwirken**
- **Zur Auffindung von freiberuflichen Betriebsärzten und überbetrieblichen Einrichtungen vgl. im Web „Betriebsärzte“**
  - **angestellte Betriebsärzte**
  - **freiberufliche Betriebsärzte**
  - **überbetriebliche Betriebsärzte**
- **Welche der 3 Möglichkeiten gewährt wird, unterliegt dem MBR des BR gem. § 87 I Nr. 7 BetrVG - die Auswahl selbst steht dem AG zu**

### c) **Aufgaben der Betriebsärzte § 3**

Text § 3

- **Nochmals: Verantwortung bleibt beim AG**
- **Auswahl aus dem Katalog des Abs. 1:**
  - **Nr. 2 Einstellungsuntersuchungen; sofern keine gesetzl. Regelung keine Pflicht zur Teilnahme**  
Gesetzl. Regelung z.B. in:
    - § 32 ff. JArbSchG
    - VO über Schutz vor Schäden durch ionisierende Strahlen
    - VO über gefährliche Arbeitsstoffe
    - VO über den Schutz vor Schäden durch Röntgenstrahlen
  - **Nr. 4 kein Weisungsrecht des Betriebsrates; es sei denn, er ist durch AG dazu ermächtigt**

**Der Betriebsarzt ist gem. Abs. 3 nicht befugt, AU zu überprüfen; hierzu z.B. MDK gem. § 275 I Nr. 3b SGB V**

### d) **Bestellung von Fachkräften für Arbeitssicherheit § 5**

Text § 5

- **Schriftlichkeit**



- Erforderlichkeit, entspr. Regelung in § 2
- Die gew. BG haben UVV erlassen, in denen jeweils für den Geltungsbereich einer UVV, aber weitgehend gleichlautend der Umfang der Erforderlichkeit festgeschrieben wird
- Für die VBG ist in der BGV A6 (= VBG 123 alt) z.B. Theater, Werbeunternehmen mit Produktionseinrichtungen und wissenschaftlichen Instituten mit Laboratorien pro Jahr und AN eine Einsatzzeit für die Fachkraft im Umfang von 1,4 Stunden festgelegt

#### Besprechung der BGV im Einzelnen

Bsp.: Staatstheater, 600 Mitarbeiter, 840 Stunden Einsatzzeit für die Fachkraft p.a., Verteilung der Einsatzzeit: Eigenverantwortlichkeit des AG  
Sonderregelung für Kleinbetriebe

- Ob der AG einen Sicherheitsingenieur, einen Sicherheitstechniker oder einen Sicherheitsmeister bestellt, ist ihm überlassen
- Die Anforderungen an die jeweilige Qualifikation ist geringfügig anders (vgl. § 3 „Fachkunde“ der BGV A6)

#### **e) Aufgaben der Fachkräfte für Arbeitssicherheit § 6**

Text § 6

Weitgehende Ähnlichkeit wie bei Betriebsärzten § 3

#### **f) Ausblick auf:**

- § 8 Unabhängigkeit bei der Anwendung der Fachkunde
- § 9 Zusammenarbeit mit dem BR
- § 10 Zusammenarbeit der Betriebsärzte und der Fachkräfte

### **g) Arbeitsschutzausschuss § 11**

Text § 11

- Beachte zunächst, dass der Sicherheitsbeauftragte gem. § 22 SGB VII etwas anderes ist als die Fachkraft nach § 5 und Personenverschiedenheit bestehen muss
- Betriebe mit mehr als 20 AN
- Zusammensetzung
- Vierteljährliche Sitzung

### **h) Behördliche Anordnung § 12**

Text § 12

- Erfüllt ein Unternehmen die Anforderungen des ASiG nicht, werden also keine Betriebsärzte bzw. Fachkräfte für Arbeitssicherheit bestellt, zu wenige oder mit nicht ausreichender Fachkunde kann die zuständige Behörde (LSA: Gewerbeaufsichtsamt) Maßnahmen zur Erfüllung treffen; bspw. Ausbildungen eines staatlich oder berufsgenossenschaftlich anerkannten Ausbildungsträger oder eines anderen Verwaltungsträger verlangen
- Verfahren: Abs. 2, 3

### **i) Bußgeldbewehrung § 20**

## **5. Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbrauchsprodukte (Geräte -und Produktsicherheitsgesetz, GPSG)**

- **Gem. der Ankündigung oben I. 1. erfolgt hier nur ein Überblick, evtl. Ergänzungsweg durch stud. Referat zur Kennzeichnung**
- **Am 01.05.2004 ist das GPSG in Kraft getreten**
- **Es hat die Einzelgesetze Produktsicherheitsgesetz und Gerätesicherheitsgesetz abgelöst**

**a) Grundgedanken des Gesetzes**

- Das Maschinen- und Gerätesicherheitsrecht ist ein Unterfall des techn. Arbeitsschutzrechtes
- Es hatte seine Entstehung Ende des 19. Jahrhunderts vor allem in der Aufgabe, den AN vor den aus den Betriebsanlagen und der Produktweise drohenden Gefahren für Leben und Gesundheit Schutz zu gewähren
- Es war in erster Linie Unfallrechtsschutzrecht
- Die mit der Entwicklung der Industriegesellschaft zunehmende Technisierung der Arbeitswelt und das Eindringen der Technik in nahezu alle Lebensbereiche ließ es deutlich werden, dass der technische Arbeitsschutz nicht erst beim AG beginnen darf, da er selbst nur ein schon fertiges Gerät erwerben und besitzen und einsetzen kann. Der Schutz muss bereits bei der Herstellung und Inverkehrbringen einsetzen.
- Um ein möglichst hohes Schutzniveau zu erreichen, setzen die Anforderungen des GPSG an der Funktion und Qualität der technischen Erzeugnisse an
- Hierzu bezieht das Gesetz Hersteller, Importeure und Aufsteller in die Verantwortung über die Unfallverhütung ein, in dem es diesen Personenkreis verpflichtet, nur solche Werkzeuge, Geräte, Maschinen und Fahrzeuge auf dem Markt zu bringen, alle den Arbeitsschutz- und Unfallverhütungsvorschriften entsprechend
- Das Gesetz verzichtet jedoch darauf, selbst konkrete Anforderungen an die Gerätesicherheit festzulegen
- Vielmehr wird in Form einer sogenannten gleitenden Bezugnahme auf die allgemein anerkannten Regeln der Sicherheitstechnik, die Arbeitsschutz- und Unfallverhütungsvorschriften sowie Verwaltungsvorschriften privatrechtlich verfassten Organisationen und Verbände verwiesen

- **Zugleich geht mit einem Funktionswandel eine Änderung des Arbeitsschutzrecht in ein Verbraucherschutzrecht einher**

**b) Inverkehrbringen und Ausstellen §§ 4, 5**

**Nach den §§ 1, 2 zum Anwendungsbereich und zu den Betriebsbestimmungen regelt § 4 das Inverkehrbringen und Ausstellen, damit den Kernbereich des Gesetzes**

**c) Durchführung des Gesetzes, zuständige Behörden, Untersagungsverfügung §§ 8-10**

- Der Vollzug des Gesetzes erfolgt durch die zuständigen Behörden (LSA: Gewerbeaufsichtsämter; manche Bundesländer Amt für Arbeitsschutz) mit allen erforderlichen Mitteln
- Ultima ratio; Unterlassungsverfügung und Rückrufverfügung § 8 IV
- Die beauftragte Stelle (§ 3 Abs. 14 die Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin) macht die Anordnungen nach § 8 IV S. 2 Nr. 2, 5 und 6 (Verbot des Inverkehrbringens) öffentlich bekannt; dazu hat das Gesetz in § 9 eine Meldefrist eingeführt

**d) CE - und GS-Kennzeichnung §§ 6, 7**

**aa. CE-Kennzeichnung (nicht CE-Zeichnen) § 6**

Als Beratung bei der Beurteilung zur Konformität eines Produkts mit § 3 oder anderen Rechtsvorschriften haben sich zahlreiche Anbieter auf dem Markt etabliert z.B. die Institute des VDE und des VDI, für die selbstständigen Ingenieurbüros  
Download im Web unter CE-Kennzeichnung oder unter CE

bb. GS-Zeichen § 7

§ 7 gibt den Herstellern die Möglichkeit, ihre Erzeugnisse einer freiwilligen Bauartprüfung zu unterziehen

Entspricht das Produkt danach den Anforderungen, darf es mit dem GS-Zeichen „GS“ versehen und gewissermaßen als Werbeargument eingesetzt werden

Die Bedeutung dieses Prüfverfahrens und des Zeichens hat der Gesetzgeber dadurch unterstrichen, dass er die unberechtigte Werbung mit den Zeichen und die irreführende Nutzung von verwechselbaren Zeichen als Ordnungswidrigkeit gemäß § 19 I Nr. 4, 5 qualifiziert

**e) Bußgeld- und Strafbewehrung §§ 19, 20**

**f) Die Verordnungen gemäß § 3**

- Aufgrund der Ermächtigungsnorm des § 3 hat der BMA zur Erfüllung von Einzelrichtlinien insgesamt 14 Verordnungen erlassen:
- Download im Web unter: GPSGV oder GPSG oder unter BAuA

## Folienübersicht

Folie 1:	Duales System des Arbeitsschutzrechtes .....	135
----------	--	-----