



Skripten von Alpmann Schmidt – das komplette Examenwissen, systematisch und klausurtypisch aufbereitet

Arbeitsrecht
22. Auflage 2019

Inhalt

Allgemeine Lehren: Anwendungsbereich und Grundbegriffe; rechtssystematische Einordnung; Rechtsschutz; Arbeitsgerichtsbarkeit.

Individualarbeitsrecht: Arbeitsverhältnis: Begründung und Mängel; Rechte und Pflichten; Pflichtverletzungen und deren Folgen, insbesondere Lohn ohne Arbeit; Beendigung, insbesondere Kündigung; Wechsel des Betriebsinhabers; Berufsausbildungsverhältnis.

Kollektives Arbeitsrecht im Überblick: Koalitionen, Koalitionsfreiheit; Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände; Tarifvertragsrecht; Arbeitskampfrecht; Streik und Aussperrung; Betriebsverfassungsrecht.

Höchste Aktualität – Neuheiten

Neuregelung des § 611 a BGB und zahlreiche Gesetzesänderungen, insbesondere des MuSchG, SGB IX, TzBfG und § 4 a TVG

Rechtsprechung und Literatur sind auf neuestem Stand (15. April 2019), insbesondere zur AGB-Kontrolle bei Formarklauseln, zur Bedeutung des AGG und zum Verbot der Diskriminierung wegen Alters und der Religion im Arbeitsrecht, zum Mindestlohn, zu Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen sowie zum Kündigungsrecht.

ISBN: 978-3-86752-621-0



€ 22,90

Sie erhalten die Karteikarten Arbeitsrecht zu einem vergünstigten Preis, wenn Sie sie zusammen mit diesem Skript erwerben.

Erhältlich bei jedem teilnehmenden Buchhändler.

Im Paket
günstiger!



Alpmann Schmidt

Arbeitsrecht

2019



Skripten

Marschollek

Arbeitsrecht

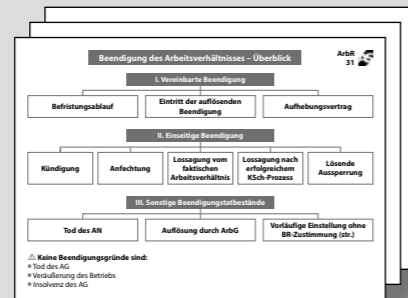
22. Auflage 2019

Alpmann Schmidt



KK Karteikarten

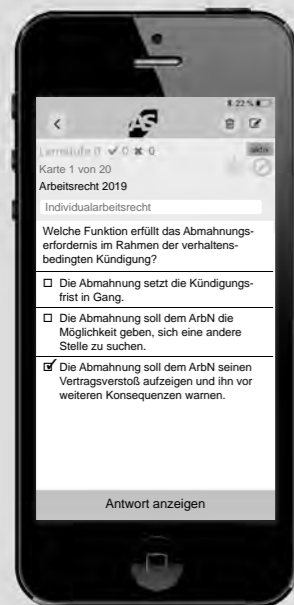
Passend zu jedem S-Skript!



- Komprimierte Darstellung des examensrelevanten Stoffs
- **Übersichten, Schaubilder und Schemata** ermöglichen das schnelle Erfassen, Verstehen und Wiederholen des Rechtsgebiets

EL E-LEARNING

Passend zu jedem S-Skript!

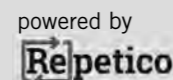


- Überall lernen, im Browser oder in der App, auch offline
- **Frage-Antwort-Modus** (Freitext und Multiple-Choice)
- Individuell editierbar
- Wissenschaftlich erprobtes Wiedervorlagesystem

Alpmann Schmidt Jura App:
kostenlos zum Download



Die Lernkarten **passend zu diesem Skript** finden Sie hier:
www.repetico.de/alpmann-schmidt



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: bit.ly/2JywhcT

ARBEITSRECHT

2019

Günter Marschollek
Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

ALPMANN UND SCHMIDT Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG
48143 Münster, Alter Fischmarkt 8, 48001 Postfach 1169, Telefon (0251) 98109-0
AS-Online: www.alpmann-schmidt.de

Zitiervorschlag: Marschollek, Arbeitsrecht, Rn.

Marschollek, Günter

Arbeitsrecht

22., neu bearbeitete Auflage 2019

ISBN: 978-3-86752-621-0

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

Die Vervielfältigung, insbesondere das Fotokopieren der Skripten,
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

INHALTSVERZEICHNIS

1. Teil: Allgemeine Lehren 1

**1. Abschnitt: Anwendungsbereich des Arbeitsrechts und Grundbegriffe:
Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Angestellte und Arbeiter** 1

A. Der vom Arbeitsrecht geregelte Lebenssachverhalt 1

B. Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts, Arbeitnehmer und Arbeitgeber,
Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis 4

 I. Einleitung 4

 II. Der Begriff des Arbeitnehmers 4

 Fall 1: Kündigung des Orchestermusikers 4

 III. Der Begriff des Arbeitgebers 13

 IV. Anwendbarkeit des Arbeitsrechts auf besondere Personengruppen 15

 1. Die arbeitnehmerähnlichen Personen 15

 Fall 2: Der Reporter 15

 2. Die in Heimarbeit Beschäftigten 18

 3. Die Organmitglieder juristischer Personen 19

 Fall 3: Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers 19

C. Die Einteilung der Arbeitnehmer in Arbeiter und Angestellte;
die Rechtsstellung der leitenden Angestellten 24

 I. Die Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern 24

 II. Die Rechtsstellung der leitenden Angestellten 26

■ Zusammenfassende Übersicht: Das Arbeitsrecht ist das Sonderrecht
(Schutzrecht) der Arbeitnehmer 27

**2. Abschnitt: Das Arbeitsrecht im Rechtssystem; die arbeitsrechtlichen
Rechtsquellen und Gestaltungsfaktoren** 28

A. Das Arbeitsrecht im Rechtssystem 28

 I. Die Stellung des Arbeitsrechts in der Rechtsordnung 28

 II. Die Gliederung des Arbeitsrechts 28

 1. Das Individualarbeitsrecht 29

 2. Das kollektive Arbeitsrecht 31

 3. Sonstige für das Arbeitsrecht bedeutsame Gesetze 31

B. Die arbeitsrechtlichen Rechtsquellen und Gestaltungsfaktoren sowie
deren Rangfolge 32

 I. Die arbeitsrechtliche Rechtsquellenlehre 32

 1. Die Rangfolge der arbeitsrechtlichen Gestaltungsfaktoren 32

 2. Die Rangregeln für die Lösung der Konkurrenz zwischen
mehrerer Gestaltungsfaktoren 33

II. Die einzelnen arbeitsrechtlichen Gestaltungsfaktoren	34
1. Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Arbeitsrecht	34
2. Das Verfassungsrecht, insbesondere die Grundrechte	36
Fall 4: Der radikale Bankangestellte	37
3. Die arbeitsrechtlichen Gesetze einschließlich des Gewohnheitsrechts	39
4. Der Tarifvertrag	40
5. Die Betriebsvereinbarung	51
6. Der Arbeitsvertrag	58
a) Allgemeine Arbeitsbedingungen	59
b) Die betriebliche Übung	68
Fall 5: Weihnachtsgeld ohne Vorbehalt	68
c) Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	72
Fall 6: Gleichbehandlung bei rückwirkender Lohnerhöhung	72
7. Das dispositive Recht	76
8. Das Direktionsrecht	76
Fall 7: Forschung und Gewissen	76
■ Zusammenfassende Übersicht: Einstellung des Arbeitsrechts.....	81
3. Abschnitt: Der Rechtsschutz im Arbeitsrecht – Arbeitsgerichtsbarkeit	82
A. Aufgabenbereich der Arbeitsgerichte	
(§ 1 ArbGG: „Gerichte für Arbeitsachen“)	82
I. Maßgebliche Zuständigkeitsnormen	82
1. Die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten	82
2. Vorabentscheidung über den Rechtsweg	83
II. Zuständigkeit der Arbeitsgerichte in Sonderfällen	84
B. Instanzenzug der Arbeitsgerichtsbarkeit	84
C. Zusammensetzung der Arbeitsgerichte	84
D. Verfahren vor den Arbeitsgerichten	84
2. Teil: Das Individualarbeitsrecht	87
1. Abschnitt: Begründung und Mängel des Arbeitsverhältnisses	87
A. Das Prinzip der Vertragsfreiheit im Arbeitsvertragsrecht	87
I. Grundsatz der Abschlussfreiheit	87
II. Zustimmung Dritter grds. keine Wirksamkeitsvoraussetzung des Arbeitsvertrages	89
III. Verbot der Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Einstellung nach § 7 Abs. 1 AGG aus den in § 1 AGG genannten Gründen	90
Fall 8: Ablehnung der Einstellung wegen einer Behinderung	90
IV. Grundsatz der Formfreiheit	98

B. Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses;	
Vertrags- und Eingliederungstheorie	99
Fall 9: Kündigung vor Arbeitsantritt	99
C. Die Besonderheiten von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis	101
D. Der fehlerhafte Arbeitsvertrag	103
I. Grundfall; faktisches Arbeitsverhältnis	103
Fall 10: Eine gelungene Überraschung	103
II. Das Arbeitsverhältnis bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit der Arbeitsvertragsparteien	105
1. Bedeutung für die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages	105
2. Rechtsfolgen der Unwirksamkeit bei erbrachter Arbeitsleistung	106
III. Die Anfechtung des Arbeitsvertrages	107
Fall 11: Verfehlte Personalpolitik	107
IV. Teilweise Nichtigkeit des Arbeitsvertrages; Anwendung des § 139 BGB	115
Fall 12: Vertraglicher Ausschluss des Mutterschutzgesetzes?	115
■ Zusammenfassende Übersicht: Begründung und Mängel des Arbeitsverhältnisses	117
2. Abschnitt: Die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis	118
A. Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers	118
I. Inhalt der Arbeitspflicht	118
II. Die Arbeitszeit. Die geschuldete Arbeit und Bezahlung von Überstunden	118
Fall 13: Überstunden, und das am Freitag	118
III. Anspruch des Arbeitnehmers auf Verkürzung bzw. Verlängerung der vertraglich vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit, §§ 8, 9 TzBfG	123
1. Anspruch auf Verkürzung und Neuverteilung der Arbeitszeit	123
2. Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit	125
IV. Die Durchsetzung des Anspruchs auf Arbeit. Schadensersatzpflicht des vertragsbrüchigen Arbeitnehmers	126
Fall 14: Nichtantritt der neuen Stelle	126
B. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung	131
I. Der allgemeine Beschäftigungsanspruch	131
II. Der Weiterbeschäftigungsanspruch	132
1. Voraussetzungen	132
2. Die Rechtsnatur und die Rechtsfolgen der Weiterbeschäftigung	133
C. Die Lohnzahlungspflicht	135
I. Anspruchsgrundlage und Höhe des Arbeitslohnes	135
1. Einzelvertraglicher oder tariflicher Lohnanspruch	135
2. Zwingende gesetzliche Regelungen der Lohnhöhe	136

II. Formen der Lohnzahlung	140
III. Fälligkeit des Lohnanspruchs	143
IV. Lohnschutz	143
D. Erholungsurlaub	144
I. Gesetzlicher Mindesturlaub	144
Fall 15: Der Urlaub des Orchestermusikers	144
II. Voraussetzungen des Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsanspruchs	145
Fall 16: Resturlaub bei Vertragsbeendigung	145
III. Erwerbstätigkeitsverbot während des Urlaubs	149
IV. Weitere Besonderheiten des Urlaubsrechts	149
1. Inhalt und Befristung des Urlaubsanspruchs	149
2. Folgen der Nichtgewährung trotz Urlaubsverlangens	150
3. Vorrang des Urlaubs vor der Urlaubsabgeltung	151
4. Selbstbeurlaubung durch den Arbeitnehmer und Erfüllung des Urlaubsanspruchs durch den Arbeitgeber	152
5. Rechtsnatur des Urlaubs- und des Urlaubsabgeltungsanspruchs und deren Rechtsfolgen	152
6. Unabdingbarkeit der gesetzlichen Urlaubsansprüche	153
7. Doppelurlaubsansprüche beim Arbeitgeberwechsel	154
8. Urlaubsgeld	154
E. Die Nebenpflichten der Arbeitsvertragsparteien, § 241 Abs. 2 BGB	154
I. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers	154
II. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	156
■ Zusammenfassende Übersicht: Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis – Teil 1	159
3. Abschnitt: Zusammenhang zwischen Lohn und Arbeit; innerbetrieblicher Schadensausgleich	160
A. Fallgruppen „Lohn ohne Arbeit“	160
I. Grundsätzlich zu den Ausnahmen („Lohn ohne Arbeit“)	160
Fall 17: Arbeitsausfall wegen smogbedingten Verkehrsverbots	160
II. Übersicht der Fallgruppen „Lohn ohne Arbeit“; Prüfung des Lohnanspruchs ohne Arbeitsleistung	164
B. Vom Arbeitgeber zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung	166
Fall 18: Unachtsames Reinigungspersonal	166
C. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	167
I. Entgeltfortzahlung bei Arbeitern und Angestellten	167
Fall 19: Messerstecherei in der Lila Eule	167
II. Rückgriffsanspruch des Arbeitgebers	170

D. Annahmeverzug des Arbeitgebers	171
Fall 20: Der Herr im Hause	171
E. Die Lehre vom Betriebsrisiko und vom Wirtschaftsrisiko	174
I. Lohnzahlungspflicht beim Betriebsrisiko	174
Fall 21: Betriebsverbot bei Smog (Fortführung von Fall 17)	174
II. Lohnzahlungspflicht und Wirtschaftsrisiko	177
III. Umgehung der Grundsätze des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos	178
F. Innerbetrieblicher Schadensausgleich	178
I. Schlechtleistung des Arbeitnehmers	178
Fall 22: Vergütung für unbrauchbare Arbeitsleistung?	178
II. Sachschaden des Arbeitgebers bei betrieblich veranlasster Tätigkeit; Personenschaden des Arbeitnehmers beim Arbeitsunfall	181
Fall 23: Möbelwagen auf Ölspur	181
III. Haftung des Arbeitgebers für Vermögensschäden des Arbeitnehmers	187
1. Verschuldensabhängige Haftung	187
2. Verschuldensunabhängige Ersatzansprüche des Arbeitnehmers wegen Eigenschäden	187
3. Drittschadenshaftung	189
■ Zusammenfassende Übersicht: Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis – Teil 2	190
4. Abschnitt: Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses	191
A. Die einzelnen Beendigungstatbestände – Übersicht	191
B. Die ordentliche Kündigung	194
I. Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer; Kündigungsfristen	194
Fall 24: Erschwerte Arbeitnehmerkündigung?	194
II. Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber – Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG	198
■ Prüfungsschema für die Kündigung durch den Arbeitgeber	198
1. Der Grundsatz der Kündigungsfreiheit	199
2. Anwendbarkeit des KSchG nach §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG	201
3. Personenbedingte Kündigung – Kündigungsfristen	204
Fall 25: Der leistungsunfähige Walzwerker	204
4. Verhaltensbedingte Kündigung; Abmahnung	211
Fall 26: Voreilige Kündigung	211
5. Betriebsbedingte Kündigung; soziale Auswahl	216
Fall 27: Personalabbau	216
C. Die außerordentliche Kündigung	225
Fall 28: Verdachtskündigung	225


D. Die Änderungskündigung gemäß § 2 KSchG	232
Fall 29: Abteilungswechsel	232
E. Besonderer Kündigungsschutz	236
I. Kündigungsschutz von Mitgliedern oder Wahlbewerbern der Betriebsverfassungsorgane	236
1. Ordentliche Kündigung	236
2. Außerordentliche Kündigung	237
II. Besonderer Kündigungsschutz bei Mutterschutz und Elternzeit	237
1. Besonderer Kündigungsschutz nach MuSchG	237
2. Besonderer Kündigungsschutz nach BEEG	238
III. Besonderer Kündigungsschutz bei Wehr- und Zivildienst	238
1. Besonderer Kündigungsschutz für Wehr- und Zivildienstleistende	238
2. Besonderer Kündigungsschutz für freiwillig Wehrdienstleistende	239
IV. Besonderer Kündigungsschutz schwerbehinderter Menschen	239
Fall 30: Nachträgliche Anerkennung der Schwerbehinderung	239
V. Sonstige Fälle des besonderen Kündigungsschutzes	243
F. Anhörung des Betriebsrats; Nachschieben von Kündigungsgründen	244
I. Grundsätze der ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats	244
II. Nachschieben von Kündigungsgründen	246
G. Das Verhältnis zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Kündigung; Umdeutung einer Kündigung	247
I. Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung	247
II. Umdeutung der Kündigung gemäß § 140 BGB	248
1. Umdeutung der außerordentlichen in ordentliche Kündigung	248
2. Umdeutung einer Kündigungserklärung in andere Beendigungs- tatbestände	249
H. Kündigungsschutzklage; Bedeutung der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG	250
I. Klage gegen eine ordentliche Kündigung	250
Fall 31: Späte Klageerhebung	250
II. Klagefrist bei einer außerordentlichen Kündigung	255
I. Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Kündigungsschutzprozess durch Gerichtsurteil	256
Fall 32: Pauschale Beschuldigungen im Prozess	256
J. Befristete Arbeitsverhältnisse	260
I. Einleitung	260
II. Befristung eines Arbeitsverhältnisses ohne Sachgrund	260
III. Befristung mit Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG	262

IV. Sonstiges zu Befristungsvereinbarungen	264
1. Schriftform	264
2. Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses	265
3. Folgen unwirksamer Befristungsvereinbarung	265
4. Einhaltung der Klagefrist	266
K. Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Eintritt einer auflösenden Bedingung i.S.d. § 158 Abs. 2 BGB, § 21 TzBfG	266
L. Zeugniserteilung	268
Fall 33: Zeugnisinhalt	268
■ Zusammenfassende Übersicht: Beendigungsgründe eines Arbeitsverhältnisses	274
5. Abschnitt: Der Wechsel des Betriebsinhabers (§ 613 a BGB)	275
A. Zunächst ein Fall zur Einführung	275
Fall 34: Betriebsveräußerung	275
B. Der Zweck des § 613 a BGB	276
I. Schutz der bestehenden Arbeitsverhältnisse	276
II. Sicherung der Kontinuität des Betriebsrats	277
III. Eintritt des Erwerbers in die arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten des Veräußerers	277
C. Überblick über weitere Probleme des § 613 a BGB	278
6. Abschnitt: Das Berufsausbildungsverhältnis	279
A. Rechtsgrundlagen	279
B. Begründung und Inhalt des Berufsausbildungsverhältnisses	279
C. Die Beendigung des Ausbildungsverhältnisses	280
D. Berufsbildung und berufliche Umschulung	281
3. Teil: Überblick über das kollektive Arbeitsrecht	282
1. Abschnitt: Koalitions- und Tarifvertragsrecht	282
A. Einführung	282
B. Das Koalitionsrecht	282
I. Begriff der Koalitionen	282
II. Die Koalitionsfreiheit	284
Fall 35: Information und Mitgliederwerbung	284
C. Das Tarifvertragsrecht	285
I. Begriff des Tarifvertrags	285
II. Arten von Tarifverträgen	285

III. Das Günstigkeitsprinzip	285
Fall 36: Mehr Lohn und weniger Urlaub	285
IV. Die Grenzen der Tarifmacht (Tarifautonomie); Einzelne wichtige Tarifvertragsklauseln	287
1. Verhältnis von Tariflohnerhöhungen zur übertariflichen Bezahlung, Effektivklauseln	287
Fall 37: Aufsaugung einer übertariflichen Zulage	287
2. Zulässigkeit sonstiger Tarifklauseln	289
2. Abschnitt: Das Arbeitskampfrecht	290
A. Einführung	290
B. Die Rechtsgrundlagen des Arbeitskampfrechts	291
C. Der Streik	292
I. Begriff und Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Streiks sowie Rechtsfolgen für die daran Beteiligten	292
Fall 38: Unterstützung einer gesetzlichen Rente mit 63 Jahren	292
II. Folgen des Streiks für unbeteiligte Arbeitnehmer; Fernwirkungen des Streiks	296
Fall 39: Streik im Zulieferbetrieb	296
D. Die Aussperrung	298
I. Begriff der Aussperrung	298
II. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Abwehraussperrung	298
III. Die Rechtsfolgen der Aussperrung	299
3. Abschnitt: Betriebsverfassungsrecht	300
A. Einführung	300
B. Der Anwendungsbereich des BetrVG	300
I. Betrieblicher Anwendungsbereich	300
II. Persönlicher Anwendungsbereich	301
C. Der Betriebsrat	302
I. Zusammensetzung und Wahl des Betriebsrats	302
II. Allgemeine Grundsätze für die Tätigkeit des Betriebsrats	302
1. Betriebsrat als Repräsentant der Belegschaft	302
2. Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber	303
3. Kosten der Betriebsratstätigkeit	304
III. Die persönliche Stellung der Betriebsratsmitglieder	304
D. Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats	305
I. Allgemeine Aufgaben	305
II. Abgestufte Beteiligungsrechte	305

E. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG	306
Fall 40: Überstunden am Samstag	306
F. Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten	308
I. Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers und Rechte des Betriebsrats bei Einstellungen, Versetzungen, Ein- und Umgruppierungen	308
II. Einstellung und fehlende Zustimmung des Betriebsrats	309
III. Versetzung und fehlende Zustimmung des Betriebsrats	309
G. Beteiligungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten	310
I. Wirtschaftsausschuss	310
II. Betriebsänderungen	310
Stichwortverzeichnis	313

QUELLENVERZEICHNIS



Verweise in den Fußnoten auf „RÜ“ und „RÜ2“ beziehen sich auf die Ausbildungszeitschriften von Alpmann Schmidt. Dort werden Urteile so dargestellt, wie sie in den Examenklausuren geprüft werden: in der Rechtsprechungsübersicht als Gutachten und in der Rechtsprechungsübersicht 2 als Urteil/Behördenbescheid/Anwaltsschriftsatz etc.

RÜ-Leser wussten mehr: Immer wieder orientieren sich Examenklausuren an Gerichtsentscheidungen, die zuvor in der RÜ klausurmäßig aufbereitet wurden. Die aktuellsten RÜ-Treffer aus ganz Deutschland finden Sie auf unserer Homepage.

Abonnenten haben Zugriff auf unser digitales RÜ-Archiv.

LITERATUR

Lehrbücher, Handbücher, Grundrisse, Fallsammlungen

Brox/Rüthers/Henssler	Arbeitsrecht 19. Auflage 2016 (zit.: B/R/H)
Brox/Rüthers	Arbeitskampfrecht 2. Auflage 1982 (zit.: Brox/Rüthers, AK)
Däubler	Das Arbeitsrecht 1: Die gemeinsame Wahrung von Interessen im Betrieb. Leitfaden für Arbeitnehmer, 16. Auflage 2006 (zit.: Däubler) Arbeitskampfrecht 3. Auflage 2011 (zit.: Bearbeiter in Däubler, AK)
Dütz/Thüsing	Arbeitsrecht 23. Auflage 2018
Hanau/Adomeit	Arbeitsrecht 14. Auflage 2007
Kissel	Arbeitskampfrecht 1. Auflage 2002
Münchener Handbuch	Arbeitsrecht, 4. Auflage, Bd. 1, IndividualarbeitsR I, 2018 Bd. 2, IndividualarbeitsR II, 2018 Bd. 3, Kollektives Arbeitsrecht I, 2019 (zit.: MünchArbR/Bearbeiter)

Tschöpe	Arbeitsrecht Handbuch 11. Auflage 2019 (zit.: Tschöpe/Bearbeiter)
Richardi/Annuß	Arbeitsrecht, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen 7. Auflage 2000
Schaub	Arbeitsrechtshandbuch 17. Auflage 2017 (zit.: Schaub/Bearbeiter)
Waltermann	Arbeitsrecht 19. Auflage 2018
Zöllner/Loritz/Hergenröder	Arbeitsrecht 7. Auflage 2015 (zit.: Z/L/H)
KOMMENTARE	
Adomeit/Mohr	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz 2. Auflage 2011
Anzinger/Koberski	Kommentar zum Arbeitszeitgesetz 4. Auflage 2014
Bauer/Krieger/Günther	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz 5. Auflage 2018
Däubler	Kommentar zum Tarifvertragsgesetz 4. Auflage 2016 (zit.: Däubler/Bearbeiter)
Däubler/Bonin/Deinert	AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Kommentierung zu den §§ 305–310 BGB 4. Auflage 2014 (zit.: Däubler/Bearbeiter)
Däubler/Hjort/ Schubert/Wolmerath	Arbeitsrecht, Handkommentar, 4. Auflage 2017 (zit.: Bearbeiter in D/H/S/W)
Däubler/Kittner/Klebe/Wedde	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar für die Praxis 16. Auflage 2018 (zit.: D/K/K/Bearbeiter)
Däubler/Bertzbach	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz 4. Auflage 2018 (zit.: Bearbeiter in Däubler/Bertzbach)

Dau/Düwell/Jousen	Sozialgesetzbuch IX, Kommentar 5. Auflage 2019 (zit.: Bearbeiter in D/D/J)
Erfurter Kommentar	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 19. Auflage 2019 (zit.: ErfK/Bearbeiter)
Fitting/Engels/Schmidt/ Trebinger/Linsenmaier	Betriebsverfassungsgesetz 29. Auflage 2018 (zit.: F/E/S/T/L)
Gemeinschaftskommentar zum	Kündigungsschutzgesetz und sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften 12. Auflage 2019 (zit.: KR/Bearbeiter)
Germelmann/Matthes/ Prütting/Müller-Glöge	Arbeitsgerichtsgesetz 9. Auflage 2017 (zit.: Bearbeiter in G/M/P/M-G)
Großkommentar zum	gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen 5. Auflage 2017 (zit.: GK/Bearbeiter)
Henssler/Willemsen/Kalb	Arbeitsrecht Kommentar 8. Auflage 2018 (zit.: Bearbeiter in H/W/K)
Kempen/Zachert	Tarifvertragsgesetz 5. Auflage 2014 (zit.: Kempen/Bearbeiter)
Meinel/Heyn/Herms	Teilzeit- und Befristungsgesetz 5. Auflage 2015 (zit.: M/H/H)
Münchener Kommentar	Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Bd. 1 §§ 1–240 BGB, ProstG, AGG 8. Auflage 2018 Schuldrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2 (§§ 241–432 BGB) 8. Auflage 2019

	Schuldrecht Besonderer Teil, Bd. 4, Schuldrecht BT II (§§ 535–630 h BGB, EFZG, TzBfG, KSchG) 7. Auflage 2016 (zit.: MünchKomm/Bearbeiter)
Neumann/Biebl	Arbeitszeitgesetz 16. Auflage 2017
Neumann/Fenski	Bundesurlaubsgesetz 11. Auflage 2016
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch 78. Auflage 2019 (zit.: Palandt/Bearbeiter)
Richardi	Betriebsverfassungsgesetz 16. Auflage 2018 (zit.: Richardi/Bearbeiter)
Schmitt	Entgeltfortzahlungsgesetz 8. Auflage 2018
Staudinger	Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse Dienstvertragsrecht 1 (§§ 611–613) Neubearbeitung 2016 Dienstvertragsrecht 2 (§§ 613a–619a) Neubearbeitung 2016 Dienstvertragsrecht 3 (Vorbem. zu §§ 620 ff.; §§ 620–630) Neubearbeitung 2016 (zit.: Staudinger/Bearbeiter)
Stege/Weinspach/ Schiefer	Betriebsverfassungsgesetz 9. Auflage 2002 (zit.: S/W/S)
v. Hoyningen-Huene/Linck	Kündigungsschutzgesetz 15. Auflage 2013

1. Teil: Allgemeine Lehren

1. Abschnitt: Anwendungsbereich des Arbeitsrechts und Grundbegriffe: Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Angestellte und Arbeiter

A. Der vom Arbeitsrecht geregelte Lebenssachverhalt

I. Vom Arbeitsrecht wird nicht die menschliche Arbeit schlechthin (z.B. nicht die Arbeit des selbstständigen Rechtsanwalts), sondern nur der Vorgang geregelt, durch den die meisten erwerbstätigen Personen (etwa 90%) in unserer Gesellschaft heute ihren Lebensunterhalt verdienen: Sie arbeiten als **Arbeitnehmer** im Dienste eines anderen, des Arbeitgebers. **Arbeitgeber** kann eine natürliche Person (Betriebsinhaber) sein, ist aber häufig eine juristische Person des Privatrechts (Aktiengesellschaft, GmbH), des öffentlichen Rechts (Bund, Land, Gemeinde, Universität) oder eine Personenhandelsgesellschaft (OHG, KG). Zweierlei ist für diesen Lebenssachverhalt wesentlich:

1

1. Der Arbeitgeber behält sich vor, innerhalb eines gewissen Rahmens Inhalt, Zweck, Art und Weise der Arbeit sowie die Arbeitszeit näher zu bestimmen und zu diesem Zweck **Weisungen zu erteilen**. Der Grund hierfür liegt u.a. darin, dass im normalen, arbeitsteilig organisierten Wirtschaftsbetrieb die Arbeit des Einzelnen nur im Zusammenhang mit anderen sinnvoll ist, und dass irgendetwas die Eingliederung des Einzelnen in den gesamten Arbeitsprozess durch Weisungen organisieren muss.

2. Der unmittelbare **Arbeitserfolg** kommt dem **Arbeitgeber** zugute. Der Arbeitnehmer arbeitet also auf fremde Rechnung, seine Tätigkeit ist fremdnützig. Der Arbeitgeber trägt die Verantwortung und das wirtschaftliche Risiko für Produktion und Absatz, also dafür, dass die Arbeit wirtschaftlich effektiv ist. Da somit der Arbeitnehmer den Arbeitsprozess, in den er eingegliedert ist, nicht steuern kann und damit auch keinen unmittelbaren Einfluss auf den wirtschaftlichen Erfolg seiner Arbeit hat, wäre es auch nicht gerechtfertigt, ihn das wirtschaftliche Risiko unmittelbar tragen zu lassen. Diesen Lebenssachverhalt gibt es heute in sämtlichen Ländern mit industriellen Produktionsformen, unabhängig von ihrer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung. Er wird nicht erst durch die Rechtsordnung geschaffen, sondern von ihr vorgefunden.

II. Das Arbeitsrecht in der Bundesrepublik Deutschland findet darüber hinaus Lebensverhältnisse vor, die durch das **Rechts- und Gesellschaftssystem der Bundesrepublik** geprägt sind. Insoweit ist der vom Arbeitsrecht zu regelnde Lebenssachverhalt nicht unabhängig von der Rechtsordnung, sondern teilweise „rechtserzeugt“. Die Übernahme der bundesdeutschen Arbeitsrechtsordnung durch die neuen Bundesländer war deshalb nur bei gleichzeitiger Anpassung der sonstigen rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen möglich.¹

2

1. Das Rechts- und Wirtschaftssystem der Bundesrepublik wird durch die Prinzipien der Marktwirtschaft und des Privateigentums an Produktionsmitteln geprägt.

3

¹ Vgl. Art. 17 des Staatsvertrags zwischen der Bundesrepublik und der DDR vom 18.05.1990 und Richardi ZfA 2010, 215; Schliemann ZTR 2010, 110 zur Entwicklung des Arbeitsrechts im Rahmen des deutsch-deutschen Einigungsprozesses.

a) Nach dem Prinzip der **Marktwirtschaft** richtet sich der Wirtschaftsprozess (Art und Menge der Produktion, Preise) nach den Regeln des Marktes, insb. nach Angebot und Nachfrage. Der Gegensatz dazu ist die Planwirtschaft (Zentralverwaltungswirtschaft), in der der Staat die entscheidenden Daten setzt, insbesondere Art und Menge der Produktion sowie die Preise hierfür entweder selbst festlegt oder durch Genehmigungsvorbehalte entscheidend beeinflusst.

In der Marktwirtschaft werden auch die Löhne und Gehälter der Arbeitnehmer als Kosten („Mensch als Kostenfaktor“) angesehen. Wer zu welchen Bedingungen bei wem arbeitet, wird der privaten Entscheidung der Beteiligten (Abschluss- und Gestaltungsfreiheit) und damit marktwirtschaftlichen Regeln überlassen. Die Nachfrage nach und das Angebot an Arbeitskräften bestimmen deshalb darüber, welche Vergütungen gezahlt bzw. erzielt werden können. Dagegen hat der Staat keinen unmittelbaren Einfluss darauf, wer in einem bestimmten Unternehmen arbeitet und was er dort verdient. Will man diese Situation sachgerecht bewerten, muss man berücksichtigen, dass es für den einzelnen Arbeitnehmer lebensnotwendig ist, einen Arbeitsplatz zu finden, und dass dafür in unmittelbarer Nähe meist nur wenige Arbeitgeber in Betracht kommen. Demgegenüber kann der Arbeitgeber zwar nicht auf Arbeitnehmer generell, wohl aber auf einzelne Personen verzichten; im Regelfall hat er zumindest eine weitaus größere Auswahl. Der einzelne **Arbeitnehmer** ist also der **wirtschaftlich und sozial Schwächere**, sodass bei Begründung des Arbeitsverhältnisses regelmäßig ein Verhandlungsübergewicht des Arbeitgebers besteht. Würde er allein dem Spiel von Angebot und Nachfrage ausgesetzt, könnte er nur schwer angemessene Arbeitsbedingungen erreichen, da der Arbeitgeber nicht zuletzt aus Wettbewerbsgründen daran interessiert ist, die Personalkosten möglichst niedrig zu halten.

- 4 **b)** Das **Privateigentum an Produktionsmitteln** führt dazu, dass derjenige, der arbeiten will, dafür aber sachliche Hilfsmittel braucht (Räume, Maschinen, Material, Fahrzeuge), darauf angewiesen ist, dass ein anderer, der über diese Mittel verfügt, sie zur Verfügung stellt. Dadurch erhält der Eigentümer der Produktionsmittel als Arbeitgeber die Macht, die Arbeitsvergütungen der Arbeitnehmer so zu kalkulieren, dass ihm ein Teil der von den Arbeitnehmern mitbewirkten Wertschöpfung als Gewinn zufließt. Da die Produktionsmittel Kapitaleinsatz erfordern – teilweise Eigenmittel, in großem Umfang aber auch von den Banken zur Verfügung gestellte Fremdmittel – und der Gewinn sich teilweise wieder in Form von Kapital niederschlägt, handelt es sich hier um den wesentlichen Zug des kapitalistischen Wirtschaftssystems.

Damit sind die **Interessengegensätze** vorgezeichnet, deren Ausgleich Gegenstand des Arbeitsrechts ist:

- Der Unternehmer ist, um möglichst billig zu produzieren, an einem niedrigen, der Arbeitnehmer an einem möglichst hohen Lohn interessiert.
- Der Unternehmer will ohne Arbeit keinen Lohn zahlen; der Arbeitnehmer will eine Vergütung auch dann erhalten, wenn er einmal nicht arbeiten kann.
- Der Unternehmer möchte sein Personal frei verringern oder auswechseln können; der Arbeitnehmer möchte seinen Arbeitsplatz gesichert sehen.

- Der Arbeitnehmer ist daran interessiert, dass Anlagen und Gerätschaften so beschaffen sind, dass Unfälle ausgeschlossen sind; dem Interesse des Unternehmers laufen Sicherheitsauflagen zuwider, die die Produktion stark verteuern oder erschweren.
- Der Unternehmer möchte zu weitgehenden Weisungen berechtigt sein und insb. die wirtschaftliche Seite des Unternehmens allein bestimmen; die Arbeitnehmer sind daran interessiert, dass die Weisungsbefugnisse begrenzt werden, und dass sie an wichtigen Entscheidungen beteiligt werden oder diese gar selbst treffen können.

2. Die Prinzipien der Marktwirtschaft und des Privateigentums an Produktionsmitteln sind aber für unsere Rechts- und Gesellschaftsordnung nicht allein entscheidend. Vielmehr sind dafür auch die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für Demokratie und Sozialstaat (Art. 20 Abs. 1 GG) inhaltsbestimmend. Aus ihnen ergibt sich der Auftrag zu einem Ausgleich der geschilderten Interessengegensätze.

5

a) Das **Prinzip des Sozialstaates** schließt sowohl eine ungehemmte Marktwirtschaft als auch eine freie Verwertung des Produktionskapitals aus, weil sich dies stark zum Nachteil der sozial Schwächeren auswirken würde. Es verlangt zwingend ein Minimum an sozialen Sicherungen. Darüber hinaus werden von der ganz überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung weitergehende soziale Sicherungen verlangt, auch soweit sie vom Sozialstaatsprinzip nicht unbedingt gefordert werden. Daraus leitet sich der Auftrag des Arbeitsrechts zu einem weitgehenden Schutz der Arbeitnehmer ab.

b) Das **Demokratieprinzip** gilt zwar zunächst nur im staatlichen Bereich. Es hat aber zumindest politische Ausstrahlungswirkung auch auf den Bereich der Wirtschaft und legitimiert Forderungen nach Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Bereich der Betriebe und Unternehmen. Dadurch wird die Verfügungsbefugnis der Inhaber der Produktionsmittel begrenzt (Art. 14 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 GG).

6

III. Der vom Arbeitsrecht zu regelnde Lebenssachverhalt lässt sich also **zusammenfassend** so beschreiben: In der industriellen Gesellschaft sind die meisten Erwerbspersonen Arbeitnehmer, d.h. sie arbeiten im Dienste eines anderen (Arbeitgebers), sind weisungsabhängig und arbeiten für fremde Rechnung; dafür tragen sie nicht das unmittelbare wirtschaftliche Risiko ihrer Arbeit. In der Bundesrepublik Deutschland kommt hinzu, dass sich die Eingliederung von Arbeitskräften in den Arbeitsprozess und deren Bezahlung grds. nach marktwirtschaftlichen Regeln richten und dass die Eigentümer der Produktionsmittel die maßgeblichen Entscheidungen treffen, was zu den vom Arbeitsrecht zu regelnden Interessengegensätzen führt.

7

Sozialstaatsprinzip, Demokratieprinzip und darauf aufbauende politische Grundströmungen mit der Folge der sozialen Marktwirtschaft als der Wirtschaftsform der Bundesrepublik verlangen einen Interessenausgleich, der die Interessen der Arbeitnehmer besonders berücksichtigt. Die Aufgabe des Arbeitsrechts ist es also, die aus der Marktwirtschaft resultierenden Nachteile für den wirtschaftlich und sozial schwächeren Arbeitnehmer beim Vertragsabschluss und bei der Vertragsdurchführung auszugleichen oder abzumildern.²

² Zur Entwicklung des Arbeitsrechts in der sozialen Marktwirtschaft Kraft ZfA 1995, 419; Kissel NJW 1994, 217 u. NZA 1994, 586; Hanau DB 1998, 69; Picker ZfA 2005, 353 u. MünchArbR/Richardi § 2: Überblick über die Geschichte des ArbeitsR.

B. Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis

I. Einleitung

- 8 Nach der üblichen Definition ist das **Arbeitsrecht** das **Sonderrecht (Schutzrecht) der Arbeitnehmer**.³

Als **Arbeitsverhältnis** wird allgemein die Gesamtheit der durch einen Arbeitsvertrag begründeten Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber definiert.⁴ Ob ein Arbeitsverhältnis, also die Rechtsbeziehung Arbeitnehmer – Arbeitgeber vorliegt, ist vom Begriff des Arbeitnehmers her zu klären, sodass diesem Begriff für die praktische Rechtsanwendung (Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, Bestehen arbeitsvertraglicher Rechte und Pflichten) entscheidende Bedeutung zukommt;⁵ dazu Rn. 9 ff.

Wird im Einzelfall das Bestehen der Arbeitnehmereigenschaft festgestellt, dann bereitet die Bestimmung des Arbeitgebers regelmäßig keine Schwierigkeiten, weil dieser der andere Partner des Arbeitsverhältnisses ist; dazu Rn. 26 ff.

Auf andere Vertragsverhältnisse als Arbeitsverhältnisse sind arbeitsrechtliche Gesetze grds. nicht anwendbar, es sei denn, dass der Anwendungsbereich einzelner Gesetze auf andere Personengruppen ausdrücklich erweitert ist; dazu Rn. 30 ff.

II. Der Begriff des Arbeitnehmers

Fall 1: Kündigung des Orchestermusikers

Der Musiker M ist seit sechs Jahren bei der Orchesterproduktion R-GmbH (im Folgenden R), die ca. 300 Arbeitnehmer beschäftigt, als „Orchesteraushilfe“ aufgrund eines Vertrages tätig, wonach M als „freier Mitarbeiter“ eingestellt wurde und dem Orchester im Bedarfsfalle zur Verfügung stand. Die Vergütung erfolgte durch Einzelabrechnungen (pro Stunde 22,50 €) anhand von Anwesenheitslisten, in die sich M – ebenso wie die fest angestellten Musiker – bei seinen Einsätzen einzutragen hatte. Aufgrund eines jeweils durch Anschlag am schwarzen Brett bekannt gegebenen Dienstplanes spielte M durchschnittlich etwa 32 Stunden pro Woche, was im Wesentlichen der Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Musikers im Angestelltenverhältnis entsprach. Entsprechend der bei „freien Mitarbeitern“ üblichen Praxis der R wurden für M weder Personalunterlagen geführt noch Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträge gezahlt. M möchte wissen, ob die R das Vertragsverhältnis mit ihm nur durch eine nach § 1 KSchG sozial gerechtfertigte Kündigung oder ohne Weiteres ordentlich kündigen kann.

- 9 Die ordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses mit M bedarf dann gemäß § 1 Abs. 1 KSchG der sozialen Rechtfertigung, wenn es sich dabei um ein Arbeitsverhältnis

3 Schaub/Linck § 1 Rn. 4 ff.; Däubler 1.1. findet „Sonderrecht“ u.a. deshalb unpassend, weil das Arbeitsrecht für eine „große Mehrheit der aktiven Bevölkerung“ gelte und es „einen zentralen Bereich der Existenz des Einzelnen“ regele.

4 Waltermann Rn. 44; Schaub/Linck § 29 Rn. 8 f.; Z/L/H § 4 Rn. 2; Hanau/Adomeit Rn. 506, 580.

5 ErfK/Preis § 611 a BGB Rn. 3 ff.; B/R/H Rn. 3; Hanau/Adomeit Rn. 504 ff.

handelt, M also Arbeitnehmer ist. In diesem Fall wäre das KSchG aufgrund der mehr als sechsmonatigen Tätigkeit des M und der Zahl der Beschäftigten (ca. 300) in persönlicher und betrieblicher Hinsicht anwendbar (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 S. 2 KSchG). Entscheidend für die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 1 KSchG ist somit, ob M Arbeitnehmer der R ist.

- 10
- I. Obwohl der Arbeitnehmerbegriff der zentrale Begriff des Arbeitsrechts ist, der insbesondere für die Anwendung der arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen wie z.B. des KSchG maßgeblich ist, gab es bisher keine gesetzliche Definition des Arbeitnehmers. In § 14 Abs. 1 KSchG wird lediglich bestimmt, für welche Personen das KSchG keine Anwendung findet. Auch der seit dem 01.04.2017 geltende § 611 a BGB enthält entgegen dem ursprünglichen Gesetzesentwurf nicht unmittelbar eine Definition des Arbeitnehmers, sondern ausweislich seiner Überschrift die des Arbeitsvertrages. 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. § 611 a Abs. 1 BGB enthält dabei inhaltlich nichts Neues, sondern normiert lediglich die von der Rspr. entwickelten Abgrenzungsgrundsätze zur Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft, sodass auf die bisherige Rspr. ohne Weiteres zurückgegriffen werden kann.⁶

Der Arbeitnehmerbegriff des § 611 a BGB ist grds. für alle arbeitsrechtlichen Gesetze maßgeblich, es sei denn, dass einzelne Gesetze für ihren Anwendungsbereich abweichende Regelungen enthalten (z.B. § 5 Abs. 2 BetrVG, § 5 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 3 ArbGG). Viele arbeitsrechtliche Gesetze (z.B. § 2 Abs. 2 ArbZG, § 2 S. 1 BUrtG, § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG, § 5 Abs. 1 BetrVG) enthalten zwar die Formulierung: „Arbeitnehmer i.S.d. Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten“. Da aber die Begriffe „Arbeiter und Angestellte“ nur Einteilungsbegriffe von „Arbeitnehmer“ i.S.d. § 611 a BGB sind, enthalten diese Vorschriften insoweit schon aus diesem Grund keine abweichende Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers, wohl aber in Bezug auf Auszubildende, die nach h.M. keine Arbeitnehmer sind (dazu unten Rn. 626). Der **Arbeitnehmerbegriff i.S.d. EU-Rechts** ist dagegen nach dem EuGH teilweise weiter, sodass darunter auch Organvertreter fallen können (dazu unten Rn. 45).

Voraussetzungen für die Arbeitnehmereigenschaft eines Beschäftigten sind 11
also :

1. Privatrechtlicher Vertrag

Das Rechtsverhältnis muss durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet worden sein, sodass keine Arbeitnehmer sind:⁷

- Beamte, Richter und Soldaten, weil ihre Rechtsbeziehungen zum Dienstherrn nicht durch privatrechtlichen Vertrag begründet, sondern durch öffentliches Recht (Bundes- bzw. LandesbeamtenG, DRiG, SoldG) geregelt werden.⁸
- Strafgefangene und Sicherungsverwahrte, wenn sie die Arbeit im Rahmen der Anstaltsgewalt leisten, da ein öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis vorliegt.⁹

6 BAG NZA 2018, 448 und ausführlich zum neuen § 611 a BGB Reinecke AuR 2019, 56; Hromadka NZA 2018, 1583; Riesenhuber JuS 2018, 103; Preis NZA 2018, 817; Wank AuR 2017, 140; MünchArbR/Schneider § 18 Rn. 9 ff.; Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 9 ff.; H/W/K/Thüsing § 611 a Rn. 24 ff.; krit. zum § 611 a BGB Richardi NZA 2018, 974 und NZA 2017, 36.

7 Vgl. BAG, Urt. v. 08.05.2018 – 9 AZR 531/17, BeckRS 2018, 19287 zur Tätigkeit aufgrund eines Verwaltungsaktes; weitere Beispiele bei MünchKomm/Müller-Glöge § 611 BGB Rn. 200 ff.; ErFK/Preis § 611 a BGB Rn. 132 ff.

8 Vgl. B/R/H Rn. 40; Hanau/Adomeit Rn. 523; MünchKomm/Müller-Glöge § 611 BGB Rn. 200 ff. m.w.N.

9 Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 13 ff.; Hanau/Adomeit Rn. 530 f.; Müller-Glöge in G/M/P/M-G § 5 ArbGG Rn. 27 m.w.N.

- Erwerbsfähige Hilfsbedürftige, die nach § 16 d SGB II zu zusätzlichen, im öffentlichen Interesse liegenden und wettbewerbsneutralen Tätigkeiten herangezogen werden, die auf Erhaltung oder Wiedererlangung der Beschäftigungsfähigkeit abzielen, und die nach § 16 d Abs. 7 S. 1 SGB II zusätzlich zum Arbeitslosengeld II eine angemessene Mehraufwandsentschädigung von in der Regel 1 bis zu 2 € erhalten (sog. „Ein-Euro-Jobs“). Denn in diesen Fällen wird die Arbeitsleistung aufgrund eines Verwaltungsaktes (öffentliches Recht) und nicht aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags erbracht, und zwar auch dann, wenn der Heranziehungsbescheid rechtswidrig ist. Insoweit orientiert sich § 16 d Abs. 7 S. 1 SGB II an den früher geltenden § 16 Abs. 3 SGB II bzw. § 19 Abs. 2 BSHG, sodass auf die Rspr. dazu zurückgegriffen werden kann.¹⁰ Dass kein Arbeitsverhältnis begründet wird, stellt jetzt § 16 d Abs. 7 S. 2 Hs. 1 SGB II ausdrücklich klar. Auf dieses Rechtsverhältnis sind allerdings nach § 16 d Abs. 7 S. 2, Hs. 2, S. 3 SGB II die Arbeitsschutzvorschriften, das BURLG und die Grundsätze über die Haftungsbeschränkung im Arbeitsverhältnis (vgl. dazu Rn. 399 ff.) entspr. anzuwenden.¹¹ Wird dagegen für den erwerbsfähigen Hilfsbedürftigen Gelegenheit zu gemeinnütziger und zusätzlicher Arbeit geschaffen und dafür vereinbarungsgemäß das übliche Arbeitsentgelt gezahlt (früher § 18 Abs. 2 Hs. 1 Alt. 1 BSHG), dann liegt ein Arbeitsverhältnis vor.¹² Die gleichen Grundsätze gelten bei einer Beschäftigung eines Hilfebedürftigen aufgrund einer vom zuständigen Träger als Eingliederungsleistung nach § 16 SGB II bewilligten betrieblichen Praxiserprobung.¹³
- Ordensleute und Diakonissen, weil sie die Tätigkeiten in der Regel nicht aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags bzw. eines Dienstvertrags, sondern aus religiösen oder karitativen Motiven aufgrund einer Vereinsmitgliedschaft erbringen, ohne dass zwingende arbeitsrechtliche Schutzvorschriften (objektiv) umgangen werden.¹⁴
- Familienangehörige, wenn die Mitarbeit auf familienrechtlicher Basis (§§ 1353, 1360, 1619 BGB) beruht. Arbeitnehmer sind sie dagegen dann, wenn sie sich privatrechtlich zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet haben.¹⁵

Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Musiker M und der R als einer juristischen Person des Privatrechts sind durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet worden, sodass diese Voraussetzung erfüllt ist.

Bedienstete juristischer Personen des öffentlichen Rechts (z.B. Bund, Länder, Gemeinden), deren Rechtsverhältnisse nicht durch einen Verwaltungsakt, sondern einen privatrechtlichen Vertrag begründet worden sind, sind Arbeitnehmer (Arbeiter, Angestellte) im öffentlichen Dienst.

12 2. Dienstleistung für einen anderen gegen Entgelt, also Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB

Der Arbeitsvertrag i.S.d. § 611 a BGB ist ein Sonderfall (Unterfall) des Dienstvertrags i.S.d. § 611 BGB.¹⁶ Die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft setzt also zunächst zwingend voraus, dass die Merkmale eines freien (selbstständigen) Dienstvertrags i.S.d. § 611 BGB vorliegen. Dies sind:

- a) **Leistung von Diensten**, also Tätigsein. Wird dagegen nicht nur das erfolgsorientierte Tätigsein, sondern der Tätigkeitserfolg selbst geschuldet, so liegt ein

10 Vgl. BT-Drs. 15/1516, S. 58; BT-Drs. 15/1749, S. 32; BAG NZA-RR 2008, 401; BVerwG NZA-RR 2007, 499; Steppler/Denecke NZA 2013, 482, 484; Hanau/Adomeit Rn. 531 m.w.N.

11 Vgl. ausführlich zu Rechtsproblemen der „Ein-Euro-Jobs“ Steppler/Denecke NZA 2013, 482; Koll/Grolms AiB 2013, 309; v. Koppenfels-Spies NZS 2010, 2; Zwanziger AuR 2005, 8 ff.; Rixen/Panos NJW 2005, 2177 ff.; Bieback NZS 2005, 337 ff.

12 BAG NZA 2001, 605, 606; 1994, 214, 215; B/R/H Rn. 42 m.w.N.

13 Vgl. BAG NZA 2008, 760.

14 BAG NZA 1996, 33 für Rote-Kreuz-Schwester; Müller-Glöge in G/M/P/M-G § 5 ArbGG Rn. 25; Groeger ZTR 2014, 379; vgl. aber auch BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB „Rotes Kreuz“ m. Anm. Mayer-Maly für sog. „Gastschwester“.

15 BAG NZA 1994, 121, 123; LAG Schleswig-Holstein DB 2006, 2582; Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 20; Müller-Glöge in G/M/P/M-G § 5 ArbGG Rn. 28; ausführlich zu Problemen eines Ehegattenarbeitsverhältnisses Schulz NZA 2010, 75 ff.

16 Vgl. Jauernig/Mansel § 611 a BGB Rn.1; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 2 und § 611 a Rn. 1; Schaub/Linck § 29 Rn. 4; vgl. auch §§ 621, 627 BGB: „... Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist.“

Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB vor. Im Einzelfall kann die Abgrenzung Arbeitsvertrag/Werkvertrag Schwierigkeiten bereiten;¹⁷ sie gehört ins Schuldrecht BT.

- b) Leistung von Diensten **für einen anderen**. Unter diesem Gesichtspunkt ist zur BGB-Gesellschaft i.S.d. § 705 BGB und zu den Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) abzugrenzen, bei denen gemäß § 706 Abs. 3 BGB die Beitragsleistung des einzelnen Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen kann. Wird der gemeinschaftliche Gesellschaftszweck durch Dienstleistung aufgrund der gemäß § 706 Abs. 3 BGB übernommenen Verpflichtung ohne zusätzliche Vergütung von einem Gesellschafter gefördert, dann liegt keine Dienstleistung für einen anderen und damit kein Arbeitsverhältnis vor. Die bloße Beteiligung an einer Gesellschaft schließt aber den Abschluss eines neben dem Gesellschaftsvertrag bestehenden Arbeitsvertrags nicht aus, was insb. bei Kommanditisten, die außer der Gewinnbeteiligung für ihre Tätigkeit eine zusätzliche Vergütung erhalten, in der Praxis häufig vorkommt.¹⁸

Rechtsgrundlage für die Leistung von Diensten kann auch die **Vereinsmitgliedschaft** sein, da nach § 58 Nr. 2 BGB der Mitgliedsbeitrag auch durch Dienstleistung erbracht werden kann. Hierbei ist aber stets sorgfältig zu prüfen, ob die Begründung vereinsrechtlicher Dienstpflichten, die in persönlicher Abhängigkeit erbracht werden (dazu unten Rn. 15 ff.), nicht zu einer (auch objektiven) Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen führt. Liegt eine solche Umgehung vor, ist ein Arbeitsverhältnis anzunehmen.¹⁹

Werden die Rechtsbeziehungen in einem sog. Franchise-Vertrag geregelt, schließt das die Arbeitnehmereigenschaft des Franchisenehmers nicht aus, sodass eine einzelfallbezogene Prüfung der „Unselbstständigkeit“ (dazu unten Rn. 15 ff.) erforderlich ist.²⁰

- c) **Entgeltlichkeit der Dienstleistung**. Fehlt eine Vergütungsvereinbarung, so kann nicht bereits deswegen ein unentgeltlicher Auftrag i.S.d. § 662 BGB bzw. Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages wegen Fehlens einer Einigung über wesentliche Vertragspunkte (§§ 154, 155 BGB: Dissens) angenommen werden. Vielmehr muss insoweit § 612 Abs. 1 BGB beachtet werden, wonach eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.²¹ Es war zwar früher umstritten, ob in besonders gelagerten Ausnahmefällen trotz Unentgeltlichkeit der Dienstleistung ein Arbeitsverhältnis vorliegen konnte.²² Nachdem jedoch seit dem 01.01.2015 alle Arbeitnehmer nach §§ 1, 3 MiLoG einen Anspruch auf den zwingenden gesetzlichen Mindestlohn von z.Z. 9,19 € (seit dem 01.01.2019) haben, ist die Vergütungspflicht des Arbeitgebers eine zwingende Rechtsfolge beim Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, sodass die Entgeltlichkeit der Dienstleistung heute als ein zwingendes Merkmal eines Arbeitsvertrages anzusehen ist.²³

17 Vgl. dazu BAG NJW 2013, 3672; ErfK/Preis § 611 a BGB Rn. 96 ff.; H/W/K/Thüsing § 611 a BGB Rn. 9; Helm JuS 2006, 621 ff.

18 BAG NZA 2004, 1116; LAG Hamm ZIP 2007, 2380; Müller-Glöge in G/M/P/M-G § 5 ArbGG Rn. 8, 15; vgl. auch LAG Hessen NZA-RR 2001, 263: BGB-Gesellschafter wegen Zusammentreffens von Anspruch und Verpflichtung kein Arbeitnehmer.

19 BAG NZA 1995, 823, 832: Arbeitsverhältnis bei hauptamtlich tätigen außerordentlichen Mitgliedern von Scientology bejaht; anders aber jetzt BAG NZA 2002, 1412 und BAG NZA 1996, 33 für Rote-Kreuz-Schwester.

20 Vgl. BAG NZA 1997, 1126; BGH NZA 2000, 390; 1999, 53; ErfK/Preis § 611 a BGB Rn. 110 ff.; Hanau/Adomeit Rn. 538 ff.

21 Vgl. ErfK/Preis § 611 a Rn. 101, 389; Schaub/Vogelsang § 67 Rn. 14; MünchKomm/Müller-Glöge § 612 BGB Rn. 5 ff. m.w.N.

22 Dafür BAG NZA 2012, 1433 (Telefonische Seelsorge); Staudinger/Richardi/Fischinger § 611 BGB Rn. 84, 86 m.w.N.

23 Vgl. Jauernig/Mansel § 611 a Rn. 11; ErfK/Preis § 612 BGB Rn. 1; Schaub/Vogelsang § 67 Rn. 14; Boemke JuS 2015, 385.

Dieser Meinungsstreit hatte schon früher keine große praktische Bedeutung, da bei vollständiger Unentgeltlichkeit i.d.R. auch die persönliche Abhängigkeit bzw. die Verpflichtung zur Arbeitsleistung fehlte. Eine Verpflichtung zur Erbringung weisungsgebundener Dienstleistungen ohne Entgelt konnte nur in krassen Ausnahmefällen in Betracht kommen, zumal sich in diesem Fall die Frage nach der Sittenwidrigkeit des vollständigen Lohnverzichts stellte.²⁴

Hier bestehen keine Bedenken dagegen, dass M aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags für einen anderen, nämlich die R, entgeltlich Dienste leistet.

15 3. Unselbstständigkeit der Dienstleistung

Bei den Dienstleistungen kann es sich um selbstständige Dienstleistungen i.S.d. § 611 BGB (z.B. Leistungen des Rechtsanwalts oder Steuerberaters) oder um unselbstständige Dienstleistungen i.S.d. § 611 a BGB, also um Arbeitsleistungen eines Arbeitnehmers handeln, sodass an dieser Stelle die Abgrenzung Selbstständiger/Arbeitnehmer erfolgen muss. Liegt eine **Vereinbarung** der Vertragsparteien vor, dass die **Dienstleistungen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses** erbracht werden sollen, so ist diese Vereinbarung auch grds. maßgeblich. Es liegt dann ein **Arbeitsvertrag** vor, ohne dass es auf das tatsächliche Vorliegen einer weisungsabhängigen Tätigkeit ankommt.²⁵ Haben dagegen die Vertragsparteien einen Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB vereinbart und zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es nach § 611 a Abs. 1 S. 6 BGB auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an. Maßgeblich für diese Abgrenzung ist in diesem Fall nach § 611 a Abs. 1 S. 6 BGB nicht, wie der Vertrag bzw. die Vertragsparteien bezeichnet werden, sondern die objektiven Umstände, unter denen die Dienstleistung tatsächlich erbracht wird. Denn die Anwendung der zwingenden Arbeitnehmerschutzbestimmungen sowie das Bestehen der Steuer- und Sozialversicherungspflicht kann nicht durch eine Parteivereinbarung umgangen werden.²⁶

BAG:²⁷ „Der Status des Beschäftigten richtet sich nicht nach den Wünschen und Vorstellungen der Vertragspartner, sondern danach, wie die Vertragsbeziehung nach ihrem Geschäftsinhalt objektiv einzuordnen ist; denn durch Parteivereinbarung kann die Bewertung einer Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis nicht abbedungen und der Geltungsbereich des Arbeitnehmerschutzrechts nicht eingeschränkt werden. Der wirkliche Geschäftsinhalt ist aus den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Wenn der Vertrag abweichend von den ausdrücklichen Vereinbarungen vollzogen wird, ist die tatsächliche Durchführung maßgeblich ...“. Denn aus ihr lassen sich am ehesten Schlüsse darauf ziehen, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien in Wirklichkeit ausgegangen sind.

16 Für die Unterscheidung Arbeitnehmer/Selbstständiger ist **nicht** die **wirtschaftliche, sondern die persönliche Abhängigkeit** (Unselbstständigkeit) des Dienstleistenden vom Dienstberechtigten entscheidend.²⁸

24 Vgl. Hanau/Adomeit Rn. 522 u. LAG Berlin NZA-RR 1997, 371; vgl. aber LAG Köln, Ur. v. 13.10.2017 – 4 Sa 930/16, BeckRS 2017, 140507; Barth BB 2009, 2546 zur grds. Zulässigkeit eines sog. Einfühlungsverhältnisses, wonach der AN während einer „Kennenlernphase“ ohne Vergütungs- und Arbeitspflicht tätig wird u. Greiner NZA 2016, 594; Natzel BB 2014, 2490 zu Problemen im Zusammenhang mit Praktikantenverhältnissen, bei denen ein Ausbildungszweck im Vordergrund steht und die Sonderregelung für Praktikanten in § 22 MiloG (dazu BAG, Ur. v. 30.01.2019 – 5 AZR 556/17, P.M. Nr. 5/19).

25 BAG NZA 2015, 1342; BAG, Ur. v. 21.04.2005 – 2 AZR 125/04, BeckRS 2005, 42775; Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 31; HWK/Thüsing § 611 a BGB Rn. 30; MünchArbR/Schneider § 18 Rn. 41; Deinert RdA 2017, 65, 67; Reinfelder RdA 2016, 87, 88.

26 BAG NZA 2018, 448; BAG NZA 2013, 903; BGH NZA 2002, 1086; Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 31; Freckmann DB 2013, 459.

27 BAG NZA 1994, 169; vgl. auch BAG NZA 2018, 448; BAG RÜ 2014, 5 zum „Scheinwerkvertrag“ und dazu auch Deinert RdA 2017, 65, Boemke RdA 2015, 115; Baeck/Winzer NZA 2015, 269.

28 BAG NZA 2012, 733; BGH NZA 2002, 1086; Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 21 ff.; Richardi DB 1999, 958, 961, der aber die Formulierung „persönliche Abhängigkeit“ als missglückt ansieht und den Begriff „Leistungsversprechen unselbstständiger Arbeit“ vorzieht.

D. Erholungsurlaub

I. Gesetzlicher Mindesturlaub

Fall 15: Der Urlaub des Orchestermusikers

Der 36-jährige M ist Orchestermusiker. Der Arbeitsvertrag enthält in § 12 folgende Regelung:

1. Jeder Musiker erhält bezahlten Erholungsurlaub.
2. Der Urlaub beträgt sechs Wochen. Er wird im Allgemeinen durch die Dienstbefreiung während der Orchesterferien abgegolten.
3. Durch eine Erkrankung wird der Urlaub nicht unterbrochen. Er muss jedoch mindestens vier Wochen betragen.

M ist während der gesamten 6-wöchigen Orchesterferien krank. Im Anschluss an seine Krankheit will ihm der Arbeitgeber nur einen vierwöchigen Erholungsurlaub gewähren. M meint, eine Kürzung des Urlaubs verstoße gegen das BundesurlaubsG und sei unzulässig. Wie ist die Rechtslage?

323 Urlaub ist **bezahlte Freizeit, die zur Erholung bestimmt ist.**⁸⁶¹

- I. Der jedem Arbeitnehmer zustehende Mindesturlaub ergibt sich grds. aus dem BUrlG, das in § 3 Abs. 1 BUrlG einen Erholungsurlaub von 24 Werktagen = vier Wochen vorsieht (Samstag zählt mit!⁸⁶²).

Bei Jugendlichen gilt § 19 JArbSchG, der bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres altersabhängig einen Mindesturlaub zwischen 25 und 30 Werktagen regelt. Schwerbehinderte haben nach § 208 SGB IX einen Anspruch auf Zusatzurlaub von 5 Arbeitstagen.

Da zugunsten des 36-jährigen M lediglich das BUrlG eingreift, steht ihm ein gesetzlicher Urlaubsanspruch von 24 Werktagen zu.

Der gesetzliche Mindesturlaub ist also recht kurz. Längere Urlaubszeiten werden deshalb allgemein in Tarifverträgen vorgesehen und regelmäßig durch Einzelarbeitsvertrag oder betriebliche Übung auch nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern gewährt. Bei kleineren Betrieben kommt aber auch heute noch der gesetzliche Mindesturlaub vor.

- 324 II. Im vorliegenden Fall könnte M aus der vertraglichen Vereinbarung einen Anspruch auf sechs Wochen bezahlten Jahresurlaub haben.
 1. Die Zulässigkeit vertraglicher Abweichungen von den gesetzlichen Urlaubsbestimmungen regelt § 13 BUrlG: Es gilt der Grundsatz der Unabdingbarkeit, d.h., Abweichungen von den Bestimmungen des BUrlG zuungunsten der Arbeitnehmer sind unzulässig, § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG. Nur in Tarifverträgen können für den Arbeitnehmer ungünstigere Regelungen – mit Ausnahme der §§ 1, 2, 3 Abs. 1 BUrlG – getroffen werden, § 13 Abs. 1 S. 1 BUrlG, tarifdispositives Gesetzesrecht.

⁸⁶¹ Übersichten zur Rspr. des EuGH u. des BAG zum Urlaubsrecht bei Oberthür ArBRB 2019, 13; Arnold/Zeh NZA 2019, 1; Juncker öAT 2019, 5; Worzalla P&R 2019, 34; Gallner FA 2018, 1; Glazel NZA-RR 2015, 393; Hohmeister BB 2016, 2015, 1333.

⁸⁶² Vgl. dazu Leinemann/Linck DB 1999, 1498, 1499; Hohmeister BB 1999, 2296 f.

Hier ist die Vereinbarung eines 6-wöchigen Urlaubs für M günstiger als die gesetzliche Urlaubsregelung. Diese Vereinbarung ist daher wirksam.

2. Nach dem Vertrag (Nr. 3) soll die Urlaubszeit auch während einer Erkrankung weiterlaufen, solange der Urlaub ohne Erkrankung vier Wochen dauert. Ist diese Regelung wirksam?

- a) Nach § 9 BUrlG dürfen zwar nachgewiesene **Erkrankungen während des Urlaubs** auf den Urlaub nicht angerechnet werden. Dieses Anrechnungsverbot bezieht sich aber nur auf den gesetzlich vorgeschriebenen Mindesturlaub nach §§ 1, 3 BUrlG (auch den nach § 5 Abs. 1 c BUrlG „gekürzten“ Vollurlaub), nicht dagegen auf einen durch Tarifvertrag oder Einzelarbeitsvertrag festgesetzten Urlaub. In der Ausgestaltung eines solchen, den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigenden Mehrurlaubs sind die Vertragspartner frei, sodass insoweit abweichende Regelungen wirksam vereinbart werden können.⁸⁶³
- b) Vorliegend garantiert der Vertrag in jedem Fall den gesetzlichen Mindesturlaub von vier Wochen (= 24 Werktage). Die nur den darüber hinausgehenden Urlaub betreffende Einschränkung ist zulässig. M kann daher nur vier Wochen Urlaub verlangen. Ein darüber hinausgehender Urlaubsanspruch besteht nicht.

Der Zusatzurlaub für Schwerbehinderte nach § 208 Abs. 1 SGB IX von 5 Arbeitstagen im Urlaubsjahr bei einer Fünftageweche, auf den die Regelungen des BUrlG entsprechend anwendbar sind, verlängert den Urlaub, der dem Arbeitnehmer tariflich oder einzelvertraglich zusteht und stockt nicht lediglich den gesetzlichen Mindesturlaub nach § 3 BUrlG auf.⁸⁶⁴ Er kann auch nicht im Tarifvertrag wirksam gekürzt werden, da es sich dabei um gesetzlichen Mindesturlaub handelt.⁸⁶⁵ Besteht die Schwerbehinderung nicht während des gesamten Jahres, steht dem schwerbehinderten Menschen nicht der volle, sondern nur ein anteiliger Zusatzurlaub nach Maßgabe des § 208 Abs. 2 SGB IX zu. Bei rückwirkender Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft gilt für die Übertragung des Zusatzurlaubs in das nächste Jahr gemäß § 208 Abs. 3 SGB IX die Regelung des § 7 Abs. 3 BUrlG entsprechend.⁸⁶⁶

II. Voraussetzungen des Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsanspruchs

Fall 16: Resturlaub bei Vertragsbeendigung

Die Sekretärin S ist nach zweijähriger Tätigkeit im Betrieb des X zum Ende Mai 2018 ausgeschieden, ohne im vergangenen und laufenden Kalenderjahr Urlaub erhalten zu haben. S möchte im Juli 2018 wissen, welcher Urlaubsanspruch ihr noch zusteht, wenn sie in der Zeit vom 15.05.2017 bis zum 30.06.2018 arbeitsunfähig krank war.

- I. Erholungsurlaub in Form bezahlter Freizeit (§ 1 BUrlG) kann nur während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses beansprucht werden. Das folgt auch aus § 7 Abs. 4 BUrlG, wonach der Urlaub abzugelten ist, wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden kann.

863 Vgl. BAG NJW 2019, 250; BAG NZA 2013, 1285; BAG NZA 2009, 538; Seel MDR 2013, 133 ff. und EuGH RÜ 2009, 229 zur Vereinbarkeit von § 9 BUrlG mit EU-Recht.

864 Vgl. BAG NZA 2007, 331.

865 BAG, Urt. v. 22.01.2019 – 9 AZR 45/16, BeckRS 2019, 10842; BAG NZA 2010, 810 ff; ErfK/Rolfs § 208 SGB IX Rn. 2 ff.

866 Vgl. dazu BAG NZA 1996, 1153; BAG NZA 1995, 746, 747; ErfK/Rolfs § 208 SGB IX Rn. 2 ff.; Cramer NZA 2004, 698, 711.

Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis – Teil 2

„Lohn ohne Arbeit“

- Es gilt der Grundsatz: „**Ohne Arbeit kein Lohn**“. Aufgrund des Fixschuldcharakters der Arbeitspflicht führt der Zeitablauf bei Nichtleistung zur Unmöglichkeit. Der Arbeitnehmer ist zur Nachholung der ausgefallenen Arbeitsleistung grds. nicht verpflichtet.
- Bei ausgefallener Arbeitsleistung bedarf der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers einer besonderen Rechtfertigung. Die wichtigsten Fälle, in denen „**Lohn ohne Arbeit**“ zu zahlen ist, sind:
 - Erholungsurlaub (BUrlG) und Feiertage (§ 2 EFZG)
 - „Sonderurlaub“ nach § 616 BGB bzw. Mutterschutzlohn nach § 18 MuSchG
 - krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit sowie Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation, §§ 3, 9 EFZG
 - Annahmeverzug des Arbeitgebers, § 615 BGB
 - Unmöglichkeit vom Arbeitgeber zu vertreten, § 326 Abs. 1 BGB
 - Betriebsrisiko des Arbeitgebers, § 615 S. 3 BGB
- Die Entgeltfortzahlungsverpflichtung des Arbeitgebers bei **krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit** entfällt nur, wenn dem Arbeitnehmer grobes Verschulden gegen sich selbst vorzuwerfen ist.
- § 616 BGB greift nur ein, wenn ein sog. **persönlicher Verhinderungsgrund** vorliegt. Allgemeine Leistungshindernisse genügen also nicht.
- Der **Annahmeverzug des Arbeitgebers** richtet sich nach den §§ 293 ff. BGB. Nach Ablauf des vorgesehenen Zeitpunkts der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerät der Arbeitgeber auch ohne ein Angebot des Arbeitnehmers in Verzug, wenn das Arbeitsverhältnis tatsächlich nicht beendet wurde, da er die nach § 296 BGB erforderliche Mitwirkungshandlung (Zurverfügungstellung des Arbeitsplatzes) nicht erbracht hat.
- Kann der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht erbringen, weil eine von keiner Partei zu vertretende **Betriebsstörung** vorliegt, muss grds. der Arbeitgeber die Vergütung nach der Lehre vom Betriebsrisiko analog § 615 BGB weiterzahlen. Das Wegerisiko ist dagegen grds. vom Arbeitnehmer zu tragen.

Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis

Arbeitnehmerhaftung

Der Arbeitgeber ist grds. auch bei schuldhafter Schlechtleistung des Arbeitnehmers nicht zur Lohnkürzung berechtigt. Es kann ihm aber ein in den Grenzen der §§ 850 ff. ZPO mit dem Nettolohnanspruch aufrechenbarer Gegenanspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB bzw. §§ 823 ff. BGB zustehen.

- Die Arbeitnehmerhaftung für Schäden, die durch betrieblich veranlasste Tätigkeit verursacht wurden, ist eingeschränkt. Das Vorliegen einer sog. gefahrgeneigten Arbeit ist nicht (mehr) erforderlich. Es gelten nach h.M. folgende **Grundsätze**:
 - Vorsatz und (i.d.R.) grobe Fahrlässigkeit – volle Haftung,
 - mittlere (= normale) Fahrlässigkeit – Haftungsquotelung,
 - leichteste Fahrlässigkeit – keine Haftung.
- Die Haftung des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers für Personenschäden einschl. Schmerzensgeld und Beerdigungskosten infolge von Arbeitsunfällen ist nach Maßgabe der §§ 104, 105 SGB VII ausgeschlossen.
- **Gegenüber Dritten** kann sich der Arbeitnehmer auf die o.g. Haftungsbegrenzungsgrundsätze nicht berufen, u.U. aber Freistellung bzw. Erstattung vom Arbeitgeber verlangen.

Arbeitgeberhaftung

Die **Haftung des Arbeitgebers** für Vermögensschäden des Arbeitnehmers richtet sich bei zu vertretender Pflichtverletzung nach allg. Grundsätzen. Ohne Verschulden haftet der Arbeitgeber analog § 670 BGB für Sachschäden des Arbeitnehmers, die „arbeitsinadäquat“ sind oder in den Betätigungsbereich des Arbeitgebers fallen.

Die Grundsätze über den innerbetrieblichen Schadensausgleich sind entsprechend anwendbar.

4. Abschnitt: Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses

A. Die einzelnen Beendigungstatbestände – Übersicht

416

Das Arbeitsverhältnis kann als Dauerschuldverhältnis durch nachfolgende Tatbestände für die Zukunft aufgelöst werden:

■ Aufhebungsvertrag (§§ 241, 305 BGB)

417

Aufgrund der Vertragsfreiheit können die Vertragsparteien das Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufheben. Der Aufhebungsvertrag, der ein gegenseitiger Vertrag i.S.d. §§ 320 ff. BGB ist, für den die allgemeinen Regeln des BGB, insb. die §§ 104 ff., 145 ff. und 164 ff. BGB gelten, bedarf zu seiner Wirksamkeit gemäß § 623 BGB der **Schriftform**. Ein **Rücktritts- oder Widerrufsrecht** steht den Vertragsparteien nur dann zu, wenn eine besondere Vereinbarung vorliegt. Etwas anderes ergibt sich nach der ganz h.M. auch nicht aus §§ 312 Abs. 1, 312 g, 355 BGB. Nach heute ganz h.M. ist der Arbeitnehmer zwar Verbraucher i.S.d. § 13 BGB, arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge sind jedoch nach der Gesetzessystematik nicht in den Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB einbezogen.¹¹³³ Der Aufhebungsvertrag muss aber frei von Willensmängeln zustande gekommen sein, was bei einer arglistigen Täuschung¹¹³⁴ bzw. **Drohung mit einer Kündigung**, die ein verständiger Arbeitgeber nicht in Betracht gezogen hätte, nicht der Fall ist, sodass der Arbeitnehmer den Aufhebungsvertrag nach § 123 BGB anfechten kann. Dass die in Aussicht gestellte Kündigung wirksam wäre, ist nicht erforderlich.¹¹³⁵ Dagegen berechtigt die Unkenntnis des Vorliegens einer Schwangerschaft bzw. einer Schwerbehinderung i.S.d. § 2 SGB IX nicht zu einer Anfechtung, weil es sich dabei nur um einen unbeachtlichen Rechtsfolgenirrtum handelt.¹¹³⁶ Ein Aufhebungsvertrag, der von einem Betriebsveräußerer veranlasst wird, um den **Übergang des Arbeitsverhältnisses** zu unveränderten Bedingungen **als Folge eines Betriebsübergangs nach § 613 a BGB zu verhindern**, ist wegen Verstoßes gegen § 613 a BGB nach § 134 BGB nichtig.¹¹³⁷ Wirksam ist dagegen ein Aufhebungsvertrag, der auf eine endgültige Beendigung der Vertragsbeziehung abzielt.¹¹³⁸ Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer unvorbereitet auf Veranlassung des Arbeitgebers einen Aufhebungsvertrag abgeschlossen hat, ohne dass ihm eine Bedenkzeit bzw. ein Widerrufsrecht eingeräumt worden ist (sog. Überraschungseffekt), reicht allerdings dafür allein noch nicht aus.¹¹³⁹ Vor Abschluss des Aufhebungsvertrages muss aber das Gebot fairen Verhandeln (arbeitsvertragliche Nebenpflicht) beachtet werden, das verletzt wird, wenn eine Seite eine psychische Drucksituation schafft, die eine freie und überlegte Entscheidung des Vertragspartners über den Abschluss eines Aufhebungsvertrages erheblich erschwert.¹¹⁴⁰ Darüber hinaus kann die Berufung auf den Aufhebungsvertrag in Ausnahmefällen treuwidrig sein.¹¹⁴¹ Beim Abschluss eines Aufhebungsvertrages trifft den Arbeitgeber **grds. keine Aufklärungspflicht** hinsichtlich der möglichen Nachteile für den Arbeitnehmer.¹¹⁴² Dies gilt grds. auch hinsichtlich der Sperrfrist bei Bezug von Arbeitslosengeld nach § 144 SGB III, die ein Aufhebungsvertrag in der Regel auslöst, wenn kein wichtiger Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorliegt.¹¹⁴³ Ein Irrtum des Arbeitnehmers über die steuer-

1133 Vgl. dazu BAG ArbRB 2019, 164 m. Anm. Esser; Schiefer DB 2019, 59, 62; Schaub/Linck § 122 Rn. 8.

1134 BAG NZA 2012, 1316; MünchArbR/Wank § 135 Rn. 35 f.; Schaub/Linck § 122 Rn. 27 ff.; v. Bernuth BB 2017, 825 ff.

1135 BAG NZA 2008, 348; Schaub/Linck § 122 Rn. 28; ErfK/Müller-Glöße § 620 BGB Rn. 11a; Overkamp Jm 2017, 64, 65 m.w.N.

1136 BAG DB 1992, 1529; Schaub/Linck § 122 Rn. 26; Ehrich DB 1992, 2239 f. m.w.N.

1137 BAG NZA 2012, 152; Dahme EWiR 2010, 735; ErfK/Preis § 613 a BGB Rn. 157 ff.; Pils NZA 2013, 125 ff.

1138 Vgl. BAG ZInsO 2013, 946 u. BAG BB 2007, 672 zur Wirksamkeit eines dreiseitigen Aufhebungsvertrages mit insolventem AG und Abschluss eines neuen „schlechteren“ Arbeitsvertrages mit einer zwischengeschalteten Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft; krit. ErfK/Preis § 613 a BGB Rn. 159; dazu auch Pils NZA 2013, 125; Willemsen NZA 2013, 242.

1139 BAG NZA 2004, 1295; Schaub/Linck § 122 Rn. 8; Kleinebrink ArbRB 2008, 211; Germelmann NZA 1997, 236; a.A. LAG Hamburg NZA 1992, 309; vgl. auch Dieterich RdA 1995, 1810 und Bauer/Diller DB 1995, 1810 mit Krit. v. Dieterich.

1140 Vgl. dazu BAG NZA 2019, 688 m. Anm. Bauer ArbR 2019, 93; Bei schuldhafter Nebenpflichtverletzung Schadensersatzanspruch gerichtet auf Wiederherstellung des Zustandes, der ohne die Pflichtverletzung bestünde (§ 249 Abs. 1 BGB). AN danach so zu stellen, als hätte er den Aufhebungsvertrag nicht abgeschlossen.

1141 Vgl. LAG Niedersachsen AE 2006, 22; MünchArbR/Wank § 135 Rn. 367 und ausführlich dazu Ehrich DB 1992, 2239 ff.

1142 BAG NZA 2004, 1295; Schaub/Linck § 122 Rn. 9 ff.; v. Bernuth BB 2017, 825, 826; Lingemann/Groneberg NJW 2010, 3496 ff.; Bauer NZA-RR 1999, 1 ff.; vgl. aber zu Ausnahmefällen BAG NZA 2001, 203, 206; Kleinebrink ArbRB 2008, 121.

1143 BAG NZA 1988, 837; Schaub/Linck § 122 Rn. 11; zur Sperrzeit BSG NZS 2019, 157; BSG DB 2006, 2521; Juli ArbR 2017, 237.

und sozialversicherungsrechtlichen Rechtsfolgen des Aufhebungsvertrages berechtigt als ein unbeachtlicher Rechtsfolgenirrtum nicht zur Anfechtung.¹¹⁴⁴ Erteilte Auskünfte müssen aber richtig sein. Die Falschankunft führt aber nicht zur Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrages, sondern begründet grds. nur Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB.¹¹⁴⁵ Der vom Arbeitgeber formulierte Aufhebungsvertrag muss allerdings einer **Wirksamkeits- und Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB** standhalten. Da jedoch unter „Arbeitsvertrag“ i.S.d. § 310 Abs. 4 BGB nach h.M. nicht nur der zur Begründung des Arbeitsverhältnisses, sondern auch der zur Auflösung desselben geschlossene Vertrag zu verstehen ist, findet die Inhaltskontrolle unter Berücksichtigung von arbeitsrechtlichen Besonderheiten statt.¹¹⁴⁶ Die Punkte, die unmittelbar die Hauptleistungspflichten betreffen (Beendigung und die Gegenleistung, insb. die Höhe der Abfindung), sind daher aus Gründen der Vertragsfreiheit (vgl. auch § 307 Abs. 3 BGB) in der Regel einer Inhaltskontrolle entzogen, nicht aber eine Ausgleichsklausel oder ein Klageverzicht.¹¹⁴⁷ Bei Nichtzahlung der in einem Aufhebungsvertrag vereinbarten Abfindung steht dem Arbeitnehmer grds. das **gesetzliche Rücktrittsrecht nach Maßgabe des § 323 Abs. 1 BGB** zu. Unter welchen Voraussetzungen ein stillschweigender Ausschluss dieses Rücktrittsrechts angenommen werden kann (z.B. im Prozessvergleich), ist noch nicht geklärt. Das BAG lehnt jedenfalls ein Rücktrittsrecht bei einer nachfolgenden Insolvenz des Arbeitgebers bzw. einem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Ablehnung der Abfindungszahlung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter entspr. § 21 InsO mangels Durchsetzbarkeit der Abfindungszahlung ab.¹¹⁴⁸

- 418** ■ Anfechtung des Arbeitsverhältnisses (vgl. dazu oben Rn. 237 ff.)
- Einseitige Lossagung vom faktischen Arbeitsverhältnis (vgl. dazu oben Rn. 226 ff.)
- Tod des Arbeitnehmers
- Dieser Beendigungsgrund folgt aus dem höchstpersönlichen Charakter der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, § 613 BGB.
- Ordentliche Kündigung – dazu unten unter B. (Rn. 424 ff.) und D.-H. (Rn. 508 ff.).
- Außerordentliche Kündigung, § 626 BGB – dazu unten C.–H. (Rn. 497 ff.)
- Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch das Arbeitsgericht wegen Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung nach Maßgabe der §§ 9, 10 bzw. § 13 Abs. 1 S. 3 i.V.m. §§ 9 Abs. 2, 10 KSchG – dazu unten I. (Rn. 564 ff.)
- Befristungsablauf (§§ 3, 14 ff. TzBfG) – dazu unten J. (Rn. 577 ff.)
- Eintritt der auflösenden Bedingung – dazu unten K. (Rn. 599 ff.)
- 419** ■ Verweigerung der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer nach Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung, §§ 12, 16 KSchG

Nach diesen Bestimmungen hat der Arbeitnehmer, der den Kündigungsschutzprozess gewonnen, inzwischen aber ein neues Arbeitsverhältnis begründet hat, das Recht, innerhalb einer Woche nach Rechtskraft des Urteils die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem alten Arbeitgeber zu verweigern, ohne dass die Kündigungsfrist eingehalten werden muss (vgl. dazu Rn. 564).

1144 BAG AP Nr. 99 zu § 611 BGB „Fürsorgepflicht“; Schaub/Linck § 122 Rn. 26; Dütz/Thüsing Rn. 348.

1145 BAG NZA 2004, 606; BAG NZA 1988, 837.

1146 BAG NZA 2016, 762; ErfK/Preis §310 BGB Rn. 37 f.; Schaub/Linck § 122 Rn. 13; Overkamp jM 2017, 64, 65; Bauer NZA 2002, 169, 172; Lingemann NZA 2002, 181, 183; a.A. Thüsing BB 2002, 2666, 2669; Thüsing/Lederer BB 2004, 42, 43.

1147 BAG NZA 2016, 762; BAG NZA 2015, 676; BAG NJW 2012, 103; Schaub/Linck § 122 Rn. 13; ErfK/Preis § 310 BGB Rn. 37 f.; Junker BB 2007, 1274, 1279; Thüsing RdA 2005, 257, 266.

1148 Vgl. BAG NZA 2012, 131; BAG NZA 2012, 205; Overkamp jM 2017, 64, 65; Reinfelder NZA 2013, 266; Abele NZA 2012, 487 ff. und LAG Köln BB 1996, 907; Bauer/Haußmann BB 1996, 901; v. Puttkammer BB 1996, 1440 zum stillschw. Ausschluss.

II. Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber – Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG

Prüfungsschema für die Kündigung durch den Arbeitgeber

Ordentliche Kündigung	Außerordentliche Kündigung (§ 626 BGB)
<p>I. Ordnungsgemäße Kündigungserklärung des Arbeitgebers</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Begrifflich ordentliche Kündigung 2. Wirksamkeit nach §§ 130, 164 BGB (Abgabe und Zugang; Vertretung) 3. Gemäß § 623 BGB Schriftform, aber grds. begründungsfrei <p>II. Einhaltung der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG (Ausnahme: § 4 S. 3 KSchG) und Verhinderung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG; bei Versäumung keine nachträgliche Klagezulassung nach § 5 KSchG (vgl. dazu Rn. 558)</p> <p>III. Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ § 31 Abs. 2 SprAuG bei leitd. Ang. ■ § 75 BPersVG bzw. LandesPersVG bei Arbeitnehmern des öff. Dienstes ■ Mitarbeitervertretung bei „kirchlichen Arbeitnehmern“? <p>IV. Ordnungsgemäße Anhörung der Schwerbehindertenvertretung bei schwerbehinderten Menschen, § 178 Abs. 2 S. 1, 3 SGB IX</p> <p>V. Besonderer Kündigungsschutz, z.B. § 17 MuSchG; § 18 BEEG; § 15 KSchG; §§ 168, 173 SGB IX</p> <p>VI. Allg. Kündigungsschutz nach KSchG</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. KSchG anwendbar, § 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 S. 2 KSchG 2. Soziale Rechtfertigung, § 1 Abs. 1 KSchG <ol style="list-style-type: none"> a) § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG <ul style="list-style-type: none"> ■ verhaltensbedingt ■ personenbedingt ■ betriebsbedingt <p style="margin-left: 40px;">(+) Interessenabwägung</p> <p style="margin-left: 40px;">bei betriebsbed. Kündigung außerdem § 1 Abs. 3 KSchG: Sozialauswahl, ggf. Beschränkung der Überprüfung nach § 1 Abs. 4 KSchG; außerdem „Sonderfall“ beim Interessenausgleich mit Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG bzw. § 125 InsO</p> <ol style="list-style-type: none"> b) § 1 Abs. 2 S. 2, 3 KSchG: absolute Sozialwidrigkeit (keine Interessenabwägung), wenn wirksamer Widerspruch des Betriebsrats <p>VII. Keine Unwirksamkeit nach §§ 138, 242 BGB, wenn KSchG nicht anwendbar</p> <p>VIII. Einhaltung der Kündigungsfrist</p>	<p>I. Ordnungsgemäße Kündigungserklärung des Arbeitgebers</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Begrifflich außerordentl. Kündigung 2. Wirksamkeit nach §§ 130, 164 BGB (Abgabe und Zugang; Vertretung) 3. Gemäß § 623 BGB Schriftform, aber grds. begründungsfrei <p>II. Einhaltung der Klagefrist der §§ 4, 13 Abs. 1 S. 2 KSchG (Ausnahme: § 4 S. 3 KSchG) und Verhinderung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG; bei Versäumung keine nachträgliche Klagezulassung nach § 5 KSchG (vgl. dazu Rn. 558)</p> <p>III. Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ § 31 Abs. 2 SprAuG bei leitd. Ang. ■ § 75 BPersVG bzw. LandesPersVG bei Arbeitnehmern des öff. Dienstes ■ Mitarbeitervertretung bei „kirchlichen Arbeitnehmern“? <p>IV. Ordnungsgemäße Anhörung der Schwerbehindertenvertretung bei schwerbehinderten Menschen, § 178 Abs. 2 S. 1, 3 SGB IX</p> <p>V. Besonderer Kündigungsschutz, z.B. § 17 MuSchG; § 18 BEEG; § 15 KSchG i.V.m. § 103 BetrVG; §§ 173, 174 SGB IX</p> <p>VI. Wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Umstände, die an sich geeignet sind, einen wichtigen Grund abzugeben 2. Interessenabwägung mit der Folge, dass Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zumutbar ist 3. Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB <p>VII. Bei Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung – Umdeutung in eine ordentliche Kündigung nach § 140 BGB?</p>

3. Teil: Überblick über das kollektive Arbeitsrecht

1. Abschnitt: Koalitions- und Tarifvertragsrecht

A. Einführung

- 634** Der heutige Stand des Arbeitsrechts als eines vorwiegend dem Schutz der Arbeitnehmer dienenden Rechtsgebiets ist das Ergebnis einer langen geschichtlichen Entwicklung, an deren Ausgangspunkt die äußerst ungünstigen Arbeitsbedingungen in der Zeit des Frühkapitalismus standen. Um diese Arbeitsbedingungen zu verbessern, haben Arbeitnehmer Gewerkschaften gebildet. Als Gegengewicht zu den Gewerkschaften und Verhandlungspartnern für diese, haben Arbeitgeber eigene Verbände gegründet. Als Oberbegriff, der sowohl die Gewerkschaften als auch die Arbeitgeberverbände erfasst, wird herkömmlich der Begriff der Koalitionen verwendet. Aufgrund ihrer historisch gewachsenen Rolle und Bedeutung hat man den Koalitionen die Festlegung der Arbeitsbedingungen weitgehend überlassen (soziale Selbstverwaltung), insbesondere durch Tarifautonomie.¹⁷⁹⁹ Die Regelung der dadurch entstandenen Rechtsprobleme ist Gegenstand des kollektiven Arbeitsrechts.
- 635** Zum kollektiven Arbeitsrecht gehört das Recht der arbeitsrechtlichen Koalitionen, das Tarifvertragsrecht, das Arbeitskampfrecht einschließlich des Schlichtungsrechts, das Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht sowie das Unternehmensmitbestimmungsrecht. Nachfolgend wird in einem Überblick das Koalitions-, Tarif-, Arbeitskampf- und Betriebsverfassungsrecht dargestellt.

B. Das Koalitionsrecht

I. Begriff der Koalitionen

- 636** Die Bestimmung des Begriffs der Koalitionen ist zum einen für die Festlegung des Schutzbereichs des Grundrechts der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG von Bedeutung, das nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG auch im privaten Rechtsverkehr unmittelbar anwendbar ist (vgl. dazu oben Rn. 83). Zum anderen ist in einer Vielzahl von Arbeitsgesetzen die Mitwirkung der Koalitionen vorgesehen (z.B. § 2 Abs. 2 BetrVG: Zutrittsrecht der Gewerkschaft zum Betrieb; § 20 ArbGG: Beteiligung der Koalitionen bei Berufung der ehrenamtlichen Richter beim ArbG).

Das Vorliegen einer Koalition i.S.d. Art. 9 Abs. 3 GG setzt nach ganz h.M. die Erfüllung nachfolgender Begriffsmerkmale voraus:

- 637** **1. Es muss zunächst ein freiwilliger Zusammenschluss von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern vorliegen, der auf eine gewisse Dauer angelegt ist, eine korporative Organisation hat und demokratisch organisiert ist.**¹⁸⁰⁰

Zwangsverbände, insbesondere öffentlich-rechtliche Verbände mit Mitgliedschaft kraft Gesetzes oder Verwaltungsaktes, sind deshalb keine Koalitionen i.S.d. Art. 9 Abs. 3 GG. Davon abweichend steht den

¹⁷⁹⁹ Vgl. dazu Richardi ZfA 2014, 395; ders. DB 2000, 42; Dieterich DB 2001, 2398; Belling ZfA 1999, 547; Picker ZfA 1998, 573.

¹⁸⁰⁰ Vgl. dazu Schaub/Treber § 188 Rn. 9 ff.; Dütz/Thüsing Rn. 527 ff.; a.A. zur Dauer Däubler/Däubler, Einl. TVG Rn. 113.

Innungen und Innungsverbänden Tariffähigkeit kraft Gesetzes zu (§§ 54 Abs. 3 Nr. 1, § 2 Nr. 3, 85 HandwO). Keine Koalitionen sind auch ad hoc-Vereinigungen, weil sie nicht auf Dauer angelegt sind und deshalb die den Koalitionen eingeräumten Befugnisse nicht sinnvoll ausüben können. Der Verband muss vom Mitgliederwechsel unabhängig sein und korporative Organe haben. Die Gewerkschaften sind aus historischen Gründen nicht rechtsfähige Vereine. Arbeitgeberverbände sind dagegen regelmäßig rechtsfähige Vereine.¹⁸⁰¹

2. Die Vereinigung muss vom sozialen Gegenspieler (sog. Gegnerfreiheit) und vom Staat sowie sonstigen gesellschaftlichen Gruppen unabhängig (sog. Koalitionsreinheit) und nach h.M. grds. überbetrieblich organisiert sein.¹⁸⁰² **638**

Die Notwendigkeit der Gegnerfreiheit sowie der Koalitionsreinheit folgt daraus, dass nur ein unabhängiger und an Weisungen Dritter nicht gebundener Berufsverband in der Lage ist, die Interessen seiner Mitglieder gegenüber dem sozialen Gegenspieler wirkungsvoll zu vertreten. Eine partei- oder gesellschaftspolitische Neutralität ist allerdings nicht erforderlich. Da Vereinigungen, die auf einen Betrieb beschränkt sind, leicht unter den Einfluss des Arbeitgebers geraten könnten, müssen sie überbetrieblich organisiert sein. Teilweise wird die Überbetrieblichkeit nur für die Tariffähigkeit gefordert. Bei großen Unternehmen (z.B. Post, Eisenbahn) kann die Überbetrieblichkeit nicht verlangt werden.¹⁸⁰³

3. Der satzungsmäßige Hauptzweck der Vereinigung muss gemäß Art. 9 Abs. 3 GG die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sein. **639**

Die Begriffe Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sind weit auszulegen, sodass darunter alles fällt, was Gegenstand eines Arbeits- oder Tarifvertrags sein kann. Es muss aber immer eine Beziehung zu Arbeitsverhältnissen vorliegen, sodass z.B. die bloße Verfolgung der wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder (sog. Wirtschaftsvereine) nicht genügt.¹⁸⁰⁴

4. Nach h.M. sind Tarifwilligkeit und Arbeitskampfbereitschaft keine zwingenden Begriffsmerkmale einer Koalition i.S.d. Art. 9 Abs. 3 GG, weil es den Koalitionen zu überlassen ist, welcher Mittel sie sich zur Durchsetzung ihrer Ziele bedienen wollen. Schließlich ist dafür auch eine gewisse Durchsetzungskraft (soziale Mächtigkeit) nicht erforderlich, weil anderenfalls in Gründung befindliche Vereinigungen verfassungsrechtlich nicht geschützt wären.¹⁸⁰⁵ **640**

Nach h.M. ist nicht jede Koalition i.S.d. Art. 9 Abs. 3 GG zugleich auch eine tariffähige Vereinigung i.S.d. § 2 TVG, insb. ist der **Begriff der Gewerkschaft** im Rechtssinne enger. Denn darunter fallen nur tariffähige Arbeitnehmervereinigungen. Die Tariffähigkeit i.S.d. § 2 TVG setzt neben den o.g. Koalitionsmerkmalen zusätzlich die Tarifwilligkeit und bei Arbeitnehmervereinigungen nach h.M. auch eine gewisse Durchsetzungskraft voraus, um nicht allein vom guten Willen der Arbeitgeberseite abhängig zu sein.¹⁸⁰⁶ Ob die Arbeitskampfbereitschaft zwingende Voraussetzung für eine tariffähige Vereinigung ist, ist sehr umstritten.¹⁸⁰⁷ **641**

1801 BAG NZA 2004, 562; Schaub/Treber § 188 Rn. 9 ff.; a.A. zu ad hoc-Vereinigungen Däubler, Fn. 1800.

1802 Vgl. dazu BAG NZA 1998, 754; Schaub/Treber § 188 Rn. 15 ff.; Dütz/Thüsing Rn. 531 ff.; jeweils m.w.N.

1803 BAG NZA 2001, 160; Waltermann Rn. 491; Schaub/Treber § 188 Rn. 18; B/R/H Rn. 632; Stelling NZA 1998 921; ausführlich dazu MünchArbR/Rieble § 218 Rn. 55 ff.

1804 Vgl. dazu Schlausner ZTR 1998, 545 ff.; Schaub/Treber § 188 Rn. 20, 21; Dütz/Thüsing Rn. 537; jeweils m.w.N.

1805 BVerfG AP Nr. 15, 31 zu § 2 TVG; BAG NZA 2005, 687; 1998, 754, 755; Rieble BB 2004, 885; Richardi NZA 2004, 1025 ff.; B/R/H/ Rn. 635; Dütz/Thüsing Rn. 538; a.A. Hanau/Adomeit Rn. 170.

1806 BVerfG NZA 2015, 757; BAG DB 2019, 555 m. Anm. Plehn/Wypych; BAG AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit m. krit. Anm. Schmidt; Geffken RdA 2015, 167; Meyer DB 2014, 953; Schönhöft/Klafki NZA-RR 2012, 393; Greiner NZA 2011, 825; Ulber RdA 2011, 353; anders für die Tariffähigkeit der AG: BAG EzA § 2 TVG Nr. 20 m. Anm. Hergenröder; Schrader NZA 2001, 1337; ausführlich zum Koalitionsrecht AS-Skript Kollektives Arbeitsrecht (2015), Rn. 4 ff.

1807 Dagegen BVerfG AP Nr. 15 zu § 2 TVG; Erfk/Franzen § 2 TVG Rn. 10; B/R/H Rn. 669; Waltermann Rn. 571; Hanau/Adomeit Rn. 168; a.A. BAG AP Nr. 13 zu § 2 TVG; Dütz/Thüsing Rn. 581; Schaub/Treber § 197 Rn. 7 f.

II. Die Koalitionsfreiheit

Fall 35: Information und Mitgliederwerbung

Die Gewerkschaft G will während der Arbeitspausen durch organisierte Betriebsangehörige gewerkschaftliches Informations- und Werbematerial verteilen. Der Arbeitgeber A will dies verbieten. Wäre ein solches Verbot wirksam?

- I. Das Verbot könnte wegen eines Eingriffs in die verfassungsrechtlich geschützte Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG nichtig sein.

- 642 1. Voraussetzung dafür ist, dass die Verteilung gewerkschaftlichen Informations- und Werbematerials in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit fällt. **Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet:**

- **Individuelle Koalitionsfreiheit:** Geschützt ist dabei das Beitritts- und Betätigungsrecht (sog. **positive Koalitionsfreiheit**) und nach h.M. auch die sog. **negative Koalitionsfreiheit**, also das Recht der Gewerkschaft fernzubleiben.¹⁸⁰⁸
- **Kollektive Koalitionsfreiheit**, d.h. die **Bestands- und Betätigungsgarantie der Koalitionen**. Geschützt wird also nicht nur der Bestand der Koalitionen, sondern auch ihre organisatorische Ausgestaltung sowie ihre Betätigungen, sofern sie der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen.¹⁸⁰⁹

Nach heute ganz h.M. wird durch Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur der sog. Kernbereich der koalitionsmäßigen Betätigung geschützt (z.B. Abschluss von Tarifverträgen, Streik), sondern alle Verhaltensweisen, die sich auf die Erfüllung der Koalitionsaufgaben beziehen, also koalitionspezifisch sind.¹⁸¹⁰

Der Koalitionsfreiheit können nur solche Schranken gezogen werden, die im konkreten Fall zum Schutz anderer Rechtsgüter geboten sind. Je einschneidender der Eingriff und damit gewichtiger der Schutz ist, desto schwerwiegender müssen die Gründe für die Einschränkung sein.¹⁸¹¹

- 643 2. Die **Verteilung von Informations- und Werbematerial** mit koalitionspezifischem Inhalt durch betriebsangehörige Gewerkschaftsmitglieder im Betrieb ist jedenfalls dann durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt, wenn sie – wie hier – während der Pausen, also außerhalb der Arbeitszeit geschieht.¹⁸¹²

Nach BVerfG¹⁸¹³ ist die Mitgliederwerbung auch während der Arbeitszeit durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt, sodass ein diesbezügliches Verbot des Arbeitgebers als Einschränkung der Koalitionsfreiheit einer sachlichen Rechtfertigung bedarf (z.B. erhebliche Störung des Betriebsablaufs).

Nach BAG steht dem Arbeitgeber grds. kein Anspruch auf Unterlassung der unaufgeforderten Versendung von Werbematerial durch eine Gewerkschaft an die dienstliche E-Mail-Adresse der Arbeitnehmer zu, da auch eine derartige Werbung durch die Koalitionsfreiheit geschützt ist.¹⁸¹⁴

1808 BVerfG EWIR 2019, 121 m. Anm. Wienbracke; BVerfG NZA 2004, 1338; BAG AuR 2019, 49; BAG BB 2010, 379.

1809 BVerfG NZA 1999, 992; 1996, 381 ff.; Waltermann Rn. 498 ff.; Schaub NZA 2000, 15.

1810 BVerfG NZA 2017, 915; BVerfG NZA 2007, 394; BAG BB 2010, 379; GreinerJM 2014, 414; Dietrich RdA 2007, 110 ff.

1811 BVerfG RÜ 2005, 158; BVerfG DB 2001, 1367, 1368; BAG NZA 2002, 1155, 1157.

1812 BVerfG NZA 2007, 394; Jüngst B+P 2019, 33 ausführlich dazu Schönhöft/Klafki NZA-RR 2012, 393.

1813 BVerfG NZA 1996, 381; ErfK/Linsenmaier Art. 9 GG Rn. 39 ff.; a.A. noch BAG NZA 1992, 690.

1814 BAG NZA 2009, 615; a.A. Arnold/Wiese NZA 2009, 716; ausführl. Dumke RdA 2009, 77.

Stichwortverzeichnis

Die Zahlen verweisen auf die Randnummern.

Abfindungsanspruch nach § 1 a KSchG	495	Leistungsverweigerungsrecht	383
Abmahnung	473	Zwischenverdienst	383
Abmahnungsberechtigung	476	Anrechnungsklausel	658
Anhörung des Arbeitnehmers	479	Antidiskriminierungsrichtlinie	457
Beanstandungsfunktion	474	Anwendbarkeit des KSchG	442
Bestimmtheiterfordernis	475	Altarbeitnehmer	444
Entfernung aus Personalakte	481	Neuarbeitnehmer	444
Gegendarstellung	481	Regelmäßige Beschäftigtenzahl	447
Verlust der Abmahnungswirkung	477	Schwellenwert	445
Verschulden des Arbeitnehmers	478	Wartezeit	443
Warnfunktion	474	Anwendungsvorrang	
Abwehraussperrung	681	des § 87 Abs. 1 BetrVG	132
Allgemeiner Feststellungsantrag	552	Arbeiter	46
Allgemeines Gleichbehandlungs-		Arbeitgeber	26
gesetz (AGG)	58, 75, 195	BGB-Gesellschaft	27
Anwendungsbereich	195, 199	Fürsorgepflicht	347
Behinderung	200	Geschäftsfähigkeit	232 ff.
Belästigung und Sexuelle		Vor-GmbH	29
Belästigung	202	Arbeitgeberverband	634
Benachteiligung	202	Arbeitnehmer	8
Beweiserleichterungen	201	Angestellte	46
Entschädigungsanspruch	209	Arbeiter	46
Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	350	Dienstvertrag	12
Geltendmachung von Ansprüchen	211	Geschäftsfähigkeit	232 ff.
Herausnahmeregelung		Privatrechtlicher Vertrag	11
des § 2 Abs. 4 AGG	438	Rentenversicherung	47
Kein Einstellungsanspruch	195	Treuepflicht	343 ff.
Krankheitsbedingte Kündigung	457	Unselbstständigkeit	15
Kündigungsfrist des § 622 Abs. 2 BGB	434	Verbraucher	153
Rechtfertigungsgründe	203, 205	Weisungsgebundenheit	17
Schadensersatzanspruch	206	Arbeitnehmerähnliche Person	31 ff.
Allgemeinverbindlichkeitserklärung	109	Arbeitnehmerhaftung	401
Änderungskündigung	508	Haftplichtversicherung	406
Annahme unter Vorbehalt	520	Haftungsausschluss (§ 105 SGB VII)	409
Schriftform	516	Haftungsverteilung	404
Weiterbeschäftigungsanspruch	520	Versicherung	404
Anderweitige Beschäftigungs-		Arbeitsurlaubnis	194
möglichkeit	461, 471, 483, 510	Arbeitsgerichtsverfahren	179
Anfechtung	238	Beschlussverfahren	187
Betriebsratsanhörung	241	Güteverhandlung	182
Eigenkündigung	434	Kostenerstattungsanspruch	185
Jetztwirkung	239	Versäumnisurteil	181
Anfechtungsfrist	253 f.	Vorläufige Vollstreckbarkeit	183
Angestellte	46	Arbeitskampfrecht	661 ff.
Angriffsaussperrung	682	Arbeitskampfrisiko	391
Annahmeverzug	377	Arbeitskampfrisikolehre	677 ff.
Auskunftspflicht	383	Arbeitsrechtliche Gestaltungsfaktoren	69
Beendigung	384	Europäisches Gemeinschaftsrecht	70 ff.
Betriebsübergang	382	Grundrechte	78 ff.
Böswilliges Unterlassen	384	Internationales Arbeitsrecht	70 ff.
Entbehrlichkeit des Angebots	381	Konkurrenzen	68

Arbeitsunfall	408 ff.	Beschäftigungsanspruch	293 ff.
Arbeitsverhältnis	8, 222 ff.	Beschäftigungsverbot	257
Arbeitsvertrag	142	Beschlussverfahren	187
Eingliederungstheorie	216	Besonderer Kündigungsschutz	521
Grundsatz der Formfreiheit	214	Heimarbeiter	38
Schuldrechtsreform	222	Mitglieder oder Wahlbewerber der	
Teilnichtigkeit	257	Betriebsverfassungsorgane	707, 522 f.
Vertragstheorie	217	Mutterschutz, Elternzeit	524 f.
Arbeitszeit	260	Schwangerschaft	237
Bereitschaftsdienst	262	Schwerbehinderte	43 f., 527 ff.
Öffentlich-rechtlicher Arbeitszeitschutz	260	Soziale Auswahl	488
Rufbereitschaft	262	Wehr- und Zivildienst	526 f.
Verkürzung, Verlängerung und		Beteiligungsrechte in wirtschaftlichen	
Neuverteilung (§§ 8, 9 TzBfG)	274 ff.	Angelegenheiten	725 ff.
Arglistige Täuschung	244	Betriebliche Übung	154
Offenbarungspflicht	255	Freiwilligkeitsvorbehalt	157
Aufhebungsvertrag	417	Negative betriebliche Übung	160
Auflösende Bedingung	599 ff.	Schriftformerfordernis	159
Auflösung des Arbeitsverhältnisses	564 ff.	Vertragstheorie	155
Aufrechnung	321, 398	Vertrauenshaftungstheorie	155
Unerlaubte Handlung und Existenz-		Widerrufsvorbehalt	158
minimum	321, 398	Betriebliches Eingliederungs-	
Ausgleichsquittung	151	management	462
Ausschluss- und Spannenklauseln	659	Betriebsänderung	726
Außerordentliche Kündigung	497	Betriebsbedingte Kündigung	483 ff.
Angabe des Kündigungsgrundes	499	Betriebsbegriff	692
Kündigungserklärungsfrist	505	Betriebsrat	699
ultima-ratio-Prinzip	85	Beschlussfassung	700
Aussperrung	680 ff.	Kosten	704
		Minderheitsgeschlecht	699
Befristung	577	Mitbestimmung in personellen	
Anschlussverbot	578	Angelegenheiten	193
Ausschluss der ordentlichen		Mitwirkungs- und Mitbestimmungs-	
Kündigung	595	rechte	708 ff.
Befristung mit älteren Arbeitnehmern	581	Restmandat	693
Kalendermäßige Befristung	578	Übergangsmandat	693
Kettenarbeitsverträge	593	Wahl	699
Klagefrist	597	Betriebsratsanhörung	535
Sachgrund	583 ff.	Anfechtung	241
Schriftform	594	Heimarbeiter	38
Verlängerung	580	Nachgeschobene Kündigungs-	
Zweckbefristung	595	gründe	541
Befristung auf das Rentenalter	604	Soziale Auslaufrist	539
Benachteiligungsverbot des		Subjektive Determination	535
§ 7 Abs. 1 AGG	195 ff.	Widerspruch des Betriebsrats	302, 483, 539
Bereitschaftsdienst	262	Wiederholungskündigung	536
Berufliche Umschulung	633	Betriebsratsmitglied	705 ff.
Berufsausbildungsverhältnis	624	Betriebsrisikolehre	361, 385 ff.
Anspruch auf Begründung eines		Betriebsteil	693
Arbeitsverhältnisses	190, 632	Betriebsübergang	486 f., 614
Klagefrist	631	Annahmeverzug	382
Kündigung	630 f.	Funktionsnachfolge	616
Schlichtungsausschuss	631	Gesellschafterwechsel	623
Zuständigkeit des Arbeitsgerichts	33	Heimarbeiter	38
Berufsfortbildung	633	Insolvenz	620

Kündigung	617	Entschädigungsanspruch	
Rechtsgeschäft	621	nach § 15 Abs. 2 AGG	209 ff.
Unterrichtung	618	Erstattungsanspruch des Arbeitnehmers	
Widerspruch	618	(§ 670 BGB analog)	414
Betriebsvereinbarung	121	Europäisches Gemeinschaftsrecht	69 ff.
Erzwingbare Betriebsvereinbarung	123	Faktisches Arbeitsverhältnis	
Geltungsbereich	137 ff.	Familienpflegezeitgesetz	365
Günstigkeitsprinzip	135	Geschäftsunfähigkeit	235
Inhalt	129	Fixschuldcharakter der Arbeitspflicht	356, 396
Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB	144	Formulararbeitsvertrag	143
Nachwirkung	139 ff.	Aufhebungsvertrag	417
Regelungssperre	130	Ausgleichsquittung	151
Schriftform	126 f.	Einbeziehung	146
Spruch der Einigungsstelle	125	Freistellungsvorbehalt	152, 294
Beweiserleichterungsregelung		Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB	146 ff.
des § 22 AGG	201	Kurzarbeitsklausel	389
Boykott	662	Lohnminderungsabrede	397
Bündnis für Arbeit	102, 649	Schriftformklausel	152, 159
Bundesfreiwilligendienst	526	Überstundenpauschalen	152, 272
Demokratieprinzip	6	Verfallfristen	148
Detektivkosten	344	Versetzungsvorbehalt	171
Dienstwagen	411	Vertragsfreiheit	188
Direktionsrecht	169 ff.	Vertragsstrafeversprechen	147
Dispositives Recht	88 f., 168	Verzicht auf Kündigungsschutzklage	151
Drittwirkung von Grundrechten	81 ff.	Widerrufs- und Freiwilligkeits-	
Effektivgarantieklausel	655	vorbehalt	149
Effektivklausel	656	Frauenquote	75
Ehrenamtliche Richter	178	Freie Unternehmerentscheidung	484
Eigenschaftsirrtum	254	Freistellungsvorbehalt	152, 294
Schwangerschaft	254	Freiwilligkeitsvorbehalt	149
Ein-Euro-Job	11	Funktionsnachfolge	616
Einfirmenhandelsvertreter	33	Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	347 ff.
Einheitsarbeitsvertrag		Gefahrgeneigte Arbeit	402
siehe Formulararbeitsvertrag	143 ff.	Gehalt	
Einstellung	722	siehe Lohn	305 ff.
Einstellungsfrage	245	Gemeinschaftsbetrieb	490, 692 f.
Aids-Erkrankung/HIV-Infektion	251	Genetische Untersuchung	250
Schwangerschaft	249	Gesamtzusage	143
Schwerbehinderung	250	Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Ge-	
Weitere Beispiele	251	schäftsfähigkeit	232 ff.
Entgeltfortzahlung	368	Geschlechterdiskriminierung	71, 162
Arbeitsunfall	369	Allgemeines Gleichbehandlungs-	
Auslandserkrankung	374	gesetz (AGG)	195
Beweiswert des ärztlichen Attestes	375	Schwangerschaft	249
Grobes Verschulden gegen sich selbst	371	Stellenausschreibung	210
Leistungsverweigerungsrecht	374	Gesetze	86
Lohnausfallprinzip	373	Dispositive Wirkung	88 f.
Rückgriffsanspruchs des Arbeitgebers	376	Zwingende Wirkung	87
Überstunden	373	Gewerkschaft	636 ff.
Unterbrechung des Arbeits-		Gleichbehandlungsgrundsatz	161 ff.
verhältnisses	369	Allgemeines Gleichbehandlungs-	
Vorrang der Feiertagsvergütung	373	gesetz (AGG)	162
Wartezeit	369	Gleichstellungsabrede	118

Graphologische Gutachten	250	Stellvertretung	428, 449
Grundsatz der Kündigungs-		Zugang	430
freiheit	432, 436 ff.	Kündigungserklärungsfrist	505
Grundsatz der Tarifeinheit	117	Kündigungsfrist	433 f.
Grundsatz der vertrauensvollen		Allgemeines Gleichbehandlungs-	
Zusammenarbeit	701	gesetz (AGG)	434
Günstigkeitsprinzip	68, 86, 91, 646 ff.	Probezeit	279
Güteverhandlung	182	Kündigungsschutzklage	551 ff.
		Kurzarbeit	268
Haftung des Arbeitnehmers		Leitende Angestellte	500, 530, 698
siehe Arbeitnehmerhaftung	401 ff.	Lohn	305
Haftungsausschluss (§ 104 SGB VII)	408 ff.	Aufrechnung	321, 398
Heimarbeiter	36 ff.	Benachteiligung von Teilzeit-	
		beschäftigten	312
Individualarbeitsrecht	57 ff.	Gleichbehandlungsgrundsatz	312
Innerbetrieblicher Schadensausgleich	405	Insolvenz	322
Inseratskosten	289	Leistungslohn	313, 397
Interessenabwägung	459, 469, 504	Sachbezug	314
Interessenausgleich	726	Sittenwidrigkeit	311
Interessenausgleich mit Namensliste	494	Zeitlohn	313
Karenzentschädigung	345	Lohn ohne Arbeit	354 ff.
Klagefrist	551	Lohnausfallprinzip	373
Auflösende Bedingung	605	Lohngleichheit von Männern und Frauen	162
Befristung	597		
Begründetheitsfrage	554	Mankoabrede	405
Berufsausbildungsverhältnis	631	Marktwirtschaft	3
Kündigungsfrist	556	Massenentlassungsanzeige	493
Sozialwidrigkeit/andere Unwirk-		Minderheitsgewerkschaft	117
samkeitsgründe	556	Mitarbeitervertretung	538
Zurechnung von Verschulden	558	Mitbestimmung in personellen	
Zustimmung einer Behörde	559	Angelegenheiten	718 ff.
Koalition	636 ff.	Mitbestimmung in sozialen	
Koalitionsfreiheit	642 f.	Angelegenheiten	654, 712 ff.
Kollektives Arbeitsrecht	63 f., 634 ff.	Mutterschutzlohn	363
Konkurrentenklage	189, 278		
Krankheitsbedingte Kündigung	454 ff.	Nachbindung	110
Kündigung		Nachschieben von Kündigungsgründen	541
Allgemeines Gleichbehandlungs-		Nachträgliche Klagezulassung	558
gesetz (AGG)	438	Nachweisgesetz	214
Betriebsbedingte Kündigung	483 ff.	Nachwirkung	113
durch Insolvenzverwalter	65, 496	Betriebsvereinbarung	139
Krankheitsbedingte Kündigung	454 ff.	Regelungsabrede	139
Massenentlassungsanzeige	493	Tarifvertrag	113
Personenbedingte Kündigung	453	Normenhierarchie	67
Prognoseprinzip	452, 467		
Sittenwidrigkeit	440	Ordnungsprinzip	68
Treuwidrigkeit	441	Organisations- und Absperrklauseln	660
Umdeutung	546 ff.	Organmitglieder	39 ff.
Verhaltensbedingte Kündigung	466 ff.	OT-Mitgliedschaft	108
Verstoß gegen Verbotsgesetze	80		
Kündigung vor Arbeitsantritt	217 ff.	Pauschalierte Entschädigung	
Kündigungserklärung	425	nach § 61 Abs. 2 S. 1 ArbGG	292
Potestativbedingung	425	Personalfragebogen	253
Schriftform	426	Personalrat	538

Personenbedingte Kündigung	453	Soziale Auswahl	488
Pflegezeitgesetz	364	Besonderer Kündigungsschutz	487
Präklusionswirkung	562	Darlegungs- und Beweislast	491
Probezeit	279	Gemeinschaftsbetrieb	490
Psychologische Tests und		Grobe Fehlerhaftigkeit	491
ärztliche Einstellungsuntersuchung	250	Herausnahme von Arbeitnehmern	492
Punktuelle Streitgegenstandstheorie	552	Punktetabelle	491
		Vergleichbarkeit	488
Rangprinzip	68	Sozialplan	727 f.
Rechtfertigungsklausel des		Sozialstaatsprinzip	5
§ 8 Abs. 1 AGG	203 f.	Sperrzeit	417
Rechtmäßiges Alternativverhalten	290 f.	Spezialitätsprinzip	68
Rechtsweg zum Arbeitsgericht	173 ff.	Statusprozess	25
Regelungsabrede	127	Streik	665
Regelungssperre	68	Arbeitskampfrisiko	677 f.
Anwendungsvorrang		Fernwirkung	679
des § 87 Abs. 1 BetrVG	132	Streikgeld	675
Betriebsvereinbarung	130	Subjektive Determination	535
Richterrecht	90, 103		
Rufbereitschaft	262	Tarifautonomie	634, 650
		Tarifbindung	110 ff.
Sachgrundbefristung	583 ff.	Tarifdispositives Recht	88, 168
Sachgruppenvergleich	648	Tarifeinheit	117
Schadensersatzanspruch		Tarifeinheitsgesetz	117
aus § 628 Abs. 2 BGB	286 ff.	Tariffähigkeit	97
Schlechtleistung	394 ff.	Tarifkonkurrenz	117
Schlichtungsausschuss	631	Tarifpluralität	117
Schriftform (§ 623 BGB)	426	Tarifüblichkeit	131
Änderungskündigung	516	Tarifvertrag	91, 645
Aufhebungsvertrag	42, 417, 550	Allgemeinverbindlichkeit	109
Auflösende Bedingung	599	Betriebsübergang	110
Befristung	594	Einzelvertragliche Bezugnahme	118, 145
Eigenkündigung	429, 499	Friedensfunktion	93
Kündigung durch Stellvertreter	428	Gleichstellungsabrede	118
Kündigungserklärung	427	Grundrechte	102
Umdeutung	548	Grundsatz der Tarifeinheit	117
Schriftformklausel	152, 159	Inhaltskontrolle nach	
Schwerbehinderung		§§ 307 ff. BGB	104, 145
Allgemeines Gleichbehandlungs-		Mindestlohn	306
gesetz (AGG)	195 ff.	Nachbindung	110
Behinderung i.S.d. AGG	200	Nachwirkung	113
Besonderer Kündigungsschutz	43 f., 527 ff.	Normativer Teil	101
Einstellungsanspruch	195	Öffnungsklausel	647 ff.
Einstellungsfrage	250	Ordnungsfunktion	93
Offenkundigkeit	530	Persönlicher Anwendungsbereich	107
Zusatzurlaub	326	Räumlicher Geltungsbereich	115
Sittenwidrigkeit der Kündigung	440	Rückwirkung	111
Sonderurlaub (§ 616 BGB)	360	Sachlicher Geltungsbereich	116
Sonderzuwendung	315	Schriftform	96
Formulararbeitsvertrag	318	Schuldrechtlicher Teil	100
Kürzungsklausel	315	Schutzfunktion	93
Rückzahlungsklausel	316	Verteilungsfunktion	93
Stichtagsregelung	317	Teilkündigung	513
Soziale Auslaufrfrist	497, 503	Teilnichtigkeit	257
		Teilzeitanpruch	274 ff.

Tendenzbetrieb	696	Verhältnismäßigkeitsprinzip	459, 469
Transparenzgebot	152, 272, 397	Versetzung	723
Treuepflichten des Arbeitnehmers	343 ff.	Vertragsaufsage	284
Treuwidrigkeit der Kündigung	441	Vertragsfreiheit	188
Trinkgeld	312	Abschlussfreiheit	188
Truckverbot	314	Formulararbeitsvertrag	188
Überstunden	259	Inhaltsfreiheit	188
Beteiligung des Betriebsrats	712 ff.	Kein Einstellungsanspruch aus AGG	195
Freizeitausgleich	273	Öffentlicher Arbeitgeber	189
Leitende Angestellte	273	Teilzeitanspruch	191
Pauschalvergütung	272	Vertragsstrafeversprechen	147
Teilzeitkraft	271	Verzicht auf Kündigungs-	
Verpflichtung zur Leistung von		schutzklage	151
Überstunden	266	Vorrangtheorie	132, 715
Überstundenpauschalen	152, 272	Wahlfeststellung	35, 174
Überstundenzuschlag	269 ff.	Wegebezogener Unfall	408
Übertarifliche Zulage	652	Wegerisiko	361, 386
ultima-ratio-Prinzip	469	Weihnachtsgratifikation	315 ff.
Umdeutung (§ 140 BGB)	546 ff.	Weiterbeschäftigungsanspruch	296 ff.
Unklarheitsregel	145	Änderungskündigung	300, 520
Unmöglichkeit der Arbeits-		Widerspruch des Betriebsrats	302
leistung	355 ff., 366 ff.	Weiterbeschäftigungsurteil	304
Urlaub	323	Wettbewerbsverbot	345
Ausgleichsklausel	340	Widerrufsvorbehalt	149
Befristung des Urlaubs	334	Wiedereinstellungsanspruch	487
Doppelurlaubsanspruch	341	Wiederholungskündigung	562
Entstehung des Urlaubsanspruchs	328	Wirtschaftsrisiko	392 f.
Erfüllbarkeit	330	Zeitbefristung	578 ff.
Freistellung	337	Zeugnis	606
Mindesturlaub	323	Beendigungsgrund	610
Schadensersatzanspruch	335	Darlegungs- und Beweislast	613
Selbstbeurlaubungsrecht	337	Leistungsbeurteilung	612
Teilurlaubsanspruch	329	Rückdatierung	608
Übertragung des Urlaubs	334	Wunsch- und Dankensformel	612
Verfallfristen	340	Zuständigkeit des Arbeitsgerichts	173
Wartezeit	328	Arbeitnehmer	9 ff.
Widerruf	334	Arbeitnehmerähnliche Personen	31 ff.
Zusatzurlaub für Schwerbehinderte	326	Auszubildende	33
Zweckbindung des Urlaubs	333	Handelsvertreter	33
Urlaubsabgeltung	328, 336	Heimarbeiter	36 ff.
Urlaubsentgelt	332	Organmitglieder juristischer	
Urlaubsgeld	342	Personen	39 ff.
Verdachtskündigung	506	sic-non-Fall	174
Verdienstsicherungsklausel	657	Wahlfeststellung	35, 174
Verfallfristen	148	Zwangsvollstreckung der	
Vergütung		Arbeitspflicht	280 ff.
siehe Lohn	305 ff.	Zweckbefristung	595
Verhaltensbedingte Kündigung	466 ff.	Zwingendes Recht	87
Verschulden des Arbeitnehmers	466	Zwischenzeugnis	607

K1

Mehr als Fall und Lösung

Fernklausurenkurs 1. Examen

Ihre besonderen Vorteile auf einen Blick:

- Umfangreiche Musterlösungen ohne abstrakten Ballast
- Ausführliche klausurtaktische Vorüberlegungen
- Ergänzende Vertiefungshinweise
- Zusätzlich alle sechs Wochen eine Klausur nach dem Recht Ihres Bundeslandes
- Erhältlich als Printversion oder PDF
- Auf Wunsch mit individueller Korrektur: Senden Sie uns Ihre Bearbeitung per Post oder als PDF

Infos unter www.alpmann-schmidt.de



ALPMANN SCHMIDT

RÜ+RÜ2

Ihre Examensfälle von morgen

Rechtsprechungsübersicht



RÜ und RÜ2 (Kombiausgabe)

- Aktuelle Rechtsprechung von ausbildungserfahrenen Praktikern aufbereitet
- Dargestellt wie eine Aufgabe in der Examensklausur nebst Musterlösung
- Speziell in der RÜ2 für das 2. Examen: Aufgabenstellungen aus gerichtlicher, staatsanwaltlicher, behördlicher und anwaltlicher Sicht

Infos unter www.alpmann-schmidt.de