

# B

Basiswissen von Alpmann Schmidt – der Einstieg in  
das Rechtsgebiet leicht und verständlich

Arbeitsrecht  
2. Auflage 2021

Das **Basiswissen Arbeitsrecht** dient als Einstieg in das Rechtsgebiet und ist für alle geschrieben, die sich erstmals damit beschäftigen. Das Skript setzt keine Vorkenntnisse im Arbeitsrecht voraus und behandelt alle Fragen, die für die ersten Klausuren aus diesem Rechtsgebiet von Bedeutung sind.

**Inhalt:**

- Grundbegriffe des Arbeitsrechts
- Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts
- Begründung und Mängel des Arbeitsverhältnisses
- Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien
- Nichterfüllung der Arbeitspflicht und Fallgruppen „Lohn ohne Arbeit“
- Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und das Arbeitszeugnis

ISBN: 978-3-86752-789-7



9 783867 527897

€ 10,90

B

2021

Basiswissen Arbeitsrecht

Alpmann Schmidt



# B

Basiswissen

Marschollek

# Arbeitsrecht

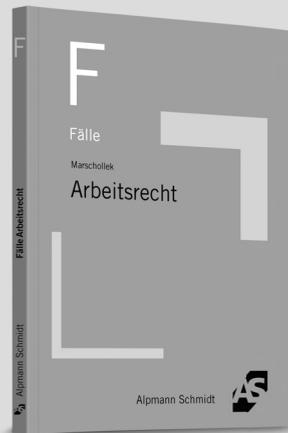
2. Auflage 2021

Alpmann Schmidt



# F Fälle

Passend zur Reihe B-Basiswissen!



- Die Reihe F-Fälle zeigt die typischen Klausurprobleme gutachtlich gelöst, inklusive Klausurtechnik und -taktik.
- Übersichten erleichtern den Einstieg in das jeweilige Prüfungsschema.
- Perfekt für die Vorbereitung auf die Semesterabschlussklausuren oder als Wiederholung für höhere Semester.
- Optimale Ergänzung zur Reihe B-Basiswissen – erst Wissen erwerben, dann auf Fälle anwenden!
- **Leseprobe:** [t1p.de/cbpi](http://t1p.de/cbpi)

Erfolgreich in den Klausuren mit Alpmann Schmidt



**B-Basiswissen**  
Das abstrakte Wissen für die Semesterabschlussklausuren – mit zahlreichen Beispielen, Übersichten & Aufbauschemata  
Preis: 9,90 – 10,90 €



**F-Fälle**  
Die wichtigsten Fälle zur Vorbereitung auf die Semesterabschlussklausuren – zum Lösen & Lernen, mit Hinweisen zur Klausurtechnik und -taktik  
Preis: 9,90 – 10,90 €



**A-Aufbauschemata**  
Die Aufbau- und Prüfungsschemata zu allen relevanten Rechtsnormen des Rechtsgebiets – mit zahlreichen Querverweisen & Problemhinweisen  
Preis: 16,90 €



**D-Definitionen**  
Die Definitionen aller relevanten Rechtsbegriffe & Tatbestandsmerkmale aus einem Rechtsgebiet als praktische Hilfe zum Lernen & Nachschlagen  
Preis: 10,90 €

## Bundesweit juristische Repetitorien zum 1. Examen seit 1956



Die Wahl des richtigen Repetitoriums ist Vertrauenssache. Vergleichen Sie! Probehören ist jederzeit möglich. Wir sind sicher auch in Ihrer Stadt: [t1p.de/d5s5](http://t1p.de/d5s5)

# **Basiswissen Arbeitsrecht**

**2021**

Günter Marschollek  
Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

**Marschollek, Günter**  
**Basiswissen**  
**Arbeitsrecht**

2. Auflage 2021

ISBN: 978-3-86752-789-7

Verlag Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge  
Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Münster

Die Vervielfältigung, insbesondere das Fotokopieren,  
ist nicht gestattet (§§ 53, 54 UrhG) und strafbar (§ 106 UrhG).  
Im Fall der Zuwiderhandlung wird Strafantrag gestellt.

Unterstützen Sie uns bei der Weiterentwicklung unserer Produkte.  
Wir freuen uns über Anregungen, Wünsche, Lob oder Kritik an:  
**[feedback@alpmann-schmidt.de](mailto:feedback@alpmann-schmidt.de)**

<b>Einleitung – Der arbeitsrechtliche Fall</b> .....	1
A. Arbeitsrechtliche Ansprüche .....	1
B. Bestand des Arbeitsverhältnisses .....	2
<b>1. Abschnitt: Grundbegriffe des Arbeitsrechts</b> .....	3
A. Das Arbeitsverhältnis .....	3
B. Begriff des Arbeitnehmers .....	3
I. Privatrechtlicher Vertrag .....	4
II. Dienstleistung für einen anderen, also Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB .....	4
III. Unselbstständigkeit der Dienstleistung aufgrund persönlicher Abhängigkeit .....	4
C. Begriff des Arbeitgebers .....	6
D. Arbeitsrecht und besondere Personengruppen .....	6
I. Leitende Angestellte .....	6
II. Arbeitnehmerähnliche Personen .....	7
III. Heimarbeiter .....	7
IV. Auszubildende .....	8
V. Praktikanten .....	8
VI. Organmitglieder .....	9
■ Check: Grundbegriffe des Arbeitsrechts.....	10
<b>2. Abschnitt: Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts</b> .....	11
A. Einteilung und Grundlagen des Arbeitsrechts .....	11
B. Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts und die Rechtsquellenkonkurrenzen .....	12
I. Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts .....	12
II. Rangfolge der arbeitsrechtlichen Rechtsquellen (Gestaltungsfaktoren) .....	12
1. Konkurrenz bei Rechtsquellen verschiedener Rangstufen .....	13
2. Konkurrenz bei Rechtsquellen auf derselben Rangstufe .....	13
C. Einzelne Rechtsquellen im Arbeitsrecht .....	14
I. Das Recht der Europäischen Union .....	14
II. Das Grundgesetz .....	15
III. Arbeitsrechtliche Gesetze .....	15
IV. Tarifverträge .....	16
1. Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Tarifvertrages .....	16
2. Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien .....	17
3. Anwendbarkeit des Tarifvertrages auf ein Arbeitsverhältnis .....	18

V. Betriebsvereinbarungen .....	19
1. Regelungsbefugnis der Betriebsparteien .....	20
2. Umfang der Wirksamkeitskontrolle .....	20
VI. Der Arbeitsvertrag .....	21
1. Arbeitsvertragliche Vereinbarungen .....	21
2. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz .....	22
■ Check: Rechtsquellen des Arbeitsrechts.....	23
<b>3. Abschnitt: Begründung und Mängel des Arbeitsverhältnisses .....</b>	<b>25</b>
A. Begründung des Arbeitsverhältnisses .....	25
I. Geltung der Regeln der allgemeinen Vertragslehre .....	25
II. Abschluss- und inhaltliche Gestaltungsfreiheit .....	25
1. Die Abschlussfreiheit .....	25
2. Die inhaltliche Gestaltungsfreiheit .....	27
a) Einschränkungen durch höherrangige Rechtsquellen .....	27
b) AGB-Kontrolle im Arbeitsvertragsrecht – Einzelne Vertragsklauseln .....	28
B. Mängel beim Vertragsschluss – Fehlerhafter Arbeitsvertrag .....	31
I. Fehlende oder beschränkte Geschäftsfähigkeit .....	31
II. Nichtigkeit nach § 134 BGB bzw. § 138 BGB .....	32
III. Anfechtung des Arbeitsvertrages .....	32
IV. Das fehlerhafte (faktische) Arbeitsverhältnis .....	35
■ Check: Begründung und Mängel des Arbeitsverhältnisses .....	36
<b>4. Abschnitt: Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien .....</b>	<b>38</b>
A. Arbeitspflicht und Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers .....	38
I. Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers .....	38
1. Der Umfang der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers ...	38
a) Regelmäßige Arbeitszeit .....	38
b) Vorübergehende Verlängerung oder Verkürzung der Arbeitszeit .....	39
c) Anspruch auf Verkürzung bzw. Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit .....	40
2. Die Lage der Arbeitszeit .....	41
II. Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers.....	41
B. Vergütungspflicht des Arbeitgebers und Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers .....	42
I. Die Arbeitsvergütung .....	42

1. Vergütungshöhe: Grundsatz der Vertragsfreiheit .....	42
2. Gesetzlicher Mindestlohn .....	42
II. Schutz des Arbeitseinkommens .....	45
C. Das Urlaubsrecht .....	45
I. Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub .....	45
1. Dauer des gesetzlichen Mindesturlaubs .....	45
2. Entstehung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs .....	46
3. Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 Abs. 3 BUrlG .....	46
4. Erfüllung des Urlaubsanspruchs, § 362 BGB .....	47
5. Erwerbsverbot während des Urlaubs, § 8 BUrlG .....	48
6. Ausschluss von Doppelansprüchen beim Arbeitgeberwechsel nach § 6 Abs. 1 BUrlG .....	48
II. Urlaubsentgelt, § 11 BUrlG .....	48
III. Urlaubsabgeltung nach § 7 Abs. 4 BUrlG .....	49
IV. Der übergesetzliche Urlaub .....	49
■ Check: Arbeit, Vergütung und Urlaub .....	50

<b>5. Abschnitt: Nichterfüllung der Arbeitspflicht und Fallgruppen „Lohn ohne Arbeit“ .....</b>	<b>52</b>
A. Nichterfüllung der Arbeitspflicht und Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers .....	52
I. Kein vollstreckbarer Anspruch auf Erfüllung der Arbeitspflicht .....	52
II. Rechtsfolgen bei Nichterfüllung der Arbeitspflicht .....	52
B. Fallgruppen „Lohn ohne Arbeit“ .....	53
I. Vom Arbeitgeber zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB .....	53
II. Vorübergehende Verhinderung des Arbeitnehmers aus persönlichen Gründen, § 616 BGB .....	54
III. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall .....	55
1. Voraussetzungen des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall .....	55
2. Höhe der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall .....	57
IV. Feiertagsvergütung nach § 2 EFZG .....	57
V. Annahmeverzug des Arbeitgebers .....	57
1. Voraussetzungen des Annahmeverzuges .....	57
2. Rechtsfolgen des Annahmeverzuges .....	59
VI. Betriebsrisiko des Arbeitgebers, § 615 S. 3 BGB .....	60
VII. Arbeitsversäumnis von Arbeitnehmervertretern .....	61

VIII. Mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbote .....	61
■ Check: Nichterfüllung der Arbeitspflicht – Lohn ohne Arbeit .....	62
C. Nebenpflichten der Arbeitsvertragsparteien .....	64
I. Nebenpflichten des Arbeitgebers .....	64
1. Einzelne Nebenpflichten des Arbeitgebers .....	64
2. Mögliche Rechtsfolgen bei Nebenpflicht- verletzungen durch den Arbeitgeber .....	65
II. Nebenpflichten des Arbeitnehmers .....	65
1. Einzelne Nebenpflichten des Arbeitnehmers .....	65
2. Mögliche Rechtsfolgen bei Nebenpflicht- verletzungen durch den Arbeitnehmer .....	66
D. Haftung im Arbeitsverhältnis und innerbetrieblicher Schadensausgleich .....	66
I. Haftung im Arbeitsverhältnis nach einem Arbeitsunfall .....	67
1. Haftungsprivilegierung des Arbeitgebers nach § 104 SGB VII .....	67
2. Haftungsprivilegierung der Arbeitnehmer nach §§ 105, 106 Abs. 3 Alt. 3 SGB VII .....	68
II. Haftung der Vertragsparteien außerhalb der Haftungsprivilegierung nach §§ 104–106 SGB VII .....	68
1. Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber .....	68
2. Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Arbeitskollegen und Betriebsfremden .....	69
3. Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden des Arbeitnehmers .....	70
E. Betriebsübergang i.S.d. § 613 a BGB .....	71
I. Rechtsgeschäftlicher Übergang des Betriebes oder eines Betriebsteils auf einen neuen Betriebsinhaber .....	71
1. Vorliegen eines Betriebsübergangs .....	71
2. Rechtsfolgen des Betriebsübergangs .....	71
a) Arbeitgeberwechsel und Fortgeltung arbeitsvertraglicher Rechte und Pflichten, § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB .....	71
b) Fortgeltung von Rechtsnormen eines Tarifvertrages und einer Betriebsvereinbarung, § 613 a Abs. 1 S. 2–4 BGB .....	72
II. Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers, § 613 a Abs. 6 BGB .....	72

III. Kündigung wegen eines Betriebsübergangs .....	73
■ Check: Nebenpflichten, Haftung, Betriebsübergang .....	74
<b>6. Abschnitt: Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses .....</b>	<b>76</b>
A. Der Aufhebungsvertrag .....	76
B. Die Befristung des Arbeitsverhältnisses .....	77
I. Befristung ohne Sachgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG .....	78
II. Befristung mit Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG .....	79
III. Folgen unwirksamer Befristungsvereinbarungen .....	79
C. Auflösende Bedingung, § 21 TzBfG .....	80
■ Check: Aufhebungsvertrag und Befristung .....	81
D. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses .....	82
I. Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer .....	82
II. Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber .....	83
1. Differenzierung nach Notwendigkeit der Beachtung von Kündigungsschutzbestimmungen .....	83
a) Einschränkungen des Grundsatzes der Kündigungsfreiheit .....	83
b) Nichtanwendbarkeit von Kündigungsschutzbestimmungen .....	83
2. Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen .....	84
a) Ordnungsgemäße Kündigungserklärung .....	84
b) Schriftformerfordernis des § 623 BGB .....	84
c) Zugang der Kündigungserklärung .....	85
d) Kündigung des Arbeitgebers .....	85
e) Einhaltung der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG .....	86
f) Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates, § 102 BetrVG .....	86
g) Anhörung der Schwerbehindertenvertretung vor der Kündigung eines schwerbehinderten Menschen nach § 178 Abs. 2 SGB IX .....	88
3. Besonderer Kündigungsschutz .....	88
■ Check: Formelle Wirksamkeitsvoraussetzung – Besonderer Kündigungsschutz.....	90
4. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG .....	91
a) Anwendbarkeit des KSchG nach §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG .....	91

aa) Persönlicher Anwendungsbereich, § 1 Abs. 1 KSchG .....	91
bb) Betrieblicher Anwendungsbereich, § 23 Abs. 1 S. 1–4 KSchG .....	91
b) Voraussetzungen für die soziale Rechtfertigung der Arbeitgeberkündigung nach § 1 KSchG .....	92
aa) Die personenbedingte Kündigung .....	92
bb) Die verhaltensbedingte Kündigung .....	94
cc) Betriebsbedingte Kündigung – Erforderlichkeit der sozialen Auswahl, § 1 Abs. 2, 3 KSchG .....	95
(1) „Normalfall“ der betriebsbedingten Kündigung.....	95
(2) Massenentlassung, § 17 KSchG.....	97
(3) Betriebsänderung und Interessen- ausgleich mit Namensliste, § 1 Abs. 5 KSchG, § 125 InsO .....	97
5. Kündigungsfristen bei Arbeitgeberkündigungen .....	98
■ Check: Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG.....	99
III. Die außerordentliche Kündigung gemäß § 626 BGB .....	101
1. Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung .....	101
2. Einhaltung bestehender besonderer Kündigungsschutzbestimmungen .....	101
3. Wichtiger Kündigungsgrund i.S.d. § 626 BGB .....	102
IV. Die Änderungskündigung nach § 2 KSchG .....	105
■ Check: Außerordentliche Kündigung – Änderungs- kündigung .....	107
E. Das Arbeitszeugnis .....	108
■ Schema für die Unwirksamkeit einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung.....	110

## Einleitung – Der arbeitsrechtliche Fall

Das vorliegende Skript soll Ihnen zum einen einen ersten Überblick über die Systematik und die Grundkenntnisse des Arbeitsrechts verschaffen und zum anderen die Vorgehensweise bei der Lösung arbeitsrechtlicher Fälle aufzeigen.

Bei den arbeitsrechtlichen Fällen, die den Pflichtteilbereich betreffen, geht es regelmäßig entweder darum, gegenseitige Ansprüche der Arbeitsvertragsparteien oder den vom Arbeitnehmer geltend gemachten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu prüfen.

### A. Arbeitsrechtliche Ansprüche

Da das Arbeitsverhältnis ein (Dauer-)Schuldverhältnis ist, sind bei der Prüfung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen im Wesentlichen die gleichen drei Prüfungsschritte einzuhalten, die auch sonst bei der Prüfung von Ansprüchen eines Gläubigers gegen einen Schuldner einzuhalten sind. Insoweit kann zunächst auf die Darstellungen in den AS-Basis skripten BGB AT und Schuldrecht AT verwiesen werden.

Zur Wiederholung werden diese Schritte in diesem Skript nochmal kurz dargestellt:

#### 1. Schritt: Das Erfassen der Aufgabe

Bei diesem Arbeitsschritt ist die genaue gedankliche Erfassung des Sachverhalts und die genaue Konkretisierung der Fallfrage (Wer will was, von wem, woraus?) erforderlich.

#### 2. Schritt: Erstellen einer Gliederung

Bei diesem Schritt sind die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu suchen und zu ordnen. Dabei ist zu beachten, dass es im Arbeitsvertragsrecht eine Vielzahl von gesetzlichen Sonderregelungen gibt, aus denen sich die begehrte Rechtsfolge ergibt und die grds. Vorrang vor den für alle schuldrechtlichen Fälle geltenden BGB-Vorschriften (*lex specialis* vor *lex generalis*) haben.

Im Rahmen der Prüfung eines arbeitsrechtlichen Falles können Probleme beim Zustandekommen des Arbeitsvertrages auftreten oder Leistungsstörungen vorliegen, sodass der Bearbeiter auf die Kenntnisse des BGB AT (z.B. Willensmängel, Abgabe und Zugang von Willenserklärungen, Formerfordernisse, Stellvertretung) und des Schuldrechts AT (z.B. Schuldnerverzug, Unmöglichkeit) zurückgreifen kann. Dabei muss er aber immer im Auge behalten, dass

das Arbeitsvertragsrecht Sonderregelungen enthalten kann und häufig aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes auch enthält.

### 3. Schritt: Erstellen der Falllösung

In diesem Schritt werden die in den beiden vorangegangenen Arbeitsschritten erzielten Ergebnisse bei einer Klausur gedanklich geordnet niedergeschrieben oder mündlich vorgetragen.

Um diese drei Prüfungsschritte bei der Bearbeitung eines arbeitsrechtlichen Falles erfolgreich anwenden zu können, sind also neben den Kenntnissen der allgemeinen Probleme des BGB zwingend auch die arbeitsrechtlichen Spezialkenntnisse erforderlich.

Der Arbeitsrechtsfall ist also zunächst ein ganz „normaler“ Zivilrechtsfall, bei dessen Lösung zusätzlich auch das Arbeitsrecht beachtet werden muss, das häufig Sonderregelungen enthält, die vorrangig sind.

## B. Bestand des Arbeitsverhältnisses

Bei diesen Fallgestaltungen kommt es nicht selten bereits auf das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Beendigungserklärung an, für die grds. die Regeln des BGB AT über Willenserklärungen gelten, wobei die Schriftformklausel des § 623 BGB zu beachten ist.

Die wichtigsten Beendigungstatbestände sind die Anfechtung der auf den Abschluss des Arbeitsvertrages gerichteten Willenserklärung durch den Arbeitgeber wegen arglistiger Täuschung durch Falschbeantwortung einer Einstellungsfrage oder durch Verschweigen einer bestimmten Tatsache, der Ablauf der vereinbarten Befristung sowie die Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist stets daran zu denken, dass zugunsten besonders schutzbedürftiger Arbeitnehmer (z.B. schwerbehinderte Menschen) besondere Kündigungsschutzbestimmungen eingreifen können. Außerdem ist zu beachten, dass bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes in persönlicher und betrieblicher Hinsicht nach §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG die Kündigung nur beim Vorliegen einer sozialen Rechtfertigung wirksam ist, wobei die Unwirksamkeit einer formgerechten Kündigung nur innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG mit Erfolg geltend gemacht werden kann.

Bei **Befristungen** sind die besonderen Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) einschließlich der dreiwöchigen Klagefrist des § 17 TzBfG zu beachten.

## 1. Abschnitt: Grundbegriffe des Arbeitsrechts

Das Arbeitsrecht insgesamt ist grundsätzlich dem Privatrecht zuzuordnen. Es wird häufig auch als das Sonderrecht oder Schutzrecht der Arbeitnehmer bezeichnet. Es ist historisch aus der Bemühung heraus entstanden, der schwierigen sozialen Lage des Arbeitnehmers im Rahmen einer privatrechtlichen Dauervertragsbeziehung mit Mitteln einer rechtlichen Sondermaterie Rechnung zu tragen, die die schutzwürdigen Belange des Arbeitnehmers als schwächeren Vertragspartner auch bei grundsätzlicher Geltung der Vertragsfreiheit ausreichend berücksichtigt.

### A. Das Arbeitsverhältnis

Als Arbeitsverhältnis wird allgemein die **Gesamtheit der durch einen Arbeitsvertrag i.S.d. § 611 a BGB begründeten Rechtsbeziehungen zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber** definiert. Ob ein Arbeitsverhältnis, also eine Rechtsbeziehung zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber, vorliegt und damit die arbeitsrechtlichen Sonderregelungen eingreifen, ist ausgehend vom Arbeitnehmerbegriff zu klären.

### B. Begriff des Arbeitnehmers

Obwohl der Arbeitnehmerbegriff der zentrale Begriff des Arbeitsrechts ist, der insbesondere für die Anwendung der arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen maßgeblich ist, gab es bisher keine gesetzliche Definition des Arbeitnehmers. Daran ändert an sich auch der seit dem 01.04.2017 geltende § 611 a BGB nichts, der entgegen dem ursprünglichen Gesetzesentwurf nicht unmittelbar eine Definition des Arbeitnehmers, sondern ausweislich seiner Überschrift die des Arbeitsvertrages enthält. Aus dem Begriff des Arbeitsvertrages folgt aber inzident auch der Arbeitnehmerbegriff. **Arbeitnehmer ist nach § 611 a Abs. 1 BGB** derjenige, der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. **Voraussetzungen für die Arbeitnehmereigenschaft** eines Beschäftigten sind also:

- Privatrechtlicher Vertrag
- Dienstleistung für einen anderen, also Dienstvertrag, § 611 BGB
- Unselbstständigkeit der Dienstleistung wegen persönlicher Abhängigkeit

## I. Privatrechtlicher Vertrag

Durch dieses Merkmal unterscheidet sich der Arbeitnehmer von anderen Beschäftigten, die die Arbeiten nicht aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages verrichten, sondern aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage (z.B. Beamtenverhältnis, Heranziehung zu einer gemeinnützigen Arbeit durch einen Verwaltungsakt, Angehörige religiöser Orden). Bei Heranziehung zur Arbeit durch einen staatlichen Hoheitsakt kommt es auf die Rechtmäßigkeit des Hoheitsaktes grundsätzlich nicht an, da auch bei Rechtswidrigkeit des Hoheitsaktes keine privatrechtliche, sondern eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung vorliegt.

## II. Dienstleistung für einen anderen, also Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB

Der **Arbeitsvertrag i.S.d. § 611 a BGB** ist nur ein **Sonderfall des Dienstvertrages**, wie schon die systematische Stellung des § 611 a BGB zeigt. Die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft i.S.d. § 611 a Abs. 1 BGB setzt demnach zwingend die Verpflichtung zur Erbringung einer Dienstleistung i.S.d. § 611 BGB voraus, also einer **Tätigkeit für den Dienstherrn ohne Gewähr für einen bestimmten Erfolg**. Bei Anhaltspunkten im Sachverhalt ist eine genaue Abgrenzung von anderen Vertragstypen erforderlich, insbesondere von einem Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB (Erfolg geschuldet) oder einem Gefälligkeitsverhältnis ohne Verpflichtung zur Leistungserbringung.

Bei **Tätigkeiten des Gesellschafters einer Personenhandels-gesellschaft** ist im Einzelfall zu prüfen, ob Grundlage der Tätigkeit ein Arbeitsvertrag oder „nur“ der Gesellschaftsvertrag ist, da der Beitrag eines Gesellschafters nach § 706 Abs. 3 BGB auch in der Leistung von Diensten bestehen kann (Tätigkeit eines Gesellschafters auf gesellschaftsrechtlicher Basis).

## III. Unselbstständigkeit der Dienstleistung aufgrund persönlicher Abhängigkeit

Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers entscheidend durch den **Grad der persönlichen Abhängigkeit**, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. **Keine Bedeutung** hat dagegen eine rein **wirtschaftliche Abhängigkeit**.

Für die **Abgrenzung Arbeitnehmer/Selbstständiger**, die häufig das Hauptproblem bei der Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft ist, gibt es auch nach der Einführung des § 611 a Abs. 1 BGB **keine allgemeingültigen abstrakten Abgrenzungskriterien**. § 611 a Abs. 1 BGB selbst enthält zum Arbeitnehmerbegriff inhaltlich auch nichts Neues, sondern normiert nur die von der Rspr. entwickelten Abgrenzungsgrundsätze zur Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft. Es kann daher ohne Weiteres auf die von der bisherigen Rspr. entwickelten Abgrenzungskriterien zurückgegriffen werden.

**Ausgangspunkt für die Prüfung der persönlichen Abhängigkeit ist § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB**, wonach weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit selbst bestimmen kann. Dabei ist zu beachten, dass es kein Merkmal gibt, das unverzichtbar vorliegen muss, damit man von persönlicher Abhängigkeit sprechen kann. Ebenso wenig gibt es aber ein Merkmal der persönlichen Abhängigkeit, das sich nicht auch gelegentlich bei Selbstständigen findet.

Ob Tätigkeiten in persönlicher Abhängigkeit erbracht werden, ist gemäß **§ 611 a Abs. 1 S. 5 BGB** aufgrund einer wertenden **Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls** (Indizien) zu ermitteln. **Maßgeblich** sind dabei, sofern die Vertragsparteien nicht ausdrücklich ein Arbeitsverhältnis begründet haben, **nach § 611 a Abs. 1 S. 6 BGB die objektiven Vertragsumstände**, wobei die Umstände je nach Einzelfall unterschiedliches Gewicht haben können. Der rechtlichen Qualifizierung des Vertrages durch die Parteien als Dienstvertrag kommt danach keine Bedeutung zu, wenn die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses zeigt, dass es sich in Wirklichkeit um ein Arbeitsverhältnis handelt. Die Parteien können also die zwingenden Arbeitnehmerschutzbestimmungen nicht dadurch umgehen, dass sie einem nach den objektiven Umständen der Vertragsdurchführung tatsächlich vorliegenden Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben.

**Die wichtigsten Indizien für eine persönliche Abhängigkeit sind:**

- Weisungsbindung hinsichtlich der Art und Weise, der Zeit und Dauer sowie des Ortes der Tätigkeit und
- Eingliederung in fremde Betriebsorganisation

**Für die Arbeitnehmereigenschaft spricht** außerdem, wenn die gesamte Arbeitskraft geschuldet wird, sodass keine Möglichkeit einer weiteren wirtschaftlichen Betätigung besteht; müssen dage-

Vgl. auch § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, dem bisher eine allgemeingültige gesetzgeberische Wertung entnommen wurde.

gen wegen des übernommenen Arbeitsvolumens auch Dritte beschäftigt werden, spricht das gegen die Arbeitnehmereigenschaft.

Außerdem können im **Einzelfall folgende Indizien nützlich** sein, deren Fehlen zwar nicht gegen die Arbeitnehmereigenschaft spricht, das Vorliegen aber dafür sprechen kann:

- **Beispiele:** Festes Monatsentgelt, Abführung von Lohnsteuern und von Sozialversicherungsbeiträgen, Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, unternehmerisches Risiko (für Selbstständigkeit)

## C. Begriff des Arbeitgebers

Arbeitgeber ist jede natürliche oder juristische Person sowie jede (teil-)rechtsfähige Personengesellschaft, die zumindest einen Arbeitnehmer oder eine arbeitnehmerähnliche Person schon beschäftigt bzw. eine entsprechende Beschäftigungsabsicht hat. Damit ist nach heute ganz h.M. auch die BGB-Gesellschaft als solche Arbeitgeber und nicht die einzelnen BGB-Gesellschafter.

## D. Arbeitsrecht und besondere Personengruppen

### I. Leitende Angestellte

Leitende Angestellte sind zwar **Arbeitnehmer**, sie werden aber im Unternehmen **an herausgehobener Stelle tätig** und nehmen für den Arbeitgeber in eigener Verantwortung typische Arbeitgeberfunktionen mit einem eigenen, erheblichen Entscheidungsspielraum wahr. Bildlich gesprochen stehen sie also **„im Lager“ des Arbeitgebers**. Dies rechtfertigt es, dass die **arbeitsrechtlichen Vorschriften** für leitende Angestellte wegen deren Aufgaben und Stellung im Unternehmen **teilweise nur eingeschränkt** (z.B. § 14 Abs. 2 KSchG) **oder gar nicht gelten** (z.B. § 18 ArbZG). Es gibt allerdings keinen einheitlichen Begriff des leitenden Angestellten. Vielmehr wird er im jeweiligen Gesetz definiert und kann daher (leicht) variieren (z.B. § 5 Abs. 3 BetrVG und § 14 Abs. 2 KSchG).

Den leitenden Angestellten obliegen wegen ihrer herausgehobenen Stellung und des damit verbundenen Vertrauens auch **gesteigerte Pflichten** gegenüber dem Arbeitgeber, sodass Vertragsverstöße strenger beurteilt und als Kündigungsgrund angesehen werden können als es bei „normalen“ Arbeitnehmern der Fall ist.

**Leitende Angestellte** sind nach der **Fiktion des § 5 Abs. 3 BetrVG keine Arbeitnehmer i.S.d. BetrVG**. Das BetrVG ist daher auf sie nicht anwendbar, insbesondere der Betriebsrat für sie nicht zustän-

dig (Ausnahme: § 104 BetrVG). In Betrieben mit mindestens zehn leitenden Angestellten können aber nach § 1 SprAuG Sprecherausschüsse gebildet werden, die die Rechte der leitenden Angestellten wahrnehmen.

## II. Arbeitnehmerähnliche Personen

Arbeitnehmerähnliche Personen sind **Selbstständige**, die mangels persönlicher Abhängigkeit keine Arbeitnehmer sind, die aber

- von einem Unternehmer wirtschaftlich abhängig und
- ihrer gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig sind.

An die Stelle der persönlichen Abhängigkeit tritt also bei den arbeitnehmerähnlichen Personen die wirtschaftliche Abhängigkeit, die allerdings allein noch nicht ausreicht.

Die **wirtschaftliche Abhängigkeit** ist gegeben, wenn der Betroffene auf die Verwertung seiner Arbeitskraft und die Einkünfte aus seiner Tätigkeit als Existenzgrundlage angewiesen ist. Dies kann insbesondere bei der Tätigkeit für nur einen Auftraggeber der Fall sein, wobei diesbezüglich eine gewisse Dauerbeziehung vorausgesetzt wird. Eine arbeitnehmerähnliche Person kann auch für mehrere Auftraggeber tätig sein, wenn die Beschäftigung für einen von ihnen überwiegt und die daraus fließende Vergütung die entscheidende Existenzgrundlage darstellt.

Der **Beschäftigte ist einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig**, wenn das Maß der Abhängigkeit nach der Verkehrsanschauung einen solchen Grad erreicht, wie er im Allgemeinen nur in einem Arbeitsverhältnis vorkommt, und die geleisteten Dienste nach ihrer soziologischen Typik mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar sind.

In verschiedenen arbeitsrechtlichen Gesetzen (z.B. § 2 S. 2 BUrlG, § 1 Abs. 2 Nr. 7 MuSchG) werden arbeitnehmerähnliche Personen den Arbeitnehmern gleichgestellt. In prozessrechtlicher Hinsicht gelten allerdings arbeitnehmerähnliche Personen gemäß **§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG** als Arbeitnehmer i.S.d. ArbGG, sodass für deren Streitigkeiten gegen den Unternehmer der **Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet** ist.

## III. Heimarbeiter

**Heimarbeiter** sind ebenfalls **keine Arbeitnehmer**. Für sie finden sich **Sonderregelungen im HAG**. Arbeitsrechtsgesetze gelten für

- 1. Was regelt das ArbZG?**
  - 1.** Die öffentlich-rechtlich höchstzulässigen Arbeitszeiten, nicht die vom Arbeitnehmer tatsächlich geschuldete Arbeitszeit. Diese richtet sich in erster Linie nach dem Arbeitsvertrag bzw. einem Tarifvertrag.
- 2. Sind vorübergehende Verlängerungen oder Verkürzungen der vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit durch den Arbeitgeber zulässig?**
  - 2.** Nur, wenn eine entsprechende Regelung vorliegt und außerdem das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG beachtet wurde (sog. doppelte Wirksamkeitsvoraussetzung).
- 3. Kann ein Arbeitnehmer ohne besonderen Grund eine Verkürzung und Neuverteilung seiner Arbeitszeit verlangen?**
  - 3.** Ja, nach Maßgabe des § 8 TzBfG, wenn das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate besteht und der Arbeitgeber ohne Auszubildende i.d.R. mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt.
- 4. Welche Bedeutung haben Angaben zur Lage der Arbeitszeit im Arbeitsvertrag?**
  - 4.** Grds. nur als Bekanntgabe der „zurzeit“ geltenden betrieblichen Arbeitszeiten zu verstehen, da die Lage der Arbeitszeit regelmäßig den betrieblichen Notwendigkeiten angepasst werden muss. Verbindliche Festlegung nur, wenn dies eindeutig geregelt ist.
- 5. Wodurch unterscheidet sich der Beschäftigungsanspruch von dem Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers?**
  - 5.** Beschäftigungsanspruch ist der Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis. Beim Weiterbeschäftigungsanspruch geht es um die Beschäftigung für die Zeit nach Ablauf des zwischen den Parteien streitigen Beendigungstermins bis zum rechtskräftigen Abschluss des Bestandsschutzprozesses.
- 6. Können die Parteien die Höhe der Vergütung frei vereinbaren?**
  - 6.** Grds. ja, aber der branchenübergreifende gesetzliche Mindestlohn nach § 1 MiLoG von 9,60 € darf nicht unterschritten werden (§ 3 MiLoG). Als untere Lohngrenze kann u.U. ein höherer branchenspezifischer Mindestlohn nach Maßgabe des AEntG sowie ein nach § 4 TVG zwingend geltender Tariflohn in Betracht kommen.
- 7. Welcher Lohn ist geschuldet, wenn die Lohnvereinbarung nicht „nur“ nach § 3 MiLoG unwirksam, sondern auch sittenwidrig nach § 138 BGB ist?**
  - 7.** Die Vergütungsvereinbarung ist nach h.M. insgesamt unwirksam. Es gilt nach § 612 BGB jedenfalls die übliche Vergütung als stillschweigend vereinbart, die regelmäßig höher ist als der gesetzliche Mindestlohn.
- 8. Ist die Anspruchsgrundlage für den Lohnanspruch geregelt?**
  - 8.** Ja, in § 611 a Abs. 2 BGB.

### Schema für die Wirksamkeitsprüfung einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung

- I. Vorliegen einer ordnungsgemäßen Kündigungserklärung**
    1. Begrifflich ordentliche oder außerordentliche Kündigung
    2. Wirksamkeit nach **§§ 130, 164 BGB** (Abgabe, Zugang und Stellvertretung)
    3. Einhaltung der **Schriftform** (§§ 623, 126 BGB), die sich mangels abweichender Regelung nur auf die Kündigung selbst bezieht
  - II. Einhaltung der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG** (Ausnahme: § 4 S. 4 KSchG); bei Fristversäumung: nachträgliche Klagezulassung nach § 5 KSchG – sonst Fiktion des § 7 KSchG: Kündigung gilt als wirksam.
  - III. Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG** (Personalrat nach § 75 BPersVG bzw. LPersVG oder Mitarbeitervertretung bei kirchlichen Arbeitgebern). **Bei Schwerbehinderten auch ordnungsgemäße Anhörung der Schwerbehindertenvertretung, § 178 Abs. 2 S. 1, 3 SGB IX**
  - IV. Besonderer Kündigungsschutz**, z.B. § 17 MuSchG (Schwangere), § 168 SGB IX (Schwerbehinderte) und § 15 KSchG (Betriebsräte).
  - V. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG**
    1. Anwendbarkeit nach §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG
    2. Soziale Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2, 3 KSchG
      - a) Kündigungsgrund (s. unten) und Interessenabwägung im Einzelfall
        - personenbedingt
        - verhaltensbedingte Kündigung: grds. vorherige Abmahnung erforderlich
        - betriebsbedingt und außerdem soziale Auswahl, § 1 Abs. 3 KSchG
      - b) § 1 Abs. 2 S. 2, 3 KSchG: Absolute Sozialwidrigkeit (keine Interessenabwägung), wenn wirksamer Widerspruch des Betriebsrates  
**Bei außerordentlicher Kündigung** wird statt der sozialen Rechtfertigung nach § 1 KSchG ein wichtiger Grund nach Maßgabe des § 626 BGB geprüft.
  - VI. Kündigung außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG:** Keine Unwirksamkeit nach den Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB, wenn KSchG nicht anwendbar
  - VII. Einhaltung der Kündigungsfrist:** § 622 BGB, wenn keine abweichende Regelung vorhanden
- Sind diese Kündigungsschutzbestimmungen nicht anwendbar, kommt eine **Unwirksamkeit der Kündigung nach den Generalklauseln des § 138 BGB** (Sittenwidrigkeit) **bzw. § 242 BGB nur ausnahmsweise** in Betracht, da der sonst geltende Grundsatz der Kündigungsfreiheit nicht auf Umwegen über die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB umgangen werden darf.